

CAO-CRIM

BOLETIM CRIMINAL
COMENTADO

Nºs 101 a 150

Volume III

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
Manoella Guz
Roberto Barbosa Alves
Walfredo Cunha Campos
Yolanda Alves Pinto Serrano
Fernando Célio Brito Nogueira (descentralizado)

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues
Victor Gabriel Tosetto

Associação Paulista do Ministério Público

Presidente

Paulo Penteado Teixeira Junior

1º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

2º Vice-Presidente

Eduardo Marcelo Mistrorigo de Freitas

1º Secretário

Pedro Eduardo de Camargo Elias

2ª Secretária

Dalva Teresa da Silva

1ª Tesoureira

Paula Castanheira Lamenza

2ª Tesoureira

Fabiola Moran Faloppa

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Jr.

Diretora de Relações Públicas

Valeria Maiolini

Diretor de Patrimônio

Ruymar de Lima Nucci

Diretora de Aposentados e Pensionistas

Marilisa Germano Bortolin

Diretor de Esportes

Marcelo Orlando Mendes

Diretora da Mulher

Maria Gabriela Prado Manssur

Diretor de Previdência

Marcelo Rovere

Diretor de Saúde

Francisco Ruiz Calejon

CONSELHO FISCAL

Titulares

Antônio Bandeira Neto

Enilson David Komono

Paulo Juricic

Suplentes

Daniel Leme de Arruda

Flavia Flores Rigolo

Marcelo Luiz Barone

APRESENTAÇÃO

Desde o ano de 2018, o Centro de Apoio Operacional Criminal, com o incentivo da Procuradoria-Geral de Justiça, elegeu o Boletim Semanal como mecanismo eficiente para propagar o Direito Criminal aos órgãos de execução.

Esse canal de comunicação tem sido muito importante ao CAOCRIM.

Para além de divulgar conteúdo jurídico relevante, atualizar e analisar os julgamentos de destaque nos Tribunais Superiores, o Boletim tem transmitido iniciativas e peças jurídicas elaboradas pelos Colegas. Essa interação com os (as) promotores (as) de justiça é o combustível que nos move a prosseguir e aprimorar nosso trabalho.

Comemoramos, mais uma vez, a marca de mais de 150 Boletins e apresentamos novo e-book para reunir as últimas 50 edições.

Procuramos aprimorar sempre esse trabalho. Inserimos links para acessos a vídeos gravados por Colegas, para analisar situações pontuais e recentes. Também, temos elaborado Boletins Semanais para analisar novas Leis de natureza penal e processual. Esse foi o caso do Boletim de nº 149, dedicado exclusivamente para comentários sobre a Lei 14.188/2021, que incluiu no Código Penal o crime de violência psicológica contra a mulher, a ser atribuído a quem causar dano emocional “que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões”.

A partir de agora os Boletins também contarão com a contribuição dos Colegas que integram o Núcleo de Apoio ao Tribunal do Júri – NAJ. Novos materiais, peças jurídicas, modelos, eventos, jurisprudências comentadas e relacionadas com a atuação do MPSP no Júri passarão a integrar o Boletim Semanal.

Agradecemos o apoio e o prestígio de todos os (as) Colegas.

Agradecemos, ainda, o apoio incondicional dado pela Diretoria da Associação Paulista do Ministério Público (APMP), na pessoa do seu presidente, Paulo Penteado Teixeira Junior, que, mais uma vez, abraçou nosso projeto, publicando esta edição com os boletins de números 101 a 150. A APMP tem sido importante líder no acompanhamento de Projetos Legislativos e no debate das discussões mais importantes no direito penal. O dinamismo de seu Presidente e equipe, a generosidade e a parceira são motivos para prosseguirmos rumo ao Boletim Semanal de número 200.

São Paulo, 4 de Outubro de 2021.

ARTHUR PINTO DE LEMOS JÚNIOR

Promotor de Justiça

Secretário Especial de Políticas Criminais

SUMÁRIO

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 101 - JULHO - 2020

AVISOS	35
ESTUDOS DO CAOCRIM	35
1 - Tema: Artigo 112, VII da LEP e reincidência	35
2 - Tema: Parecer do Núcleo de Execuções Criminais do Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCRIM, Nº 01/2020	35
3 - Tema: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA – FUNDAMENTOS e EFEITOS	36
4 - Tema: Crimes falimentares de menor potencial ofensivo. Competência	39
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	40
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	40
1 - Tema: Flagrante de uso de drogas pode ser lavrado por autoridade policial somente na ausência de juiz	40
2 - Tema: Min. Celso de Mello suspende realização de novo Júri em caso de absolvição genérica contrária às provas dos autos	42
DIREITO PENAL:	44
1 - Tema: Direito penal – crimes contra a ordem tributária	44
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	46
1 - Tema: Conflito Negativo de Atribuição	46

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 102 - JULHO - 2020

ESTUDOS DO CAOCRIM	53
1 - Tema Acórdão do TJSP - Pagamento da Multa - essencial para progressão de regime	53
2 - Tema: Nota Técnica nº 6 - Fluxo do ANPP 100% virtual (2ª edição)	53
3 - Tema: Nota Técnica nº 09: Letalidade Policial. Lei Anticrime e os arts. 14-A CPP e 16-A CPPM ..	53
4 - Tema: A CONFISSÃO E DELAÇÃO DO INDICIADO QUE CELEBROU ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E SUA OITIVA NA AÇÃO PENAL CONTRA COAUTOR(ES) DA INFRAÇÃO PENAL	53
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	65
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	65
1 - Tema: Tribunal do Júri. Execução Penal Provisória. (Ir)retroatividade do art. 491, I, “”, CPP	65

DIREITO PENAL:	68
1 - Tema: Edição 152 de Jurisprudência em Teses destaca crimes contra a dignidade sexual ..	68
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	73
1 - Tema: ANPP. Juiz, de ofício, provoca a reanálise pelo PGJ da manifestação de recusa de formulação do acordo. Violação do sistema acusatório	73
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 103 - AGOSTO 2020	
AVISO - PROMOTORIA COM ATRIBUIÇÃO PARA PROMOVER A EXECUÇÃO DA MULTA: ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA	78
ESTUDOS DO CAOCRIM	79
1 - Tema: Remição pena cumprida e cálculo para benefícios - Inocorrência de dupla consideração do período remido	79
2 - Tema: Alienação antecipada de bens utilizados para a prática dos crimes definidos na Lei de drogas. Artigo 61 da Lei n. 11.343/2006. Modelo do CAO-CRIM, de acordo com a redação dada pela Lei n. 13.840/2019	79
3 - Tema: Parecer do MP em habeas corpus coletivo com pedido liminar impetrado em favor de todos os apenados e presos provisórios com idade igual ou superior a 60 anos, portadores de doenças crônicas e gestantes	81
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	81
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	81
1 - Tema: São inválidas provas obtidas por guarda municipal em investigação deflagrada por denúncia anônima	81
2 - Tema: Suspensa prisão preventiva decretada sem requerimento do MP e da autoridade policiaI	83
DIREITO PENAL:	85
1 - Tema: Teses do STJ sobre falta grave na execução penal	85
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	88
1 - Tema: Revisão, requerida pela vítima, de manifestação de arquivamento em inquérito policiaI judicialmente homologado. Não conhecimento	88
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 104 - AGOSTO - 2020	
ESTUDOS DO CAOCRIM	98

1 - Tema: O Estatuto do Idoso e a aplicação das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95. Análise do acórdão da ADI 3/096	98
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	109
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	109
1 - Tema: STJ - Menoridade do adolescente envolvido em tráfico de drogas deve ser provada por documento de identificação	109
DIREITO PENAL:	111
1 - Tema: STF - O indivíduo que simula roubo contra si e seu companheiro de trabalho para se apoderar de dinheiro da empresa responde pela subtração violenta, não por estelionato	111
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	113
1 - Tema: Conflito negativo de atribuição sobre execução de multa criminal	113
MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários	122
Novas Teses Aprovadas pelo Setor	122
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 105 - AGOSTO - 2020	
AVISO - Estatística dos Acordos de Não Persecução Penal celebrados por tipos penais	125
ESTUDOS DO CAOCRIM	126
1 - Tema: Acordo de Não Persecução Penal homologado em comarca diversa da prestação de serviços pelo compromissário	126
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	126
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	126
1 - Tema: Tentativa de homicídio. Art. 205 do CPM. Policial militar de folga. Disparos contra os colegas de corporação e a viatura. Regularidade da Instituição Militar. Princípios da hierarquia e disciplina. Vulneração. Competência da Justiça Militar	126
2 - Tema: Inimputabilidade. Semi-imputabilidade. Reconhecimento. Exame médico-legal. Incidente de insanidade mental. Prévia instauração. Necessidade	129
DIREITO PENAL:	131
1 - Tema: Dolo na prática de homicídio se estende ao crime contra segunda vítima atingida por erro de pontaria	131

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	136
1 - Tema: Aditamento de denúncia para inclusão do crime de descumprimento de medida protetiva de urgência (art. 24-A da Lei n. 11.340/06)	136
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 106 - AGOSTO - 2020	
ESTUDOS DO CAOCRIM	142
1 - Tema: Remição Ficta – Impossibilidade	142
2 - Tema: Proibições impostas pela lei aos optometristas. Exercício ilegal da medicina (art. 282 do CP). ADPF 131 STF	143
 STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	147
 DIREITO PROCESSUAL PENAL:	147
1 - Tema: A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – não tem legitimidade para atuar como assistente de defesa de advogado réu em ação penal	147
2 - Tema: Detração e prisão domiciliar	149
 DIREITO PENAL:	150
1 - Tema: Terceira Seção admite aumento de pena para homicídio contra adolescente maior de 14 anos	150
2 - Tema: STF define que é possível considerar penas extintas como maus antecedentes	152
 MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	155
1 - Tema: Subsunção dos fatos ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher, com reflexo na atribuição funcional – revisão de entendimento – atribuição do SANCTVS	155
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 107 - SETEMBRO - 2020	
ESTUDOS DO CAOCRIM	167
1 - Tema: Leitura dos antecedentes do acusado em plenário não é causa de constrangimento ilegal	167
 STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	169
 DIREITO PROCESSUAL PENAL:	169
1 - Tema: Prova obtida com abertura de correspondência sem autorização judicial é ilegal .	169
 DIREITO PENAL:	171
1 - Tema: Novas Teses do STJ sobre os crimes contra a dignidade sexual	171

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	178
1 - Tema: ANPP e crimes cometidos em razão da condição de sexo feminino	178

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 108 - SETEMBRO - 2020

ESTUDOS DO CAOCRIM	188
1 - Tema: Progressão de regime e termo inicial	188
2 - Tema: ANPP e atos infracionais	188
3 - Tema: Nota Técnica Conjunta CAOCrim e CAOCivel : Alterações trazidas pela Lei nº 13.931/19 na Lei de notificação compulsória n. 10.778/03	189

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	190
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

DIREITO PROCESSUAL PENAL:	190
1 - Tema: Audiências criminais no contexto da Pandemia de COVID-19. (In)existência de excesso de prazo	190
2 - Tema: Acordo de delação premiada e impugnação do delatado	192

DIREITO PENAL:	196
1 - Tema: Apreensão de arma de fogo e munições no contexto de crime de tráfico de drogas afasta a minorante do tráfico privilegiado	196

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	197
1 - Tema:	197

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 109 - SETEMBRO - 2020

ESTUDOS DO CAOCRIM	216
1 - Tema: Lei 14.039/2020 e a retroatividade do complemento da norma penal em branco do art 89 da Lei de Licitações	216
2 - Tema: Pedido de afastamento da reincidência reconhecida na sentença condenatória ...	217
3 - Tema: Nota Técnica do CAOCRIM nº 11 - pesquisa relacionada com pessoas foragidas ...	219

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	220
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

DIREITO PROCESSUAL PENAL:	220
1 - Tema: Astreintes. Aplicabilidade subsidiária do CPC ao processo penal. Multa diária e poder geral de cautela. Teoria dos poderes implícitos	220

DIREITO PENAL:	222
1 - Tema: Teses do STJ sobre falta grave na execução penal	222
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	226
1 - Tema: ANPP. Recusa de formulação de acordo de não persecução penal. Discricionariedade regrada do promotor de Justiça – manutenção	226
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 110 - SETEMBRO - 2020	
AVISO	240
ESTUDOS DO CAOCRIM	240
1 - Tema: RELATÓRIO - introdução sobre o PLID	240
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	242
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	242
1 - Tema: Crime de estelionato. Regra do § 5º do art. 171 do Código Penal acrescentada pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Ação penal pública condicionada à representação como regra. Nova lei mais benéfica. Retroatividade. 5ª. e 6ª. STJ Turmas divergem	242
2 - Tema: Para Sexta Turma, prisão em flagrante pode, excepcionalmente, ser convertida em preventiva sem pedido do MP ou da polícia	244
DIREITO PENAL:	247
1 - Tema: Inimputabilidade e semi-imputabilidade só podem ser reconhecidas mediante incidente de insanidade mental	247
2 - Tema: Prestação de contas a destempo. Prefeito. Art. 1º, VII, do Decreto-Lei n. 201/1967. Dolo não configurado. Crime de responsabilidade. Inexistência	249
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	252
1 - Tema: Subsunção dos fatos ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher, com reflexo na atribuição funcional	252
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 111 - OUTUBRO - 2020	
AVISO	258
1 – Ranking e radiografia das promotorias criminais que mais elaboraram o ANPP	258
2 – Resolução 1.229/2020 PGJ-CGMP - Disciplina o Protesto e a Execução da Certidão da pena de multa e dá outras providências	258

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	259
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	259
1 - Tema: Mensagem para e-mail corporativo pode ser usada como prova sem autorização judicial, decide Sexta Turma	259
2 - Tema: Terceira Seção examinará competência para desclassificar homicídio doloso imputado a motorista	260
3 - Tema: Revisão da prisão preventiva em 90 dias só se aplica ao juiz ou tribunal que a determinou	262
DIREITO PENAL:	267
1 - Tema: Homicídio qualificado praticado contra a gestante e provocação de aborto	267
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	268
1 - Tema: uso de atestado médico falso. Arquivamento indireto. Recusa de remessa ao JECRIM. Divergência acerca do enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional	268
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 112 - OUTUBRO - 2020	
ESTUDOS DO CAOCRIM	276
1 - CADASTRO NACIONAL DE CONDENADOS POR ESTUPRO. LEI 14.069, de 1 de outubro de 2020	276
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	278
1 - Tema: Suspensão condicional da pena. Recusa na audiência admonitória: possibilidade	278
2 - Tema: Relator afasta prisão preventiva fundamentada apenas na reprovabilidade do crime ..	279
3 - Tema: No processo penal, prazo para o MP como parte e fiscal da lei é único	281
4 - Tema: Gravidade do tráfico basta para negar acordo de não persecução penal, diz STJ ...	286
DIREITO PENAL:	288
1 - Tema: Tráfico de drogas nas imediações de locais especialmente protegidos. Comprovação de venda aos frequentadores: necessidade?	288
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	291
1 - Tema: divergência sobre a atribuição para promover a execução de acordo de não persecução penal – atribuição do promotor de justiça que atua perante a VEC do juízo do domicílio do acusado	291

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 113 - OUTUBRO - 2020

ESTUDOS DO CAOCRIM	300
1 - Tema: PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA	300
DIREITO PROCESSUAL PENAL	302
1 - Tema: Realização de audiência por vídeo durante a pandemia não configura cerceamento de defesa	302
2 - Tema: 2ª Turma reconhece impossibilidade de prisão preventiva sem requerimento do MP ou da Polícia Judiciária	303
DIREITO PENAL:	306
1 - Tema: Inimputável. Crime Punido Com Reclusão - Tratamento	306
2 - Tema: Progressão especial para mães deve considerar definição da Lei de Combate ao Crime Organizado	308
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	311
1 - Tema: divergência quanto ao enquadramento dos fatos com reflexo na atribuição funcional	311

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 114 - OUTUBRO - 2020

AVISOS	317
ESTUDOS DO CAOCRIM	318
1 - Tema: Lei nº 14.071, de 13 de outubro de 2020 - Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para modificar a composição do Conselho Nacional de Trânsito e ampliar o prazo de validade das habilitações; e dá outras providências	318
2 - Tema: A TUTELA PENAL DOS ANIMAIS NO CONTEXTO DA NOVA LEI Nº 14.064/2020	319
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	329
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	329
1 - Tema: 1ª Turma do STF - exigência de representação da vítima de estelionato não retroage a denúncias anteriores ao pacote anticrime	329
2 - Tema: STJ confirma decisão que mandou soltar todos os presos do país que tiveram liberdade condicionada à fiança	332
DIREITO PENAL:	335
1 - Tema: Homicídio. Consequências do crime. Valoração negativa. Vítima de tenra idade. Fundamentação concreta e idônea	335

2 - Tema: Art. 2.º, Inciso II, da Lei n. 8.137/1990. Não recolhimento de ICMS. Tipicidade da conduta. Contumácia. Necessidade. Entendimento do STF 336

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP 339

1 - Tema: Pirâmide financeira. Crime contra a economia popular. Complexidade dos fatos. Deslocamento do feito do Juizado Especial para o Juízo criminal comum. 339

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 115 - OUTUBRO - 2020

ESTUDOS DO CAOCRIM 347

1 - Tema: Tráfico de drogas e a majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/06: questões controvertidas e a visão da jurisprudência 347

STF/STJ: DECISÕES DE INTERESSE INSTITUCIONAL COMENTADAS PELO CAOCRIM 349

DIREITO PROCESSUAL PENAL: 349

1 - Tema: 2ª Turma concede HC coletivo a pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência 349

2 - Tema: Sexta Turma anula sentença e garante acesso integral da defesa aos dados colhidos em investigação 352

3 - Tema: Quinta Turma altera entendimento e anula conversão de ofício da prisão em flagrante para preventiva 354

DIREITO PENAL: 357

1 - Tema: Terceira Seção decide que importar sementes de maconha em pequena quantidade não é crime 357

2 - Tema: Vara especializada em violência doméstica é competente para julgar abuso sexual contra menina de quatro anos 359

3 - Tema: Organização criminosa. Desnecessidade de autorização judicial prévia para a ação controlada. Comunicação posterior que visa a proteger o trabalho investigativo 361

MP/SP: DECISÕES DO SETOR ART. 28 DO CPP 363

1 - Tema: Controvérsia acerca do enquadramento legal da conduta, com reflexo na atribuição funcional – extorsão ou ameaça – extorsão 363

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 116 - NOVEMBRO - 2020

ESTUDOS DO CAOCRIM 370

1 - Tema: prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido no local do crime atribuído ao acusado	370
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	372
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	372
1 - Tema: Inobservância de prazo nonagesimal e revogação automática de prisão preventiva ...	372
2 - Tema: Organização criminosa. Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Prova lícita. Inovações da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Entendimento consolidado. Não alteração	374
3 - Tema: Sexta Turma rechaça condenação baseam reconhecimento que não seguiu procedimento legal	378
4 - Tema: Depoimento da vítima no inquérito policial confirmado por perícia autoriza a condenação	381
DIREITO PENAL:	383
1 - Tema: Organização criminosa. Apuração de crimes graves. Agência de inteligência. Apoio à investigação do Ministério Público. Possibilidade	383
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	386
1 - Tema: divergência acerca do enquadramento legal dos fatos (perturbação da tranquilidade, estupro de vulnerável ou importunação sexual), com reflexo na atribuição funcional	386
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 117 - NOVEMBRO - 2020	
AVISO	394
ESTUDOS DO CAOCRIM	395
1 - Tema: Remição da pena e ensino à distância	395
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	396
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	396
1 - Tema: Provas obtidas por interceptação telefônica baseada apenas em denúncia anônima são ilícitas	396
2 - Tema: Concedido HC a homem que teve prisão em flagrante convertida em preventiva por iniciativa do juiz	398
3 - Tema: CONAMP questiona validade de habeas corpus coletivos	400

DIREITO PENAL:	402
1 - Tema: Inadimplemento da pena de multa e impossibilidade de extinção da punibilidade ..	402
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	404
1 - Tema: Controvérsia quanto ao enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional – tráfico ou porte de droga para consumo pessoal – tráfico e associação para o tráfico	404
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 118 - NOVEMBRO - 2020	
AVISO	410
ESTUDOS DO CAOCRIM	411
1 - Tema: A conversão da prisão em flagrante em preventiva no período eleitoral	411
2 - Tema: Licitude da audiência virtual	419
3 - Tema: Tráfico Privilegiado e regime aberto - HC nº 596.603-SP	420
4 - Tema: Planilha para cálculo de Remição	423
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	424
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	424
1 - Tema: Justiça estadual deve julgar fraudes pela internet, a partir do exterior, com o uso indevido de marca de joias	424
2-Tema: Teses do STJ sobre falta grave da execução da pena	425
DIREITO PENAL:	432
1 - Tema: Após STF, Sexta Turma define que falta de contumácia no não recolhimento de ICMS afasta configuração de crime	432
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	434
Assunto: Art. 28 Lei de Drogas. Revisão de pedido de arquivamento de termo circunstanciado	434
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 119 - NOVEMBRO - 2020	
AVISOS	442
ESTUDOS DO CAOCRIM	443
1 - Tema: Inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06	443

2 - Tema: Fundamentos da aplicação do depoimento especial para a vítima de violência sexual, independentemente da idade (com vídeo ao final)	444
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	448
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	448
1 - Tema: STF - Lei de Lavagem de Capitais. Afastamento do servidor público em caso de indiciamento (art. 17-D). Inconstitucionalidade	448
2 - Tema: Lei 7.960/89. (In)constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal inicia o julgamento das ADIs 3360 e 4109	449
DIREITO PENAL:	451
1 - Tema: Execução Penal. Progressão de regime. Crime hediondo. Reincidente não específico. Requisito objetivo. Lei n. 13.964/2019 (Pacote anticrime). Lacuna na nova redação do art. 112 da LEP. Interpretação in bonam partem	451
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	454
Tema: Recusa de formulação de acordo de não persecução penal – manutenção	454
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 120 - NOVEMBRO - 2020	
AVISOS	465
Presos ativos que não possuem o CPF preenchido ou preenchido incorretamente	465
ESTUDOS DO CAOCRIM	466
1 - Tema: CRIME DE MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS: ANPP e Proibição da Guarda (com vídeo do autor ao final do texto)	466
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	474
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	474
1 - Tema: Decisão que indefere liminar em habeas corpus na origem. Habeas corpus no STJ: cabimento?	474
DIREITO PENAL:	477
1 - Tema: Supremo inicia julgamento sobre prescrição do crime de injúria racial	477
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	480

1 - Tema Crime de resistência. Análise de promoção de arquivamento de inquérito policial – confirmação	480
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 121 - DEZEMBRO - 2020

AVISO	484
--------------------	-----

ESTUDOS DO CAOCRIM	484
---------------------------------	-----

1 - Tema: Art. 366 do CPP e o período de suspensão da prescrição	484
------------------------------------------------------------------------	-----

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	486
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

DIREITO PROCESSUAL PENAL:	486
----------------------------------------	-----

1 - Tema: Modo como o crime é cometido pode justificar a decretação de prisão preventiva	486
-----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

2 - Tema: Delação premiada e fixação de competência	488
-----------------------------------------------------------	-----

DIREITO PENAL:	491
-----------------------------	-----

1 - Tema: Sonegação fiscal. Teoria do domínio do fato. Inexistência de nexo de causalidade. Inaplicabilidade. Dolo. Essencialidade. Descrição de culpa em sentido estrito. Incompatibilidade com o tipo penal	491
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	497
------------------------------------------------------	-----

1 - Tema: Divergência sobre tipificação dos crimes noticiados, com reflexo na tramitação de inquérito policial	497
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 122 - DEZEMBRO - 2020

AVISO	508
--------------------	-----

ESTUDOS DO CAOCRIM	509
---------------------------------	-----

1 - Tema: Realização de audiência preliminar prevista no art 76 da Lei 9.099/95, não obstante informação de interdição civil do investigado, para melhor verificação da suposta incapacidade penal.	509
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	510
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

DIREITO PROCESSUAL PENAL:	510
----------------------------------------	-----

1 - Tema: Julgamento de crimes de menor potencial ofensivo pela Justiça Comum é constitucional ...	510
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DIREITO PENAL:	513
1 - Tema: Reconhecimento de falta grave por crime doloso durante a execução dispensa trânsito em julgado	513
2 - Tema: Relator afasta exigência de coabitação e aplica Lei Maria da Penha em crime cometido contra empregada pelo neto da patroa	515
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	518
1 - Tema: Divergência sobre a tramitação de inquérito policial – continuidade da investigação criminal perante o juízo criminal comum – ausência de lançamento definitivo do tributo – não configuração, até o momento, de crime material contra a ordem tributária – crimes de estelionato (CP, art. 171), contra o consumidor (66, CDC) e contra as relações de consumo (art. 7º, II, Lei nº 8.137/90), delitos não previstos na Resolução 811/2019 do TJSP, que estabelece em rol taxativo os crimes de competências das Varas de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital	518
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 123 - FEVEREIRO - 2021	
AVISOS	527
1 - Tema: Formatação Jurídica do Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM	527
2 - Tema: Protesto da Pena de Multa - Convênio com o IEPTB	527
3 - Tema: Criação de campo no Boletim Informativo contendo informação sobre saldo de pecúlio do preso	528
4 - Tema: Medidas protetivas e Pandemia	528
ESTUDOS DO CAOCRIM	530
1 - Tema: Aspectos criminais envolvendo "fura fila" na vacina da COVID. Tipos penais e competência ...	530
2 - Tema: Penhora do Pecúlio: possibilidade, respeitado o limite legal	540
3 - Tema: Informativo n.º 681 STJ: Entendimento contrário à Tese 502 do Setor de Recursos Especiais e Extraordinários e ao Enunciado 49 PGJ-CGMP-Lei 13.964/19	541
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 124 - FEVEREIRO - 2021	
ESTUDOS DO CAOCRIM	543
1 - Tema: ANPP e audiência de homologação. (In)dispensabilidade da presença do MP	543
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	544

DIREITO PROCESSUAL PENAL:	544
1 - Tema: Violência doméstica e familiar. Valor do depoimento da vítima. Evolução da jurisprudência	544
DIREITO PENAL:	550
1 - Tema: Terceira Seção revisa tese e define que não pagamento de multa impede reconhecimento de extinção de punibilidade	550
2 - Tema: Terceira Seção vai fixar tese sobre uso de condenações passadas no cálculo da pena ..	552
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	554
1 - Tema: Recusa ministerial quanto ao aditamento de denúncia – manutenção	554
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 125 - FEVEREIRO - 2021	
AVISO	562
ESTUDOS DO CAOCRIM	563
1 - Tema: STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal ..	563
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	566
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	566
1 - Tema: Decisão STJ - RESP MPSP - Falta de pagamento da multa impede a progressão, salvo se o sentenciado for hipossuficiente	566
DIREITO PENAL:	568
1 - Tema: Dosimetria da pena. Majorantes sobejantes. Patamar fixo ou variável. Valoração em outra fase. Possibilidade. Princípio da individualização da pena.	568
2 - Tema: Sexta Turma afasta natureza hedionda do porte de arma de uso permitido com numeração raspada	571
3 - Tema: Nova súmula do STJ trata da execução da pena restritiva de direitos	574
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	575
1 - Tema: Divergência quanto à atribuição para oficial em notícia de fato	575
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 126 - FEVEREIRO - 2021	
ESTUDOS DO CAOCRIM	583
1 - Tema: DECRETOS DE FEVEREIRO DE 2021 E O ESTATUTO DO DESARMAMENTO: PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES	583

2 - Tema: Art. 116, parágrafo único, CP - Prescrição da pretensão executória não corre mesmo se a segunda condenação estiver sendo cumprida no regime aberto	585
3 - Tema: Súmula 533 do STJ e o RE 972598 (Repercussão Geral – Tema 941)	586
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	587
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	587
1 - Tema: Competência para homologação de acordo de colaboração premiada	587
DIREITO PENAL:	589
1 - Tema: Fraude à licitação é tema de súmula aprovada pela Terceira Seção do STJ	589
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	592
1 - Tema: Divergência quanto ao correto enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional	592
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 127 - MARÇO - 2021	
ESTUDOS DO CAOCRIM	604
1 - Tema: Tráfico privilegiado e indulto	604
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	605
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	605
1 - Tema: Sexta Turma revê entendimento e decide que é ilegal pronúncia baseada apenas no inquérito policial	605
2 - Tema: 2ª Turma do STF restabelece absolvição de réus com base em quesito genérico ..	607
3 - Tema: 2ª Turma confirma decisão que permite progressão antecipada da pena em razão da pandemia	609
DIREITO PENAL:	611
1 - Tema: Crime contra gestante e aborto. Bis in idem: ocorrência?	611
2 - Tema: Exercício arbitrário das próprias razões. Art. 345 do Código Penal. Crime formal. Consumação. Emprego dos meios executórios. Satisfação da pretensão. Desnecessidade. Mero exaurimento da conduta	611
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	614
1 - Tema: Arquivamento indireto (recusa de remessa dos autos à Justiça Federal: divergência acerca do enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional)	614

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 128 - MARÇO - 2021

ESTUDOS DO CAOCRIM	626
1 - Tema: Artigo 112, inciso VII, LEP	626
2 - Tema: Artigo 112, incisos VII e VIII da LEP	626
3 - Tema: competência para apreensão de armas e outras provas em cenas de crimes contra a vida em que há envolvimento de policiais militares	626
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	628
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	628
1 - Tema: Mudança jurisprudencial após o trânsito em julgado. Revisão criminal: possibilidade? ..	628
2 - Tema: Policiais devem gravar autorização de morador para entrada na residência, decide Sexta Turma	629
DIREITO PENAL:	633
1 - Tema: Plenário garante porte de arma a todas as guardas municipais do país	633
2 - Tema: Liminar impede uso da tese de legítima defesa da honra em crimes de feminicídio ..	636
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	640
1 - Tema: Revisão de recusa ministerial em aditar a denúncia – manutenção da recusa	640

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 129 - MARÇO - 2021

ESTUDOS DO CAOCRIM	652
1 - Tema: Apelação - tráfico de drogas - causa de diminuição de pena - art 41 da Lei de drogas - não cabimento	652
2 - Tema: ANPP em crimes tributários	652
3 - Tema: Agravo em execução penal. Decisão que, diante da pandemia da COVID-19, deferiu em favor do agravado 60 horas fictas de prestação de serviços à comunidade, por analogia ao art. 126, § 4º, da LEP. Impossibilidade	653
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	654
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	654
1 - Tema: Sexta Turma reafirma invalidade de prova obtida pelo espelhamento de conversas via WhatsApp Web	654
DIREITO PENAL:	657
1 - Tema: Queixa-crime. Calúnia contra pessoa morta. Retratação cabal antes da sentença. Ato unilateral. Extinção da punibilidade. Artigos 143 e 107, VI, do Código Penal	657

2 - Tema: Mantida regra que permite remuneração de presos em 3/4 do salário mínimo ... 658

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP 661

1 - Tema: Acordo de não persecução penal proposto em audiência – não aceitação da defesa quanto à condição de reparação do dano – inconformismo quanto à recusa em razão de prévia suspensão condicional do processo – prosseguimento da ação penal 661

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 130 - MARÇO - 2021

ESTUDOS DO CAOCRIM 671

1 - Tema: Descumprimento de ANPP - Rescisão pelo Juízo da Execução. 671

2 - Tema: Extinção da punibilidade pela declaração de cumprido o ANPP pois os acusados não estão prestando serviços à comunidade por motivo de força maior em razão da pandemia 672

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM 673

DIREITO PROCESSUAL PENAL: 673

1 - Tema: Quinta Turma estabelece critérios para validade de citação por aplicativo em ações penais 673

2 - Tema: Sexta Turma não admite retroação do acordo de não persecução penal se a denúncia já foi recebida 676

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP 679

1 - Tema: Divergência acerca do enquadramento legal dos fatos (omissão de socorro com resultado morte ou tortura por omissão), com reflexo na atribuição funcional 679

2 - Tema: Divergência sobre o local de consumação do crime, com reflexo na atribuição funcional – lugar da obtenção da vantagem 686

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 131 - MARÇO - 2021

ESTUDOS DO CAOCRIM. 696

1 - Tema: ANPP e o requisito da pena mínima inferior a 4 anos 696

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM 697

DIREITO PROCESSUAL PENAL: 697

1 - Tema: Beneficiário de HC coletivo que não integrou o processo não pode ajuizar reclamação por descumprimento 697

DIREITO PENAL:	702
1 - Tema: Lavagem de dinheiro. Tipificação: crime antecedente. Autolavagem: possibilidade? ..	704
2 - Tema: Execução Penal. Remição da pena pelo estudo. Aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competência de Jovens e Adultos - ENCCEJA. Recomendação n. 44/2013 do CNJ. Interpretação mais benéfica. Cálculo dos 50% da Carga Horária. Patamar equivalente a 1.600 horas. Remição de 133 dias. 26 dias por área de conhecimento. Reafirmação da jurisprudência da Terceira Seção	704
3 - Tema: STF declara inconstitucional pena de 10 a 15 anos para importação de medicamento sem registro sanitário (com vídeo)	707
 MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	710
1 - Tema: Divergência sobre o local de consumação do crime, com reflexo na atribuição funcional – lugar da obtenção da vantagem	710
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 132 - ABRIL - 2021	
 ESTUDOS DO CAOCRIM	719
1 - Tema: Lei 14.132/2021 - novo crime de perseguição (art. 147-A CP)	719
2 - Tema: Lei 14.133/2021 – crimes em licitações e contratos administrativos (arts. 337-E a 337-P do CP)	725
3 - Tema: Orientações do IEPTB - Protesto da certidão da pena de multa	726
 MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	727
1 - Tema: ANPP e os crimes de ação penal de iniciativa privada. Cabimento	727
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 133 - ABRIL - 2021	
 ESTUDOS DO CAOCRIM	737
1 - Tema: Modelos de execução de ANPP, sua rescisão e pedido de extinção da punibilidade do agente, diante do cumprimento do Acordo	737
2 - Tema: Lei 14.133/2021. Novos crimes em licitações e contratos administrativos. Considerações gerais. Princípio da continuidade normativo típica e "abolitio criminis" ..	737
3 - Tema: Estelionato. Vítima realiza o pagamento mediante depósito bancário em dinheiro. Competência para o processo e julgamento	740
 STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	747
 DIREITO PROCESSUAL PENAL:	747
1 - Tema: Mandado de busca e apreensão. Empresa investigada. Pessoa que se apresenta como representante. Consentimento expresso. Validade. Teoria da aparência	747

- 2 - Tema: Turmas penais unificam orientação sobre prova de autorização do morador para a entrada da polícia 749
- 3 - Tema: Magistrado não pode iniciar inquirição de testemunhas em processo penal, decide 1ª Turma 751

DIREITO PENAL: 754

- 1 - Tema: Jurisprudência em Teses destaca entendimentos sobre lavagem de capitais 754
- MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP 755
- Tema: verificação da existência de conexão entre ameaça e lesão corporal praticada no contexto da Lei nº 11.340/06, com reflexo na atribuição funcional 755

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 134 - ABRIL - 2021

AVISO 763

ESTUDOS DO CAOCRIM 764

- 1 - Tema: Crimes em licitações e contratos administrativos. Contratação direta ilegal (art. 337-E do CP) 764

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM 768

DIREITO PROCESSUAL PENAL: 768

- 1 - Tema: Citação por carta Rogatória. Termo final da suspensão da prescrição. Data da efetiva da citação. Retorno da contagem 768
- 2 - Tema: Conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva. Posterior apresentação da representação da autoridade policial. Possibilidade 769
- 3 - Tema: 2ª Turma- HC contra condenação a pena de multa deve ser analisado caso a caso 770

DIREITO PENAL: 773

- 1 - Tema: Jurisprudência em Teses traz segunda parte sobre lavagem de capitais 773
- 2 - Tema: Ministra Rosa Weber suspende trechos de decretos que flexibilizam regras sobre armas de fogo 773

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP 776

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 135 - ABRIL - 2021

ESTUDOS DO CAOCRIM 783

- 1 - Tema: Violência doméstica e familiar contra a mulher. Concessão de medida protetiva que obriga o agressor. Intimação da vítima por meio eletrônico (Whatsapp) - Dever do juiz .. 783

2 - Tema: Súmula 648 STJ e o trancamento da ação penal via HC	784
3 - Tema: Código Penal, Pacote Anticrime e derrubada dos vetos	785
4 - Tema: Código de Processo Penal, Pacote Anticrime e derrubada dos vetos	790
5 - Tema: Lei de Execuções Penais, Pacote Anticrime e derrubada dos vetos	798
6 - Tema: Lei de Interceptações Telefônicas, Pacote Anticrime e derrubada dos vetos	806

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 136 - MAIO - 2021

AVISOS	813
---------------------	-----

ESTUDOS DO CAO-CRIM	814
----------------------------------	-----

1 – Atribuição para promover a execução do ANPP quando o investigado reside em local diverso do juízo da homologação	814
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	815
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

DIREITO PROCESSUAL PENAL:	815
----------------------------------------	-----

1 - Tema: Sexta Turma anula condenação baseada em reconhecimento de voz sem contraditório judicial	815
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

2 - Tema: Busca e Apreensão. Residência de Advogado. Ausência de Representante da OAB: Nulidade?	817
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DIREITO PENAL:	819
-----------------------------	-----

1 - Tema: Antecedentes do Réu. Teoria do Direito ao Esquecimento. Aplicabilidade?	819
-----------------------------------------------------------------------------------------	-----

2 - Tema: Terceira Seção admite que tempo de recolhimento domiciliar com tornozeleira seja descontado da pena	821
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

3 - Tema: Ingresso em estabelecimento prisional. Porte de chip de celular. Art. 349-A do Código Penal. Não subsunção	823
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	824
------------------------------------------------------	-----

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 137 - MAIO - 2021

AVISOS	831
---------------------	-----

ESTUDOS DO CAO-CRIM	832
----------------------------------	-----

1 – Lei 14.132/2021 (crime de perseguição). Enunciados do CAO-CRIM	832
--------------------------------------------------------------------------	-----

2 – Lei 14.149/2021. Formulário Nacional de Risco: breves comentários	833
-----------------------------------------------------------------------------	-----

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	836
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

DIREITO PROCESSUAL PENAL:	836
1 - Tema: 5ª.T STJ invalida reconhecimento que não seguiu procedimentos previstos no CPP	836
2 - Tema: Busca e apreensão. Prontuários médicos. Documentos sigilosos. Discriminação específica no mandado. Desnecessidade. Nulidade da prova. Inocorrência	838
DIREITO PENAL:	840
1 - Tema: Ministro manda contar em dobro todo o período de pena cumprido em situação degradante	840
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	843
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 138 - MAIO - 2021	
AVISOS	854
ESTUDOS DO CAO-CRIM	855
1 – Ofensa à saúde mental da mulher no âmbito doméstico e familiar. Lesão grave, quando causar incapacidade para as ocupações habituais da ofendida por mais de 30 dias.....	855
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	857
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	857
1 - Tema: Foro por prerrogativa de função se mantém na mudança de mandato federal	857
2 - Tema: Homologação de perícia reduz para 30 dias prazo decadencial em crime contra propriedade imaterial	860
DIREITO PENAL:	863
1 - Tema: Apenado em Presídio Federal em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Progressão de Regime: Possibilidade?	863
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	864
1 - Tema: Definição do correto enquadramento dos fatos, com reflexo na atribuição funcional ..	864
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 139 - MAIO - 2021	
AVISOS	871
ESTUDOS DO CAO-CRIM	873
1 – Estupro de vulnerável contra criança ou adolescente no ambiente doméstico e familiar. Competência do SANCTVS ou da Vara da Violência Doméstica?	873

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	876
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	876
1 - Tema: Crimes Funcionais. Peculato. Equiparação a funcionário público para fins penais. Ciência da condição pessoal do agente pelo concorrente do crime: necessidade?	876
DIREITO PENAL:	877
1 - Tema: Terceira Seção fixará tese sobre aplicação da majorante do furto noturno ao crime qualificado	877
2 - Tema: Terceira Seção aprova súmula sobre efeitos de sentença superveniente em pedido de trancamento de ação penal	879
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	880
1 - Tema: Divergência quanto a atribuição para sanar suposta inconsistência apontada pelo Instituto de Protesto em certidão de multa penal – inteligência da Resolução n. 1229/2020 – PGJ/CGMP – atribuição do Promotor de Justiça que oficia perante o Juízo das execuções criminais	880
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 140 - MAIO - 2021	
AVISOS	893
ESTUDOS DO CAO-CRIM	895
1 - Tema: Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021	895
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	909
1 - Tema: Divergência acerca da ocorrência de conexão entre feitos, com reflexo na atribuição funcional	909
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 141 - JUNHO - 2021	
ESTUDOS DO CAO-CRIM	919
1 - Lei 14.155/21 e as Súmulas 521 STF, 244 e 48, ambas do STJ	919
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	920
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	920
1 - Tema: Nulidade do interrogatório por inversão da ordem é relativa e exige prova de prejuízo para o réu	920
2 - Tema: Embriaguez ao volante. Reincidência específica. Prisão preventiva: cabimento? ..	922

3 - Tema: Processo eletrônico. Lei n. 11.419/2006. Duplicidade de intimações. Contagem dos prazos processuais. Termo inicial. Portal Eletrônico. Prevalência	923
4 - Tema: Por falta de fundamentação, Sexta Turma invalida quebra de sigilos telefônico, fiscal e bancário	926
5 - Tema: Acordo de Não Persecução Penal - HC 194677/SP	930
DIREITO PENAL:	932
1 - Tema: Acórdão condenatório - Interrupção da prescrição?	932
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	934
1 - Tema: Divergência sobre o local de consumação do crime, com reflexo na atribuição funcional – estelionato – art. 70, §4º, do CPP – local do domicílio da vítima	934
BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 142 - JUNHO - 2021	
ESTUDOS DO CAO-CRIM	943
1 - Tema: Agravo de Execução Penal- Indeferimento da inicial - Execução da multa	943
2 - Tema: Destinação de valores referentes a condenações penais e acordos	943
3 - Tema: Pacote Anticrime. Vetos derrubados. Existe vacatio legis para os dispositivos reincorporados?	944
4 - Tema: Lei 14.164/21: Altera a Lei 9.394/96 para incluir conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da educação básica, e institui a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher	945
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	948
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	948
1 - Tema: Trâmite direto entre ministério público e polícia. Possibilidade?	948
DIREITO PENAL:	949
1 - Tema: Agravamento de regime por uma só circunstância negativa se enquadra na discricionariedade do juiz	949
2 - Tema: Execução penal. Progressão de regime. Alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Diferenciação entre reincidência genérica e específica. Ausência de previsão dos lapsos relativos aos reincidentes genéricos. Lacuna legal. Integração da norma. Aplicação dos patamares previstos para os apenados primários. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Tema 1084	951
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	954
1 - Tema: Revisão de pedido de arquivamento de inquérito policial - confirmação	954

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 143 - JUNHO - 2021

NOTÍCIA	963
AVISOS	964
ESTUDOS DO CAOCRIM	965
1 - Tema: Constranger preso, mediante violência, a produzir prova contra si mesmo configura abuso de autoridade ou crime de tortura?	965
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	967
DIREITO PROCESSUAL PENAL	967
1 - Tema: Falta de relatório de inteligência financeira não impede MP de investigar movimentações atípicas	967
2 - Tema: Justiça militar: competência segundo a Lei 13.941/2017	968
DIREITO PENAL	972
1 - Tema: Inserção de informação falsa, para fins de participação em procedimento licitatório. Enquadramento como ME ou EPP. Quantitativos máximos de receita bruta. Posterior elevação de valores pela LC n. 139/2011. Aplicação retroativa. Descabimento	972
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	974
1 - Tema: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – manutenção	974

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 144 - JUNHO - 2021

AVISOS	989
ESTUDOS DO CAOCRIM	990
1 - Não cabimento de ANPP nas infrações penais cometidas em concurso material, formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, no somatório ou pela incidência da majorante em seu mínimo for igual ou ultrapassar 4 anos	990
2 - Resolução n.º 23.640, do TSE, sobre apuração de crimes eleitorais	990
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	991
DIREITO PROCESSUAL PENAL	991
1 - Tema: Ministério Público deve priorizar tramitação de procedimentos decorrentes de relatórios de CPIs	991

2 - Tema: Recebimento da denúncia. Réu diplomado deputado estadual. Ausência de citação. Apresentação de defesa escrita. Absolvição sumária ou retratação da decisão de recebimento da denúncia. Necessidade de análise. Art. 6º da Lei n. 8.038/1990. Entendimento do STF ... 992

DIREITO PENAL 995

1 - Tema: 2ª.T do STF decide que representação no crime de estelionato deve retroagir 995

2 - Tema: Homicídio. Dolo eventual. Qualificadoras objetivas do art. 121, § 2º, III e IV, do Código Penal. Compatibilidade 999

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP 1001

Tema: definição do Foro competente para apreciar medidas protetivas de urgência, com reflexo na atribuição funcional 1001

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 145 - JULHO - 2021

AVISO 1008

ESTUDOS DO CAOCRIM 1009

1 - Tema: Modelo de Carta Testemunhável visando ao processamento de agravo em execução 1009

2 - Tema: Modelo de Correição parcial em agravo de execução, em caso de decisão judicial que deixa de nomear defensor ao agravado 1011

3 - Tema: uso de uniforme pelo réu preso em sessão do Tribunal do Júri 1012

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM 1013

DIREITO PROCESSUAL PENAL 1013

1 - Tema: Ministro autoriza realização de audiências de custódia por videoconferência durante a pandemia 1013

DIREITO PENAL 1018

1 - Tema: Dosimetria da pena. Artigo 59 do Código Penal. Condenações pretéritas com trânsito em julgado. Valoração negativa da personalidade e conduta social. Impossibilidade .. 1018

2 - Tema:Falsificação de selo ou sinal público. Uso indevido. Natureza jurídica 1020

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP 1022

Tema: subsunção dos fatos ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher – atribuição do Promotor de Justiça de Enfrentamento à Violência Doméstica 1022

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 146 - JULHO - 2021

ESTUDOS DO CAO-CRIM	1031
1 - Tema: O MP tem o dever de juntar peças para instruir o agravo em execução ou basta indicá-las?	1031
2 - A LEI 14.064/20 E SEUS REFLEXOS NO CRIME DE MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS	1032
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	1033
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	1033
1 - Tema: Índícios de crime permanente legitimam ingresso da polícia em imóvel sem ordem judicial	1033
DIREITO PENAL:	1038
1 - Tema: Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos. Perda do Cargo ou Função Pública: Possibilidade?	1038
2 - Tema: Casa de Prostituição. Artigo 229 do Código Penal. Conduta Típica?	1040
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	1041
1 - Tema: divergência sobre o foro competente para processar e julgar o crime apurado, com reflexo na atribuição funcional	1041

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 147 - JULHO - 2021

ESTUDOS DO CAO-CRIM	1048
1 - Tema: Exposição dos antecedentes criminais do réu perante o plenário o júri	1048
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	1051
DIREITO PROCESSUAL PENAL:	1051
1 - Tema: Acesso aos autos de apuração de ato infracional exige finalidade justificada e destinação específica	1051
2 - Tema: Cooperação Jurídica Internacional. Prova Produzida no Exterior. Aproveitamento no Brasil. Possibilidade?	1052
DIREITO PENAL:	1054
1 - Tema: Arrependimento Posterior. Reparação Integral do Dano. Necessidade?	1054
2 - Tema: Aplicação da Pena. Fixação de Regime Mais Gravoso. Gravidade e Motivação Concreta: Necessidade?	1055

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	1056
1 - Tema: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – inimizabilidade – manutenção	1056

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 148 - JULHO - 2021

ESTUDOS DO CAO-CRIM	1071
1 - Tema: Recurso Especial ou Extraordinário. Não Admissão. Trânsito em Julgado: Retroação?	1071
2 - Tema: - Manifestação- Execução da Multa- Citação Postal Infrutífera	1073

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	1075
-----------------------------------------------------------------------------------	------

PROCESSO PENAL	1075
1 - Tema: Rejeitado pedido de prisão domiciliar para mulher acusada de saques fraudulentos praticados em sua casa	1075
2 - Tema: Presidente do STJ afasta prisão que não respeitou entendimento do STF sobre presunção de inocência	1080

DIREITO PENAL:	1083
1 - Tema: Condenação Criminal. Efeitos Extrapenais. Cassação da Aposentadoria ou da Reserva Remunerada. Interpretação Extensiva da Norma de Regência: Possibilidade?	1083

MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	1085
1 - Tema: divergência sobre tipificação do crime contra o consumidor, com reflexo na tramitação de inquérito policial	1085

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 149 - AGOSTO - 2021

ESTUDOS DO CAO-CRIM	1093
----------------------------------	------

Tema: Lei 14.188/2021. Define o programa de cooperação “Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica” como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Altera o art. 12-C da Lei n. 11.340/2006 para prever a possibilidade de o risco atual ou iminente à integridade psicológica (não apenas à integridade física) justificar o deferimento de medida protetiva de urgência. Na seara criminal, as alterações mais relevantes foram a criação de uma modalidade qualificada de lesão corporal em contexto de violência doméstica contra a mulher (art. 129, § 13, CP) e o novo crime de violência psicológica (art. 147-B, CP)	1093
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO 150 - AGOSTO - 2021

AVISO	1117
ESTUDOS DO CAO-CRIM	1117
1 - Tema: Lei 14.192/21 - Violência Política contra a Mulher	1117
2 - Tema: Audiência de Oitiva de Testemunha. Ausência do Órgão Acusatório: Nulidade? ..	1119
3 - Tema: Modelo de razões de agravo em execução- remição pela leitura	1120
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	1121
PROCESSO PENAL	1121
1 - Tema: Cabe à Justiça Federal julgar crime de esbulho possessório de imóvel financiado pelo Minha Casa Minha Vida	1121
DIREITO PENAL:	1123
1 - Tema: Perda do cargo de PM condenado por tortura é referendada pelo Superior Tribunal de Justiça	1124
2 - Tema: Substituição da pena por homicídio ao volante, antes da Lei 14.071/2020, não pode ser afastada sem motivação concreta	1124
MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP	1128
1 - Tema: análise de promoção de arquivamento do inquérito policial	1128

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 101
7/2020

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

Boletim Criminal **Comentado** 101- Julho - 2020 -

AVISOS

Na última semana, o PGJ oficiou ao Delegado-Geral de Polícia e solicitou que, por intermédio do IIRGD (e DIPOL), a partir agora seja providenciada a inserção de campos nos **'DVC's** dos suspeitos ou denunciados para que conste informações sobre o acordo de não persecução penal, incluindo dados sobre o crime, como a data do cometimento da infração penal, da concessão do referido benefício e o juízo que homologou a benesse. Este pedido já foi acolhido.

Ainda, o PGJ solicitou ao Superintendente da Polícia Federal em São Paulo, considerando que o mesmo acordo de não persecução penal pode ser aplicado tanto na Justiça Estadual, quanto na Justiça Eleitoral ou na Justiça Militar, como na Justiça Federal, a comunicação das informações sobre o ANPP no **INFOSEG**, para o correto abastecimento dos registros criminais e pesquisa no banco de dados, para fins judiciais, o que contribuirá para reduzir a impunidade no sentido de o infrator não ser beneficiado no prazo vedado por lei.

Por fim, foi solicitado pelo PGJ ao Corregedor-Geral de Justiça a análise sobre a possibilidade de inclusão nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, Tomo I, Seção IX, artigo 393, a necessidade de comunicação ao IIRGD sobre o acordo de não persecução penal, apenas para fins judiciais.**

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Artigo 112, VII da LEP e reincidência

O Promotor de Justiça de Piracicaba, Aluisio Antonio Maciel Neto, desenvolveu excelente modelo de parecer que envolve a questão da incidência do artigo 112, VII, da LEP e a reincidência. Clique [aqui](#).

Fornecemos ainda o Acórdão do STJ, que está em consonância com o Enunciado 49 – PGJ/CGMP do Grupo de Trabalho da Lei Anticrime. Clique [aqui](#).

2-Tema: Parecer do Núcleo de Execuções Criminais do Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCRIM, Nº 1/2020:

** Agradecemos o apoio e colaboração do promotor de justiça, Dr. Fernando Pascoal Lupo.

Boletim Criminal **Comentado** 101- Julho - 2020 -

Ementa: Recebimento de doação para fins de custeio e investimento da ressocialização das pessoas privadas de liberdade no sistema penitenciário paulista. Clique [aqui](#) para ter acesso ao Parecer

3- Tema: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA – FUNDAMENTOS e EFEITOS

Luciene Angélica Mendes

Procuradora de Justiça

É de conhecimento notório que o Brasil é um dos países mais violentos do mundo: independentemente da identidade de gênero ou da orientação sexual, as pessoas estão sujeitas à intensa violência urbana, pior para negros e habitantes de Estados mais pobres¹.

Porém, membros da comunidade LGBTQI+², além de estarem sujeitos à insegurança pública geral, também são vítimas de crimes específicos, os chamados crimes de ódio, motivados pela intolerância e pelo preconceito, muitas vezes em seus níveis máximos.

Ainda que os casos de violência contra membros da comunidade LGBTQI+ sejam subnotificados, o Brasil ocupa o primeiro lugar no ranking de mortes violentas (por homicídio ou suicídio) de gays, lésbicas e travestis³ e transexuais⁴. Em 2017 a cada 48 horas uma pessoa trans foi assassinada no Brasil⁵ e a idade média das vítimas dos assassinatos de pessoas trans (travestis, transexuais e não-binários) em 2019 foi de 29,7 anos⁶.

A Constituição Federal prevê, como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, “a dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, III) e um dos seus objetivos a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de

¹ Disponível em

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784&Itemid=432.

Acesso em 14 de julho de 2020.

² Optou-se pelo uso da sigla LGBTQI+ pela sua abrangência e porque foi a utilizada no Forum Social Mundial em 2018.

³ Disponível em <https://homofobiamata.wordpress.com/estatisticas/assassinatos-2012> . Acesso em 14 de julho de 2020.

⁴ Disponível em <https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018> . Acesso em 14 de julho de 2020.

⁵ Disponível em <https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018> . Acesso em 14 de julho de 2020.

⁶ Disponível em <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2020/01/dossic3aa-dos-assassinatos-e-da-violc3aancia-contra-pessoas-trans-em-2019.pdf>. Acesso em 14 de julho de 2020.

Boletim Criminal Comentado 101- Julho - 2020 -

discriminação” (artigo 3º, IV), garantindo a todos, sem distinção, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º, caput).

Além disso, em seu artigo 5º, inciso XLI estipula um mandado de criminalização expresso quando determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Ora, no que tange aos direitos e liberdades fundamentais específicos das pessoas LGBTQI+, há evidente lacuna legal, com manifesto descumprimento ao comando constitucional e, conseqüentemente, “ao dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente”⁷.

Afinal, o Projeto de Lei da Câmara 122 de 2006 (PLC 122/2006 ou PL 122), conhecido como “lei anti-homofobia”, apresentado pela então Dep. **Iara Bernardi** (PT - SP) e tendo por objetivo criminalizar a **homofobia** no país (modificando a redação do artigo 1º. da Lei nº 7.716/89 para incluir expressamente a orientação sexual e a identidade de gênero no tipo penal do racismo), foi arquivado após passar oito anos no Senado sem obter aprovação.

Plenamente evidenciada a situação de mora legislativa, justificado foi o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, com a adoção de interpretação conforme à Constituição para solução da aparente lacuna legislativa.

Afinal, como ensina Luís Roberto Barroso, é possível “violiar a Constituição praticando um ato que ela interditava ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação por via de ação, uma conduta positiva, ou por via de uma omissão, uma inércia ilegítima”⁸. Acrescenta Barroso que “o pressuposto para o reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade por omissão é o decurso de prazo razoável para a edição da norma exigida pelo texto constitucional”, sendo certo que, “intuitivamente, passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição de 1988, há inequívoca mora em relação às normas reclamadas pelo texto constitucional e ainda não criadas”⁹.

A omissão do Estado brasileiro em editar lei que puna explícita e especificamente a discriminação por motivação homotransfóbica, desrespeitando comando expresso do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, criou situação de fato que legitimou o uso do mandado de injunção e da ação declaratória de constitucionalidade por omissão, previstos constitucionalmente como instrumentos hábeis a supri-la.

⁷ STF, HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 6/3/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

⁸ “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, Ed. Saraiva, 8ª edição, 2019, pág. 53.

⁹ Idem 18, pág. 343.

Boletim Criminal Comentado 101- Julho - 2020 -

Não se trata de ativismo judicial, como alguns afirmam, ou de ofensa à separação de poderes, pois a própria Constituição Federal em seu artigo 103, parágrafo segundo, concebeu a ação de inconstitucionalidade por omissão como remédio jurídico para a inércia do legislador quando configure descumprimento a um mandamento constitucional (como o contido no artigo 5º, inciso XLI), conferindo, portanto, ao STF, competência para dar concretude àquele dispositivo.

A decisão proferida pelo STF na ADO 26 também tem sido criticada sob o argumento de que violou o princípio da legalidade estrita ou de indevida aplicação de analogia in malam parte, o que, todavia, a própria ementa da decisão afastou ao destacar a utilização da interpretação conforme à Constituição.

É que o reconhecimento da omissão legislativa implica na possibilidade de que o STF profira decisões interpretativas que, segundo Barroso, “são aquelas em que o Tribunal atribui ou afasta um significado ou uma incidência que poderia ser extraída de seu programa normativo, tal como positivado pelo legislador, determinando, entre as interpretações possíveis, a que melhor efetiva o disposto na Constituição”¹⁰.

Dentre as espécies de decisões interpretativas, foi utilizada, na hipótese, a interpretação conforme à Constituição, consistindo na “leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes”¹¹.

Divergindo, portanto, daqueles entendimentos, afirma-se que a interpretação dada pelo STF foi literal. Ou seja, a decisão do STF não criou tipo penal novo, mas reafirmou o conceito de racismo já estabelecido em precedente que considerou racista a conduta de antissemitismo, por implicar na inferiorização de um grupo social relativamente a outro (HC 82.424/RS).

De qualquer forma, independentemente da existência de divergências acerca do acerto da decisão e de seus fundamentos, fato é que foi ela proferida pela Corte Suprema do país, com “eficácia geral e efeito vinculante”¹², com fundamento no artigo 102, parágrafo segundo, da Constituição Federal e no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

¹⁰ Idem 18, pág. 105.

¹¹ Idem 18, pág. 106.

¹² Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

Boletim Criminal Comentado 101- Julho -

2020 -

Consequentemente, o desrespeito a tal decisão está sujeito à Ação de Reclamação por qualquer interessado que se julgue prejudicado ou pelo Ministério Público (artigo 988 do Código de Processo Civil), já existindo precedente do STF a respeito¹³.

4- Tema: Crimes falimentares de menor potencial ofensivo. Competência.

É sabido que o JECRIM tem gênese constitucional (art. 98). Sua competência é absoluta. Contudo, em se tratando de crimes falimentares de menor potencial ofensivo, tem prevalecido que cabe ao juiz criminal da jurisdição onde houver sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer os crimes previstos na LFRJ, ainda que de menor potencial ofensivo.

Manoel Justino Bezerra Filho explica:

“...Mesmo para os crimes de menor potencial ofensivo, aplica-se o art. 15 da Lei Estadual Paulista 3.947/83, sendo competente para o julgamento o próprio juiz da falência, que mandará processar o feito na forma da Lei 9.099/95. No AgInt no Recurso de Habeas Corpus 78.686/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 08.02.2018, 5ª Turma, extrai-se da ementa: ‘6. No que concerne à alegada violação ao princípio do juiz natural, embora não tenha sido analisado pelo Tribunal de origem, consigno que, nos termos do parecer do Ministério Público Federal, a matéria diz respeito à organização judiciária, cuja lei, no estado de São Paulo, disciplina que as ações por crime falimentar são da competência do Juízo Universal da Falência” (Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo. 14ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 450).

Nesse mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PROCESSO PENAL. JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA. COMPETÊNCIA. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do writ, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

¹³ Rcl 2223, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 2/10/2003, DJ 15-9-2006 PP- 34 EMENT VOL-02247-01 PP - 9 LEXSTF v. 28, n. 335, 2006, p. 212-226).

Boletim Criminal Comentado 101- Julho -

2020 -

II - No caso concreto, alega-se a incompetência absoluta do Juízo Universal da Falência no Estado de São Paulo para a apuração criminal.

III - "Especificamente no Estado de São de Paulo, a Lei Estadual nº 3.947/83, em seu art. 15, determina que as ações por crime falimentar e as que lhe sejam conexas são da competência do respectivo Juízo Universal da Falência, tendo sido tal diploma legislativo declarado constitucional pelo c. Supremo Tribunal Federal, por se tratar de norma típica de organização judiciária, inserida, portanto, no âmbito da competência legislativa privativa dos Estados, a teor do art. 125, § 1º, da Lex Fundamentalis" (HC n.106.406/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 03/08/2009). Habeas corpus não conhecido. (HC 485.767/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/3/2019, DJe 26/3/2019).

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Flagrante de uso de drogas pode ser lavrado por autoridade policial somente na ausência de juiz

DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF

Segundo a ministra Cármen Lúcia, a medida visa afastar o usuário do ambiente policial e evitar que ele seja indevidamente detido.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a autoridade policial pode lavrar Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) e requisitar exames e perícias em caso de flagrante de uso ou posse de entorpecentes para consumo próprio, desde que ausente a autoridade judicial. Por maioria de votos, o colegiado julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3807, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol-Brasil) contra dispositivos da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

A associação argumentava, entre outros pontos, que a lei conferia aos juízes poderes inquisitivos, com violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em confronto com as competências das Polícias Federal e Civil.

Despenalização

Na sessão virtual encerrada em 26/6, a maioria dos ministros acompanhou o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, que explicou que, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 48 da Lei de Drogas, a autoridade policial, em relação a quem adquirir, guardar ou transportar droga para

Boletim Criminal **Comentado** 101- Julho - 2020 -

consumo pessoa, pode lavrar o flagrante e tomar as providências previstas na lei “se ausente a autoridade judicial”. Segundo a relatora, presume-se que, presente a autoridade judicial, cabe a ela a adoção dos procedimentos, até mesmo quanto à lavratura do termo circunstanciado. Em qualquer dos casos, é vedada a detenção do autor. Essa interpretação, a seu ver, é a que mais se amolda à finalidade dos dispositivos, que é a despenalização do usuário de drogas.

De acordo com o procedimento previsto na norma, o autor do crime deve, de preferência, ser encaminhado diretamente ao juízo competente, se disponível, para que ali seja lavrado o termo circunstanciado de ocorrência e requisitados os exames e perícias necessários. Esse procedimento, segundo a ministra, afasta a possibilidade de que o usuário de drogas seja preso em flagrante ou detido indevidamente pela autoridade policial. “As normas foram editadas em benefício do usuário de drogas, visando afastá-lo do ambiente policial quando possível e evitar que seja indevidamente detido pela autoridade policial”, destacou.

A ministra ressaltou ainda que, ao contrário do que alegado pela Adepol, o dispositivo não atribuiu ao órgão judicial competências de polícia judiciária, pois a lavratura de TCO não configura ato de investigação, mas peça informativa, com descrição detalhada do fato e as declarações do condutor do flagrante e do autor do fato.

Ressalva

Os ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes acompanharam a relatora, com a ressalva de que, do ponto de vista constitucional, a lavratura do termo circunstanciado pela autoridade judicial não é medida preferencial em relação à atuação da autoridade policial, mas, na prática, medida excepcional.

Repartição de competências

Único a divergir, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido e pela inconstitucionalidade da norma. Para ele, a lavratura do termo circunstanciado compreende atividade investigatória privativa dos delegados de polícia judiciária, e delegá-la a outra autoridade viola a repartição de competências prevista na Constituição Federal.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Diz o art. 48, §3º, da Lei de Drogas:

“Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2.º deste artigo [flagrante do usuário de drogas] serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente”.

Boletim Criminal **Comentado** 101- Julho -

2020 -

A grande maioria dos casos envolvendo o agente flagrado com drogas para uso pessoal é apresentado à autoridade policial, a quem cabe adotar as medidas próprias da Lei dos Juizados Especiais Criminais, previstas no art. 69 da Lei 9.099/1995. Lavra-se, pois, o respectivo termo circunstanciado, elaborando-se, ainda, um auto de constatação, capaz de aferir, como o nome sugere, ainda que precariamente, o potencial lesivo da droga.

Com a nova decisão, a apresentação para o Delegado de Polícia é medida excepcional, possível somente quando ausente a autoridade judicial.

Um ponto que chama a atenção na decisão em comento é o fato de o STF ter ratificado a natureza jurídica do art. 28 da Lei de Drogas, qual seja, crime, havendo somente despenalização moderada, na medida em que o tipo não traz pena privativa de liberdade, mas somente sanções (ou medidas) alternativas.

2-Tema: Min. Celso de Mello suspende realização de novo Júri em caso de absolvição genérica contrária às provas dos autos

DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF

Ao analisar HC que discute a aplicação do quesito genérico de absolvição, por 4 votos, o ministro Celso de Mello ressaltou que os jurados possuem ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios.

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu medida liminar no Habeas Corpus (HC) 185068 para suspender a realização de novo julgamento pelo Júri que foi determinado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), até a análise de mérito do HC, no caso de uma pessoa que foi absolvida por 4 a 1 da acusação de homicídio qualificado, com base no quesito genérico de absolvição, previsto no artigo 483 do Código de Processo Penal.

O TJ-SP atendeu apelação do Ministério Público (MP), o qual alegou que o veredicto foi tomado de forma manifestamente contrária à prova constante dos autos. Em decisão monocrática, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve a decisão da Corte paulista.

O decano afirmou que não mais se revela viável a utilização, pelo MP, do recurso de apelação como meio de questionamento das decisões absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri, com apoio na resposta dada pelo Conselho de Sentença ao quesito genérico de absolvição penal.

Ele explicou que o artigo 483 do Código de Processo Penal (CPP) prevê que, no questionário a ser submetido à deliberação dos membros do Conselho de Sentença, contém a indagação sobre “se o acusado deve ser absolvido”.

Boletim Criminal **Comentado** 101- Julho -

2020 -

De acordo com o ministro Celso de Mello, “se a resposta de pelo menos quatro jurados for afirmativa, o juiz-presidente do Tribunal do Júri dará por encerrada a votação, em virtude de tal resultado importar na absolvição penal do acusado”. Segundo ele, os jurados possuem ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios.

Para o decano, se a apelação do MP, baseada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos, fosse admitida, “implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo por que lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, o sigilo das votações”.

Leia a íntegra da decisão.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Na decisão em comento, o Min. Celso de Mello conferiu ao princípio da soberania do Júri um alcance que aparentemente ele não ostenta. De sorte que, embora com previsão constitucional, esse princípio é relativo, sofrendo forte mitigação quando a lei permite, na dicção do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, que o Tribunal de Justiça mande o réu a novo Júri, acolhendo apelação e reconhecendo que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. E nem poderia ser diferente, já que embora se admitindo a soberania dos veredictos, há que se ter um meio de revisão das decisões evidentemente equivocadas.

Não que ao Tribunal de Justiça se autorize, por meio de uma apelação, condenar ou absolver o réu. Mas poderá, sem arranhar o aludido princípio constitucional, determinar que outro julgamento seja realizado. Nesse sentido sempre foi o posicionamento do próprio STF:

“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).

Daí porque já foi denominado esse recurso, quando manejado contra decisões provenientes do Júri, de apelação *sui generis*, já que atua como verdadeiro juízo de cassação, posto que, segundo

Boletim Criminal **Comentado** 101- Julho -

2020 -

lição de José Frederico Marques, “a soberania continua a existir, mas desaparece a onipotência arbitrária” (Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1997, vol. IV, p. 228).

DIREITO PENAL:

1-Tema: Direito penal – crimes contra a ordem tributária

STJ- Pesquisa Pronta

Em entendimento firmado no REsp 1.857.830, sob relatoria do ministro Nefi Cordeiro, a Sexta Turma estabeleceu que "a conduta omissiva de não prestar declaração ao Fisco com o fim de obter a redução ou supressão de tributo, quando atinge o resultado almejado, consubstancia crime de sonegação fiscal, na modalidade do inciso I do art. 1º da Lei n. 8.137/1990".

Direito penal – crimes contra a ordem tributária

No julgamento do REsp 1.767.899, relatado pelo ministro Joel Ilan Paciornik, a Quinta Turma destacou que "a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do HC n. 399.109/SC, firmou o entendimento de que o elemento subjetivo especial, no crime de apropriação indébita tributária (art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990), é prescindível, sendo suficiente para a configuração do crime a consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido"

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A conduta descrita no inciso II, do art. 2º, da Lei n. 8.137/90, guarda semelhanças com o tipo penal de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), uma vez que tem como característica a imposição ao agente de um dever de recolher tributo, que não é, porém, por ele devido.

É dizer: impõe-se ao agente uma obrigação acessória de recolher um tributo, efetuando esse pagamento com valores que não lhe pertencem, mas cuja posse lhe é entregue. Por isso a semelhança com a apropriação indébita.

Aqui, o crime é omissivo próprio, uma vez que se aperfeiçoa quando o agente deixa de recolher, no prazo legal, o valor do tributo, descontado ou cobrado. Isso, desde que exista um dever jurídico do agente fazê-lo na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária.

Sobre o crime do art. 2º, inciso II, BALTAZAR JUNIOR expõe as duas modalidades de sua caracterização, citado aqui integralmente por se tratar de exposição bastante didática:

Boletim Criminal Comentado 101- Julho - 2020 -

“O inciso menciona duas possibilidades: tributo descontado ou cobrado. Quanto ao IRRF, que é descontado, o funcionamento é o seguinte: a fonte pagadora do rendimento (empregador ou contratante) é obrigada a reter uma parcela desse rendimento e fazer o recolhimento para a Receita Federal. Se a fonte fizer o desconto e não recolher, o crime se consuma, e o sujeito ativo é o responsável tributário (empregador ou contratante), uma vez que o tributo foi descontado do sujeito passivo da obrigação, que é o empregado ou prestador de serviço (TRF4, AC 20047105000177-0, Penteado, 8ª T., u., 22.11.06). O IPI, ao contrário, é cobrado. O modo, em rápidas linhas, é o seguinte: quando uma operação é sujeita à cobrança do IPI, como, por exemplo, a compra de uma mercadoria, o consumidor paga o valor da mercadoria mais o valor do tributo. Se a mercadoria vale 100 reais, o vendedor deve cobrar 110, porque 10 reais são devidos de IPI. O valor de 10 reais, cobrado em razão do IPI, não pertence ao vendedor, mas sim à União, para quem esse valor deve ser recolhido.” (BALTAZAR JUNIOR. Crimes Federais, pp. 842-843).

Como se vê, no crime em questão, o agente efetivamente tem a posse de valores alheios, sobre os quais recaía um dever de repasse, mediante pagamento do tributo, à pessoa jurídica de direito público, que tinha a capacidade tributária ativa para receber os valores.

O crime do inciso II, do art. 2º, da Lei n. 8.137/90, é formal, configurando-se com o mero inadimplemento, com a mera omissão em cumprir o seu dever de efetuar o pagamento. Nesse sentido, cf.: STJ – RHC 83.103/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017.

Aliás, a esse respeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RHC 163.334/SC, assentou a tese, em regime de repercussão geral que:

“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”

Boletim Criminal Comentado 101- Julho - 2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1- Tema:

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º (XXXXX)

Suscitante: (XX) Promotor de Justiça da Capital

Suscitado: (XX) Promotor de Justiça da Capital

Assunto: adequação típica da conduta para efeito de delimitação da atribuição funcional

Cuida-se de investigação criminal instaurada com a finalidade de apurar fato ocorrido no dia 09 de agosto de 2019, na Rua Dona Ana Flora Pinheiro, 76, Vila Jacuí, sede da SPTrans de São Miguel Paulista, na cidade e comarca de São Paulo, tendo como investigada (XXXXX).

Segundo apurado, a investigada fez uso de relatório médico falso para requerer o bilhete único especial. Em consulta ao Hospital Santa Marcelina, a SPTrans descobriu que (XXXXX) não passou por atendimento e o médico (XXXXX) sequer faz parte do corpo clínico da instituição (cf. fls. 03/10).

A investigada foi ouvida a fls. 21 e admitiu ter efetuado o requerimento de bilhete único especial utilizando um atestado médico que foi entregue em sua casa, por pessoa desconhecida. Alegou que após conversar com “Marcela”, sobre seus problemas de saúde, gastos com remédio e transporte, tal pessoa disse que conseguiria providenciar documentos para dar entrada no bilhete único especial.

Dias depois de fornecer seus dados pessoais, um indivíduo desconhecido entregou o relatório médico em sua casa, o qual foi utilizado no requerimento. Não pagou “Marcela” ou tal indivíduo desconhecido e não informou quaisquer dados que pudessem levar à identificação ou localização deles.

Conforme relatório de investigação a fls. 13, o médico (XXXXX) está aposentado e atualmente reside em Portugal.

O laudo grafotécnico foi inconclusivo (fls. 42/48).

Boletim Criminal Comentado 101- Julho -

2020 -

Relatados os autos, a Douta Promotora de Justiça oficiante perante o juízo criminal comum, requereu a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, considerando ter ocorrido o delito do art. 301, § 1º, c.c. art. 304, ambos do Código Penal (fls. 54/58).

Foi determinada a redistribuição (fls. 59).

O Douto Promotor de Justiça recipiente, porém, discordou da remessa e, invocando precedente da Procuradoria-Geral de Justiça, pontuou que o crime a considerar é o delito de uso de documento público falso, nos termos do art. 304, c.c. art. 297, do Código Penal; por isso, suscitou conflito negativo de atribuição e requereu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, para resolução do impasse (cf. fls. 63/65).

É a síntese do necessário.

A remessa encontra supedâneo no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, estando configurado, destarte, o incidente retro citado.

Como destaca HUGO NIGRO MAZZILLI, o conflito de atribuição 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, que 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 officiar nos autos.

Pois bem.

A razão se encontra, em parte, com o Douto Suscitante, com a devida vênua da Ilustre Suscitada.

Necessário definir, ao menos em tese, qual foi a conduta típica para então delimitar quem tem atribuição funcional para atuar no presente inquérito policial.

Pelo que restou apurado até o presente momento, a investigada, em circunstâncias não suficientemente apuradas, obteve o documento público falsificado juntado as fls. 08, com o único propósito de conseguir o “bilhete único especial – pessoa com deficiência”, que, após aprovação, lhe garantiria a gratuidade em todo sistema de transporte coletivo, incluindo os Sistemas da SPTrans, do Metrô e da CPTM (fls. 06).

Boletim Criminal Comentado 101- Julho -

2020 -

A obtenção de referida vantagem econômica somente não se efetivou porque a SPTrans descobriu que o relatório médico apresentado era falso.

Portanto, no caso em tela, ficou evidenciado que o documento falso foi confeccionado e utilizado exclusivamente para ludibriar a empresa-vítima, fazendo-a supor que a investigada era portadora de esquizofrenia, com limitações sensorial e mental e, desta forma, obter indevida vantagem econômica consistente na livre e gratuita utilização da rede completa de transporte público municipal da Capital.

De se aplicar, portanto, o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 17 do STJ, que prescreve: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido."

Isto porque, o falso deve ser absorvido pelo estelionato quando neste se exaure sua potencialidade lesiva.

É exatamente a hipótese dos autos, pois o documento público falsificado foi produzido para ser usado exclusivamente no procedimento para obtenção do bilhete único especial, constando as fls. 06 que a documentação entregue pelo requerente do benefício ficará retida, residindo aí a falta de potencialidade lesiva para a prática de outros delitos.

Em caso semelhante, em que laudo médico falso foi apresentado perante órgão público com objetivo de proporcionar vantagem financeira ao autor, reconheceu-se a prática do delito capitulado no art. 171, §3º, c.c. art. 14, II, do Código Penal.

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO (ART. 171, § 3º, C/C ART. 14, II, DO CP). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. **APRESENTAÇÃO DE LAUDO MÉDICO FALSO AO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS PARA FINS DE OBTENÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA.** ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL POR INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO EMPREGADO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. VEDAÇÃO NA VIA DO WRIT. ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. O trancamento da ação penal por meio de habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na hipótese em exame. Precedentes: HC 101754, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie,

Boletim Criminal **Comentado** 101- Julho - 2020 -

DJ de 24.06.10 e HC 92959, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 11.02.10.

2. Não há falar em crime impossível quando o agente utiliza meio eficaz à consumação do delito. A análise da eficácia, ou não, do meio empregado para a prática do crime demandaria aprofundado revolvimento de fatos e provas, o que é insuscetível na via do habeas corpus.

3. In casu, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com ampla cognição fático-probatória, assentou que **o laudo médico apresentado pela paciente para fins de obtenção do auxílio-doença constituiria meio eficaz à obtenção do benefício previdenciário**, caso o falso não tivesse sido detectado por perito do INSS.

4. Ordem de habeas corpus extinta por inadequação da via eleita.

(STJ, HC 114745, Rel.: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/3/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 26-03-2013 PUBLIC 1-4-2013)

Não se trata, portanto, de infração de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima prevista é superior a 2 anos, escapando, assim, ao conceito de infração penal de menor potencial ofensivo.

Ao menos neste momento, com a devida vênia da Douta Suscitada, não se vislumbra a prática do delito excogitado pela Ilustre Representante Ministerial.

Isto porque, conforme reiterada jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, o crime previsto no artigo 301 e §1º, do Código Penal, exige que o atestado e certidão falsos habilitem alguém à obtenção de cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem semelhante, e o benefício pretendido pelo agente deve constituir uma vantagem no serviço público e não ao particular:

Apelação - Art. 304, c.c. o art. 297, caput, ambos do CP – Uso de atestado médico falso para justificar falta ao trabalho - Pleito absolutório por fragilidade probatória ou atipicidade da conduta (falsificação grosseira) - Inadmissibilidade – Prova oral e pericial a comprovar a materialidade e autoria, bem como não se tratar de falsificação grosseira – Desclassificação para o art. 301, § 1º, do CP - Inadmissibilidade - Tipo que exige que a utilização do documento se dê para obter vantagem no serviço público, o

Boletim Criminal Comentado 101- Julho -

2020 -

que não é o caso dos autos, cuja vantagem foi pessoal e privada - Recurso desprovido.

(TJSP, Apelação: 0005477-78.2015.8.26.0066, Rel. Osni Pereira, julgado em 31.03.2020-g.n.)

“Apelação. Uso de documento público falso. Recurso defensivo. Absolvição por insuficiência de provas. Inocorrência. Autoria e materialidade do delito comprovadas pela confissão judicial da ré e pelas palavras das testemunhas arroladas pela acusação. Pedido de reconhecimento de crime impossível. Impossibilidade. Documento falso apto a induzir terceiros em erro. Grosseria da falsificação não constatada. Condenação mantida. Desclassificação do delito para aquele previsto no artigo 301, §1º, do CP. Impossibilidade. Conduta que não se amolda no referido tipo penal, em que o agente visa a obtenção de vantagem de natureza pública. Precedentes do STJ. De rigor a classificação jurídica do delito com falsificação de documento público. Acusada que falsificou e utilizou documento público, devendo prevalecer a primeira conduta. Adequação da conduta da ré, nos termos do artigo 383, do CPP. Pena e regime bem fixados, com escorreita conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Recurso improvido, mas com adequação da conduta da agente, de ofício, para aquela prevista no artigo 297 do CP, sem efeito quanto à dosimetria penal.”

(TJSP, Apelação Criminal nº 0010099-29.2016.8.26.0047, Rel. Des. Leme Garcia, j. 21/8/2019-g.n.).

Nesse cenário, considerando que a investigada usou documento público falsificado, com único propósito de conseguir vantagem econômica indevida, induzindo em erro entidade de direito público, e somente não atingiu seu objetivo por circunstâncias alheias à sua vontade, incorreu na prática do crime capitulado no art. 171, §3º, c.c. art. 14, II do Código Penal, ficando a falsidade absorvida pelo crime patrimonial nos termos do enunciado da Súmula 17 do STJ.

Nada impede, por óbvio, que a instrução criminal demonstre o contrário, operando-se nova tipificação do ilícito.

Boletim Criminal **Comentado** 101- Julho - 2020 -

Diante do exposto, conhece-se deste incidente, dirimindo-o para declarar competir à Douta Suscitada, Promotora de Justiça em exercício perante o júízo criminal comum a atribuição para intervir nos autos.

Para que não haja menoscabo à sua independência funcional, tendo em vista a opinião delitiva diversa por ela exarada, designa-se outro Representante Ministerial para atuar no feito, em lugar da Suscitada, facultando-se ao Ilustre Promotor de Justiça designado observar o disposto no art. 4-A da Resolução n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução n.º 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria designando-se o substituto automático.

São Paulo, 15 de julho de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 102
7/2020

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

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Acórdão do TJSP - Pagamento da Multa - essencial para progressão de regime

Agravo em execução para impugnar a decisão que concedeu progressão no regime de cumprimento da pena privativa da liberdade sem o pagamento da multa. O sentenciado que não comprovar a impossibilidade de pagamento da multa não faz jus à progressão ao regime aberto sem o adimplemento da sanção pecuniária. Recurso provido.

Clique [aqui](#)

2-Tema: Nota Técnica nº 06 – Fluxo do ANPP 100% virtual (2ª edição):

Indicamos como propor o Acordo de Não Persecução Penal 100% virtual, com o auxílio da Defensoria Pública e Dativa. Na Capital de São Paulo, as audiências para homologação do ANPP serão designadas sempre no período da manhã. Clique [aqui](#) para ter acesso

3- Tema: Nota Técnica nº 09: Letalidade Policial. Lei Anticrime e os arts. 14-A CPP e 16-A CPPM

O inquérito policial, seja na Polícia Judiciária ou na Militar, não pode ficar no aguardo do Investigado ter um advogado nomeado para si para que a investigação seja concluída. Clique [aqui](#) para conhecer os fundamentos jurídicos do CAOCRIM.

4– Tema: A CONFISSÃO E DELAÇÃO DO INDICIADO QUE CELEBROU ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E SUA OITIVA NA AÇÃO PENAL CONTRA COAUTOR(ES) DA INFRAÇÃO PENAL

Alguns casos de coautoria em infrações penais passíveis de celebração do acordo de não persecução penal (ANPP) vêm trazendo importantes indagações por parte dos membros do Ministério Público, mais especificamente nos casos em que apenas um ou parte dos coautores do delito celebram o acordo. Nesses casos, como aquele que celebrou o acordo não será denunciado, poderá ainda assim ser ouvido na ação penal relativa aos demais agentes? Deve ser arrolado como testemunha? Afinal, que fazer nessa hipótese? Essa questão foi feita durante as últimas semanas ao CAOCRIM. Vejamos esse problema.

Boletim Criminal **Comentado** 102- Julho -

2020 -

1 - Premissas iniciais

Para início da abordagem do problema, é preciso estabelecer algumas premissas.

De início, convém lembrar ser pressuposto do ANPP a existência de elementos que propiciem o oferecimento da denúncia (art. 28-A, caput, CPP), já que somente será cabível o acordo se não for caso de arquivamento. Assim, ao final do procedimento investigatório deve haver justa causa para o oferecimento da denúncia contra os envolvidos, em se tratando de diversos agentes, coautores ou partícipes.

Em relação àqueles indiciados contra os quais a denúncia poderá ser oferecida, deve-se verificar, antes disso, se o caso comporta oferecimento de proposta de ANPP. Nesse ponto, é possível que nem todos os imputados façam jus ao acordo, em razão da incidência de alguma das vedações previstas no § 2º do art. 28-A. Ocorrendo isso, pode-se oferecer o acordo apenas para o indiciado sobre o qual não incida vedação.

Todavia, um dos pressupostos para o ANPP é a confissão formal e circunstanciada dos fatos, e é daí que se originam as indagações vistas acima.

É perfeitamente possível que um dos indiciados tenha confessado, mas seja reincidente, caso em que não será possível a celebração do acordo. Este será denunciado, pois já presentes elementos suficientes para a inicial. Por outro lado, pode algum imputado não ter confessado perante a polícia e ser ainda assim possível o oferecimento do acordo, desde que venha a confessar o fato perante o Ministério Público. Se entender o membro do parquet que há campo para o acordo, pode notificar o investigado a comparecer – presencialmente ou, nos dias atuais, de forma virtual – à promotoria, acompanhado de defensor, ocasião em que poderá ser realizada a confissão e, em seguida, o ANPP.

2 - Necessidade de confissão e delação

Diante disso, uma primeira indagação vem surgindo: para fins de celebração do ANPP, pode-se aceitar como confissão “formal e circunstanciada”, aquela em que o imputado se recusa a delatar os demais indiciados, mas admite seu papel na infração penal?

Não há consenso sobre esse ponto.

Para alguns, a exigência para o ANPP é apenas de confissão dos fatos cometidos pelo pretendente ao acordo, sem obrigação de delatar terceiros.

Para outros, desde que as circunstâncias do crime permitam entrever que o agente tem conhecimento dos papéis dos demais investigados ou de parte deles na infração penal, somente haverá uma confissão “circunstanciada” se o relato incluir a delação. Embora a finalidade primordial do ANPP não seja a obtenção de elementos de prova (essa é uma finalidade mais específica do acordo

Boletim Criminal **Comentado** 102- Julho -

2020 -

de colaboração premiada), um dos seus pressupostos é a admissão dos fatos pelo celebrante, com todas as circunstâncias de que tenha conhecimento. Ou seja, a confissão. E uma confissão “qualificada” ou parcial não é compatível com o pressuposto legal, i.e., a exigência de que o indiciado confesse “formal e circunstanciadamente” a prática do crime (a lei usa, em evidente descuido de redação, a expressão “circunstancialmente”): como não cometeu o crime sozinho, e sabe disso, e como tem conhecimento da identidade e conduta do coautor ou coautores, é razoável que somente se considere preenchido o pressuposto legal se o pretendente ao ANPP esclarecer todas essas circunstâncias do delito.

3 - Valor probatório da confissão extrajudicial

Eis que outra indagação pode ser feita, uma vez celebrado o acordo, que substitui o oferecimento da denúncia: poderá essa confissão ser usada como prova contra aqueles que forem denunciados?

Na dicção do art. 155 do CPP, a confissão extrajudicial poderá ser usada como elemento informativo e a ela será dada a valoração compatível com essa sua natureza. Não há, assim, nesse ponto, qualquer problema que já não vinha sendo enfrentado pelos membros do Ministério Público em casos dessa natureza, muito antes do ANPP, bastando imaginar hipótese, não incomum, de coautoria, com confissão extrajudicial de um dos denunciados que, depois, não é citado pessoalmente, aplicando-se quanto a ele a suspensão do processo, incluindo eventual desmembramento.

4 - Como ouvir em juízo o delator

Problemas realmente novos são os seguintes: o agente que confessou/delatou, mas não foi denunciado, pode ser ouvido em juízo? Se positiva a resposta, será ouvido como testemunha ou réu?

Evidentemente, não estamos a nos referir a caso em que seja cabível acordo de colaboração premiada, visto que, sendo esta a hipótese, a solução é óbvia: faz-se o acordo, com previsão do prêmio aplicável à espécie criminosa (Lei 12.850/2013, Lei 9.807/1999 etc.) e o colaborador será interrogado na fase processual, sob o contraditório, eis que, salvo em raras situações, figurará no polo passivo da ação penal. Logo, deixemos isso de lado e nos concentremos, pois, apenas na hipótese de ANPP.

4.1 - Delação como um dos elementos de prova

Antes de enfrentar as indagações apresentadas acima, cabe uma observação: dificilmente a delação do celebrante do acordo será imprescindível para o oferecimento da denúncia contra os demais indiciados, uma vez que, se tal quadro se apresentar, frágil serão os elementos informativos e baixo o prognóstico para uma futura condenação.

Boletim Criminal **Comentado** 102- Julho - 2020 -

Mas, considerando a riqueza da casuística processual que os membros do Ministério Público encontram em suas atividades, podemos perfeitamente nos deparar com um processo em que a confissão/delação daquele não denunciado mostre-se relevante, em maior ou menor grau, para o posterior sucesso da ação penal.

Recorde-se que o ônus de provar a hipótese acusatória é do órgão acusador e, logicamente, cabe ao Ministério Público indicar os meios de prova de que pretende se valer no processo e as respectivas fontes. Aliás, lembre-se que tem o *parquet*, assim como também o acusado, verdadeiro direito à prova no processo penal.

Obviamente, não entendendo o órgão acusador ser necessária a oitiva em juízo do delator não denunciado, pode-se dizer que, em tese, teria a defesa o direito de requerer sua inquirição no processo, para que possa exercer o direito ao confronto. Dificilmente, contudo, uma defesa bem preparada tecnicamente irá buscar essa solução, uma vez que, não tendo o Ministério Público requerido a oitiva do delator, não será o acusado que buscará fazer essa prova contra si. É mais provável, portanto, que o órgão acusador venha entender relevante a oitiva em juízo do delator não denunciado.

De qualquer maneira, fica a indagação: como produzir essa prova?

4.2 - Duas soluções

Nesse caso, pode-se vislumbrar duas soluções: um que se inicia com a aplicação analógica do § 12 do art. 4º da Lei 12.850/2013 e passa pela adoção da solução jurisprudencial anterior a tal lei; ou a produção antecipada de provas prevista pelo inciso I do art. 156 do CPP. Qual a solução mais adequada?

Vejamos os dois caminhos e as conclusões devidas.

4.2.1 - Oitiva do celebrante do ANPP como “informante”

A Lei 12.850, que trata das organizações criminosas, trouxe previsão com potencial de causar estranhamento, dada sua imperdoável singeleza. Referimo-nos ao § 12 do art. 4º, que assim dispõe:

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

De interesse, a parte em que o dispositivo legal permite a oitiva em juízo do colaborador não denunciado, dada à semelhança com o problema aqui tratado, ou seja, aquele em que um dos imputados confessa, delata os demais indiciados e celebra ANPP.

Boletim Criminal Comentado 102- Julho -

2020 -

O dispositivo da Lei 12.850 inspirou-se na legislação italiana, como vem alertando a doutrina. Porém, a inspiração não foi suficiente para que, a exemplo do legislador estrangeiro, o nosso tivesse o cuidado de regular como se dará essa oitiva e a que título, uma vez que o colaborador não figura no polo passivo da denúncia.

No caso da colaboração premiada, defendem Rogério Sanches Cunha, Renee do Ó Souza e o saudoso Ronaldo Batista Pinto, que o colaborador não denunciado deve ser ouvido como corréu, qualidade que não perde, embora com situação jurídica “qualificada”, como uma categoria diferente. Explicam:

(...) Essas informações, porque atinge a esfera de direitos dos delatados, fazem situá-lo em uma categoria diferente de corréu, apta a lhe impor o dever de prestar as declarações em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial. Esse dever, decorrente do chamado direito ao confronto previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 8.2.f), assegura ao acusado o direito ao contraditório e de exame das declarações, de quem quer que seja, em desfavor do acusado.

Portanto, o que o § 12 do art. 4º enuncia é que a prova produzida pelo colaborador, para ter valor suficiente para condenar os delatados, deva ser reproduzida em juízo, além de ser corroborada (...).¹

Pode-se objetar que o colaborador não denunciado não pode ser ouvido como réu, pois não figura no polo passivo da ação penal. Assim, deveria ser ouvido como testemunha, pois terá o compromisso de dizer a verdade. Lado outro, como tem interesse no prêmio pela sua colaboração, não deveria ser considerado verdadeira testemunha, mas um informante.

Seja qual for a correta solução para a oitiva realizada nos termos § 12 do art. 4º da Lei 12.850 – como corréu, testemunha ou mero informante –, é certo que a regra fornece um caminho legal que pode ser usado por analogia: é perfeitamente possível a oitiva do imputado não denunciado na ação penal movida contra outro indiciado.

Mas, como sói acontecer no uso da analogia, as situações são semelhantes, mas não idênticas. A analogia, portanto, acaba aqui.

É que a colaboração premiada, além de negócio jurídico, é meio de obtenção de prova, e o colaborador, além de abrir mão do direito a não se autoincriminar, deverá, quando ouvido posteriormente, dizer a verdade. O ANPP não tem como objetivo a obtenção de prova, tanto assim

¹ Crime organizado – Lei nº 12.850/2013. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (coordenadores), *Leis penais especiais: comentadas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1945 (destaques no original).

Boletim Criminal Comentado 102- Julho - 2020 -

que, apesar de ser a confissão um pressuposto do acordo, para que seja possível ao Ministério Público oferecer a proposta já deve existir prova do crime e indícios suficientes de autoria independentemente da admissão de culpa pelo investigado.

Como muito bem esclarece Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

“(...) o acordo de colaboração premiada é informado por um critério político-criminal voltado fundamentalmente à obtenção de provas e elementos de informação. Não há nenhum objetivo de aliviar a carga de trabalho, de eleição de prioridades ou de redução de danos decorrentes da intervenção estatal. Por isso que a lógica entre esses dois institutos é muito diversa e distinta deverá ser, também, a sua interpretação finalística, muito embora tanto a colaboração premiada quanto o acordo de não persecução sejam consubstanciados por um negócio jurídico (com requisitos objetivos, subjetivos e pressupostos de existência, validade e eficácia)”.²

E não é só. O celebrante do ANPP, depois de confessar circunstanciadamente os fatos, não tem a obrigação de colaborar no processo de eventual corrêu, ao contrário do que ocorre com o agente que queira usufruir dos prêmios de sua colaboração.

Por isso, como lembrar Pedro Jorge do Nascimento Costa, no caso da Lei 12.850:

“Formalmente, o réu colaborador é um ‘depoente anômalo’, porque deve confessar fatos próprios e falar a verdade sobre fatos criminosos de terceiros, sendo ele sujeito processual e interessado na expectativa de prêmio. Materialmente, seu depoimento é o de réu”.³

No mesmo sentido, Vladimir Aras:

“Veja-se o caso do réu colaborador, de quem se exige o dever de dizer a verdade. O colaborador deve confessar fato próprio e detalhar as condutas ilícitas dos seus cúmplices. Suas declarações têm de ser verdadeiras. Nessa situação, o réu colaborador equipara-se a uma testemunha, assumindo a condição de depoente anômalo, pois é um acusado que renuncia o direito ao silêncio em troca de prêmios previstos em lei e por isso deve falar a verdade”.⁴

² *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 78.

³ Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (organizadores). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 184.

⁴ A mentira do réu e o artigo 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (organizadores). *Garantismo penal integral*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 260.

Boletim Criminal **Comentado** 102- Julho -

2020 -

A única obrigação que tem o celebrante do ANPP é o de cumprir as condições acordadas, sob pena de revogação do acordo e oferecimento da denúncia contra ele. Apesar da semelhança das situações, as diferenças não podem ser ignoradas.

Assim, se a analogia com o § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013 resume-se à possibilidade de oitiva do celebrante do ANPP na fase judicial do processo do coautor da infração penal, é certo que os tribunais superiores já haviam lidado com esse tipo de problema em caso de delação premiada realizada antes da lei citada, quando regra procedimental alguma existia sobre o assunto.

Recorde-se que a delação premiada há muito tempo é possível em nosso ordenamento, mas sempre foi regulada apenas quanto ao aspecto premial, com regras de natureza penal. A Lei 9.808/1999, que trata da proteção às testemunhas e réus colaboradores (e que ainda pode ser aplicada para os acusados, salvo se se tratar de casos envolvendo organizações criminosas ou terroristas), é um bom exemplo, eis que estipula prêmios para os delatores, sem nada estabelecer sobre a forma do acordo, o que só veio a lume bem depois, com a Lei 12.850/2013 (que, desde então, pode ser usada, no seu aspecto processual, como um microsistema de colaboração premiada para todos os casos). Naturalmente, abriu-se a possibilidade para situações em que alguém colaborava, delatando terceiros, e depois havia a necessidade de ouvi-lo nos processos instaurados contra estes, nos quais o colaborador não figurava como réu. E não havia qualquer regra a respeito no ordenamento.

Desse modo, podemos verificar qual a solução jurisprudencial então aplicada.

Na Ação Penal 470, por exemplo, entendeu o STF que:

“(…) O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus (sic). Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. (...) De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes. Precedentes” (AP 470 – QO03, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.10.2008, grifo no original).

Vide também: HC 89.671.

Boletim Criminal **Comentado** 102- Julho - 2020 -

Assim, a Corte Suprema entendeu que o colaborador devia ser ouvido como “informante” nos feitos em que não fosse denunciado, que nada mais é do que uma testemunha que não presta compromisso de dizer a verdade.⁵

O STJ também passou a admitir a oitiva de colaborador nessas hipóteses e vem mantendo o mesmo entendimento da Corte Constitucional:

“Não sendo vedada a ouvida de coautores colaboradores, constantes ou não do processo, exigida é tão somente a indicação dessa condição - não pode o acusado desconhecer a condição do depoente como favorecido em acordo de colaboração premiada. (...) A categoria indicada ao colaborador deve ser de corréu ou informante (se não integra a ação penal), pelo direto interesseno fatos acusatórios, mas a errônea nomeação como testemunha não gera nulidade na colheita ou valoração dessa prova. (...)”

Embora seja questionável a oitiva do colaborador como informante sob o regime da Lei 12.850/2013, tendo em vista o dever que tem de dizer a verdade, esse posicionamento do STJ poderia ser aplicado aos casos anteriores à Lei de Organizações Criminosas, bem como ao problema que ora se apresenta em face do ANPP.

Em resumo, a solução das cortes superiores pode ser adotada para solução das indagações trazidas acima, *mutatis mutandis*: na denúncia contra o(s) indicado(s) que não celebrou o ANPP pode ser arrolado, na qualidade de testemunha “informante” o imputado que o celebrou.

4.2.2 - Produção antecipada de provas (art. 156, I, CPP)

Se o caminho acima é mais simples, pode não se apresentar no caso concreto como o mais seguro quando se pensa na qualidade da prova que se pretende produzir no processo.

Deve-se considerar que o agente beneficiado pela celebração do ANPP não figurará no polo passivo da ação penal e, sendo assim, deixará de ser interrogado no mesmo processo dos demais corréus, salvo se ocorrer a conjugação de alguns fatos: o descumprimento de alguma das condições do acordo; a revogação deste; aditamento da denúncia ou oferecimento de outra, com possibilidade de reunião dos processos.

O que se espera – e certamente ocorrerá com mais frequência – é que o celebrante do acordo venha a cumprir suas condições e tenha a punibilidade extinta. Isso muitas vezes ocorrerá enquanto ainda tramita o processo daqueles que foram denunciados.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 686).

Boletim Criminal Comentado 102- Julho -

2020 -

Se o caso concreto demandar a oitiva do delator em juízo, sob contraditório, para que seja atendida a regra do art. 155 do CPP, possibilitando a valoração, na sentença, da confissão/delação como elemento de prova e não como mero elemento informativo, pode-se, como visto acima, arrolá-lo como “informante”. E aqui reside o grande inconveniente dessa solução.

O “informante” é testemunha que não presta compromisso de dizer a verdade. Além disso, quando de seu depoimento em juízo, já terá celebrado o ANPP e sua punibilidade muito provavelmente já terá sido extinta.

Se for esse o quadro, corre-se sério risco de que o delator compareça para prestar declarações como informante e ainda venha a renegar a confissão/delação anterior. Ainda que se considere residir a mentira nessas novas declarações e não na primeira confissão, entrar-se-á na infundável discussão sobre se pode ou não responder por falso testemunho, o que já é meio caminho para a impossibilidade de qualquer punição, tendo em vista o posicionamento majoritário no sentido da inexistência de crime nesse caso.

Ou seja, não há absolutamente nada que possa compelir o delator a dizer a verdade quando depuser em juízo, depois de já extinta a punibilidade. Nenhuma sanção. Tampouco se pode afirmar que cometeu denunciação caluniosa na primeira confissão, já que: **a)** estamos considerando que disse a verdade naquele momento; e **b)** não deu causa à instauração do procedimento.

De qualquer modo, se o que se pretende é a produção de uma prova em juízo, para que, juntando-se a outras, forme um quadro suficiente para ensejar um pedido de condenação, arrolar o delator para ser ouvido como informante, com oitiva que se dará no momento em que já estiver extinta sua punibilidade, traz inaceitável risco de ver fracassar tal objetivo.

Ora, se esse é o único caminho para o Ministério Público, tem-se que restará ferido de morte o seu direito à prova. A respeito deste, vale trazer as lições de Antonio Magalhães Gomes Filho:

“Tradicionalmente, a relação entre as partes e a prova tem sido tratada pela doutrina processual em termo de ônus, o que corresponde a uma ótica que se pode afirmar negativa da questão, pois ao litigante que tinha o encargo de provar e não o fez são atribuídos os riscos da falta de provas no julgamento da causa. (...) Mas, encarada sob uma dimensão positiva, essa mesma relação implica o reconhecimento à parte de um direito de ‘empregar todas as provas de que dispõe, com o fim de demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam sua pretensão’; nessa visão, ressalta-se o papel de colaboração dos interessados na reconstrução mais exata dos fatos sobre os quais irá versar a decisão judicial. Caracteriza-se, assim, um verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa: o direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao

Boletim Criminal Comentado 102- Julho - 2020 -

órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz”.⁶

Como garantir ao Ministério Público o direito de produzir essa prova em juízo, sem ferir, ao mesmo tempo, as regras procedimentais vigentes e as garantias processuais dos imputados?

A solução está no emprego da regra do inciso I do art. 156 do CPP, ou seja, na oitiva do delator sob a forma de *produção antecipada de provas*. Dispõe o referido dispositivo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

(...)

Se, segundo se acredita, não poderia o juiz determinar, de ofício, ainda na fase de investigação, a produção antecipada de prova, é certo que pode o Ministério Público requerê-la.

Para tanto, há necessidade de que a prova que se pretende produzir seja urgente e relevante, observando-se, ainda, critério de proporcionalidade.

Havendo a hipótese inicialmente trazida, tem-se o seguinte quadro: o Ministério Público manteve contato com um dos investigados e este, orientado por defensor, concordou em celebrar ANPP, incluindo a necessidade de prévia confissão e delação do que souber.

Pois bem. Uma vez que deve o Ministério Público observar o prazo legal para oferecimento da denúncia (5 dias, se houver indiciado preso; 15, se todos estiverem soltos), deverá também, dentro dele, celebrar o ANPP com o indiciado que preencher todos os requisitos.

Assim, será dentro deste exíguo prazo que deverá o membro do parquet obter a confissão circunstanciada do celebrante, mas sempre antes da assinatura do acordo – afinal, é seu pressuposto – que, por sua vez, precederá o oferecimento da inicial acusatória (pois, frustrado o acordo, o pretendente à sua celebração será igualmente denunciado).

Logo, a produção da prova é, sem dúvida, urgente.

A relevância deverá ser demonstrada com os elementos do caso concreto. Evidentemente, como já observado acima, não se estará diante de caso em que a confissão/delação será o único elemento informativo a propiciar o oferecimento da denúncia.

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 83-86.

Boletim Criminal Comentado 102- Julho -

2020 -

Destarte, o membro do Ministério Público deverá demonstrar ao juiz que:

- a) o investigado e interessado na celebração ANPP confessou extrajudicialmente o crime e delatou o(s) outro(s) indiciado(s);
- b) o Ministério Público pretende celebrar o ANPP;
- c) pretende, ainda, produzir prova oral em juízo, consistente na oitiva do mesmo indiciado, mas como “informante”, na esteira do entendimento jurisprudencial acima descrito;
- d) o momento para oitiva como “informante”, em razão das peculiaridades da vara criminal específica, se dará depois da extinção da punibilidade, considerando-se que cumprirá o acordo;
- e) conseqüentemente, não terá o Ministério Público qualquer garantia de que o “informante”, imune como estará a qualquer punição, sentir-se-á compelido a dizer a verdade, como ocorre com as testemunhas de modo geral;
- f) isso implica na necessidade de antecipação da prova para momento anterior à extinção da punibilidade, ainda na fase pré-processual, sob pena de, na prática, ser negado ao Ministério Público o direito de produzi-la, ou seja, o direito de demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam sua pretensão;
- g) o investigado “informante”, bem como sua defesa, concorda com a antecipação da prova.

A antecipação da produção da oitiva do “informante”, de outra parte, garantiria o contraditório, com a participação dos demais delatados e seus defensores, sendo realizado antes mesmo das oitivas de qualquer das testemunhas arroladas e mesmo da resposta dos réus à acusação, de modo que às defesas estaria assegurada a possibilidade de ampla refutação, ainda que posterior, dos fatos trazidos no depoimento do delator.

Uma questão final: e se, tendo sido antecipada a prova, o delator acabe por descumprir as condições do ANPP?

Nesse caso, a confissão feita ao Ministério Público poderá permanecer nos autos, como ocorreria em qualquer outro caso de acordo descumprido, e será oferecida denúncia contra o indiciado (ou aditamento à inicial antes oferecida contra os demais imputados, se ainda possível).

Porém, agora, o indiciado deixou de ser “informante” e passou à condição de acusado. Conseqüentemente, não poderá figurar, ao mesmo tempo, como corréu e testemunha, ainda que não compromissada, razão pela qual a sua oitiva como “informante”, colhida antecipadamente, deverá ser desconsiderada, anulada e desentranhada dos autos do processo, sob pena de violação

Boletim Criminal **Comentado** 102- Julho - 2020 -

ao direito à ampla defesa em juízo, o que inclui o *nemo tenetur se detegere*, bem como em homenagem à boa-fé processual.

Evidentemente, essa desconsideração da prova poderá ter consequência quanto aos réus anteriormente delatados, visto que a delação tampouco poderá ser usada contra eles, ainda que não venha o antigo delator a figurar como réu no mesmo processo. Deve-se apenas valorar as demais provas produzidas e, eventualmente, o que disser o novo acusado em seu interrogatório judicial.

5 - Conclusões:

Para sumarizar as discussões realizadas até aqui, podemos afirmar que:

I - Para fins de atendimento de pressuposto do ANPP, em caso de concurso de agentes, não se pode considerar a confissão “circunstanciada” se não incluir a delação dos demais envolvidos na infração penal, dentro dos limites do conhecimento do imputado;

II - Celebrado ANPP com indiciado que tenha confessado e delatado os demais investigados, poderá o Ministério Público arrolá-lo na denúncia, para que seja ouvido na instrução processual como “informante”, nos termos dos entendimentos do STF e STJ;

III - Se, pelas peculiaridades da vara criminal local, for possível verificar que a extinção da punibilidade em razão do ANPP certamente se dará antes da realização da instrução processual, pode o Ministério Público requerer ao juiz, já antes da assinatura final do acordo, a produção antecipada da oitiva do “informante”, nos termos do inciso I do art. 156 do CPP;

IV - Nesse caso, deve o membro do Ministério Público:

- a) já ter esclarecido o indiciado e sua defesa sobre os termos do ANPP, incluindo a necessidade de confissão formal e circunstanciada dos fatos;
- b) colher a confissão/delação;
- c) colher a concordância do investigado em antecipar seu depoimento judicial;
- d) então, requerer ao juiz a produção antecipada de provas;
- e) por fim, havendo a antecipação da prova, com a confirmação da confissão/delação, firmar o acordo com o investigado e sua defesa e apresenta-lo para homologação judicial;

V - Se, posteriormente, houver o descumprimento das condições, a prova antecipada não poderá ser valorada e deverá ser excluída do processo em que tenha sido produzida, sendo vedado seu uso como prova emprestada.

Boletim Criminal Comentado 102- Julho - 2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Tribunal do Júri. Execução Penal Provisória. (Ir)retroatividade do art. 491, I, “e”, do CPP.

No RHC 124.377, a Sexta Turma entendeu que, conforme pacífica jurisprudência do STJ, é ilegal a decisão que nega o direito de recorrer em liberdade sem a indicação de elementos concretos, fundada apenas na premissa de que deve ser executada prontamente a condenação proferida pelo tribunal de júri.

"Não apresentada motivação concreta para a custódia cautelar na sentença, que apenas faz referência genérica ao fato de ter o paciente respondido preso ao processo e à pena aplicada ao paciente pelo tribunal de júri, há manifesta ilegalidade", afirmou o relator, Nefi Cordeiro.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A Lei nº 13.964/2019 promoveu alterações no artigo 492 do CPP, nele incluindo a letra “e” no inciso “I”, bem como os 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.

Boletim Criminal Comentado 102- Julho -

2020 -

§ 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.

Em que pese haver corrente lecionando ser a alteração inconstitucional, por violar a presunção de inocência, não é o que prevalece.

Conforme exposto em artigo publicado pelo procurador-geral de Justiça de São Paulo, Mário Luiz Sarrubbo, em coautoria, no BOLETIM DO CAOCRIM 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.

Boletim Criminal Comentado 102- Julho -

2020 -

Em realidade, só hipótese de manifesta incompatibilidade da condenação com a prova dos autos é que o princípio da soberania dos vereditos 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.

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. 29.9.2017, 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).

Na decisão em comento, o STJ concluiu que o art. 492, I, “e”, do CPP, não pode de todo o modo ser aplicado retroativamente, devendo respeitar sentença prolatada em data anterior a sua vigência

Boletim Criminal **Comentado** 102- Julho - 2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Edição 152 de Jurisprudência em Teses destaca crimes contra a dignidade sexual- II

A Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) divulgou a edição 152 de Jurisprudência em Teses. A equipe responsável pelo informativo destacou duas notas entre as demais citadas na nova publicação.

A primeira destaca que, em razão do princípio da especialidade, é descabida a desclassificação do crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal) para o crime de importunação sexual (artigo 215-A do CP), uma vez que o último é praticado sem violência ou grave ameaça, ao passo que o primeiro traz, de forma inerente ao seu tipo penal, a presunção absoluta de violência ou de grave ameaça.

A segunda tese aponta que é possível a configuração do crime de assédio sexual (artigo 216-A do CP) na relação entre professor e aluno.

Clique [aqui](#) (e selecione a edição n. 152)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Das várias teses publicadas pelo STJ, destacamos as seguintes para serem comentadas:

I - A prática de crime contra a dignidade sexual por professor faz incidir a causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, do Código Penal, por sua evidente posição de autoridade e ascendência sobre os alunos.

Como vimos nos comentários à tese nº 5, o STJ decidiu que o assédio sexual pode ser cometido por professor contra aluno, pois a relação de ascendência é inegável em muitas situações que envolvem essa relação. Pela mesma razão, em outros crimes contra a dignidade sexual cometidos por professor contra aluno incide a majorante do art. 226, inc. II, do CP na parte em que se refere à autoridade de qualquer título que o agente exerce sobre a vítima:

“1. Esta Corte Superior já decidiu pela incidência da causa de aumento descrita no art. 226, II, do Código Penal, nas hipóteses em que o réu, em virtude da condição de professor, assedia aluna para com ela manter conjunção carnal. 2. Por ocasião do julgamento do REsp n. 1.759.135/SP, que manteve a condenação de um professor por assédio sexual contra uma aluna, concluiu-se ser ‘patente a aludida ‘ascendência’, em virtude da ‘função’ desempenhada pelo agente devido à atribuição que tem o professor de interferir diretamente na avaliação e no desempenho acadêmico do discente, contexto que lhe gera, inclusive, o receio da reprovação; [...] a ‘ascendência’ constante do tipo penal objeto deste recurso não deve se limitar à ideia de relação empregatícia entre as partes” (REsp 1.730.287/SC, j. 17/12/2019).

Boletim Criminal Comentado 102- Julho - 2020 -

“1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a majorante do artigo 226, inciso II, do CP não possui sua aplicação restrita apenas às relações afetivas, mas toda aquela que, de alguma forma, imponha reverência e temor, como no caso apresentado nos autos. 2. Reconhecida a autoridade que o acusado exercia sobre a vítima, considerando a sua condição de professor, incide a causa de aumento prevista no inciso II do artigo 226 do Código Penal. 3. Agravo regimental desprovido” (AgRg nos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1.699.724/SP, j. 19/03/2019).

Note-se apenas que a majorante não incide no próprio assédio sexual, no qual a relação de subordinação entre o professor e o aluno é elementar do tipo e, portanto, não pode ser valorada duas vezes.

II - Não há *bis in idem* na incidência da agravante genérica do art. 61, II, f, concomitantemente com a causa de aumento de pena do art. 226, II, ambas do CP, no crime de estupro.

O art. 61, inc. II, f, do CP agrava a pena de quem comete o crime com abuso de autoridade (nas relações privadas) ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou com violência contra a mulher (Lei 11.340/06). Manifesta o agente, nesses casos, clara insensibilidade moral, violando sentimentos de estima, solidariedade e apoio mútuo que deve nutrir para com pessoas sob sua autoridade ou parentes ou, ainda, com quem convive.

Sabendo que “prevalecer” tem o sentido de levar vantagem, aproveitar-se da condição (ou situação), pensamos que a agravante necessariamente pressupõe que o agente se valha da vantagem doméstica, de coabitação ou de hospitalidade em relação à vítima, merecendo interpretação restritiva. Por “relações domésticas” entendem-se aquelas criadas no âmbito do espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança (inserindo-se, na hipótese, a relação do patrão em face da empregada).

O art. 226, inc. II, do CP, por sua vez, majora a pena nos crimes sexuais cujo autor seja ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

Considerando que o fundamento da majorante é o abuso das relações familiares, de intimidade ou de confiança que o criminoso mantém com a vítima, é natural que se considere *bis in idem* a incidência simultânea da agravante e da causa de aumento de pena nos casos em que o abuso nas relações domésticas decorre da relação de parentesco. O STJ, no entanto, firmou a tese em sentido contrário:

“1. “Não caracteriza *bis in idem* a utilização da agravante genérica prevista no art. 61, II, f, do Código Penal e da majorante específica do art. 226, II, do Código Penal, tendo em vista que a circunstância utilizada pelo Tribunal de origem para agravar a pena foi a prevalência de relações

Boletim Criminal Comentado 102- Julho -

2020 -

domésticas no ambiente intrafamiliar e para aumentá-la na terceira fase, em razão da majorante específica, utilizou-se da condição de padrasto da vítima, que são situações distintas.” (REsp 1645680/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)” (AgRg no REsp 1.872.170/DF, j. 09/06/2020).

“[...] A valoração negativa das circunstâncias do crime se deu com base no fato de que o acusado praticava os delitos na própria casa da família e nas ocasiões em que a mãe da ofendida não estava presente, o que tornava a vítima mais vulnerável às investidas do réu, enquanto a majorante prevista no inciso II do art. 226 do CP, leva em consideração a existência de relação de parentesco ou autoridade do sujeito ativo com a vítima, não restando caracterizado o alegado bis in idem [...]” (AgRg no AREsp 1.478.526/ES, j. 6/8/2019).

III - No estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do CP), a condição de a vítima ser criança é elemento ínsito ao tipo penal, tornando impossível a aplicação da agravante genérica prevista no art. 61, II, h, do Código Penal Brasileiro, sob pena de bis in idem.

O estupro de vulnerável tipificado no caput do art. 217-A do CP só pode vitimar menores de quatorze anos, o que compreende crianças e adolescentes até essa idade. A idade da vítima é, portanto, uma circunstância elementar do tipo penal. Por isso, nessa modalidade de estupro não pode incidir a agravante genérica do art. 61, inc. II, h, do CP no que se refere à criança ser vítima do crime:

“[...] O artigo 217-A do Código Penal dispõe sobre o crime de estupro cometido contra pessoa menor de 14 anos, o que torna inviável à exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, em razão da incidência da agravante prevista no art. 61, II, h, do Código Penal (crime cometido contra criança), sob pena de bis in idem. Na espécie, deve ser afastada a referida agravante, diante da ocorrência de bis in idem [...]” (HC 396.017/SP, j. 22/8/2017).

IV - O fato de o ofensor valer-se de relações domésticas para a prática do crime de estupro não pode, ao mesmo tempo, ser usado como circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) e como agravante genérica (art. 61, II, f, do CP), sob pena de bis in idem.

Na aplicação da pena-base, em que se parte do preceito secundário simples ou qualificado estampado no tipo incriminador, incidem as denominadas “circunstâncias judiciais”, elencadas no art. 59 do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

O dispositivo proporciona ao juiz a oportunidade de considerar incontáveis circunstâncias relativas ao autor do crime, ao próprio crime e à vítima para estabelecer a pena mais justa. Devido à amplitude das causas que podem exasperar a pena-base, é preciso cuidado para evitar que

Boletim Criminal Comentado 102- Julho -

2020 -

circunstâncias elementares ou que de alguma forma agravem o crime em situações específicas sejam valoradas reiteradamente.

No caso de crimes praticados com prevalência das relações domésticas, não é possível que a mesma circunstância agravante da pena (art. 61, inc. II, f, do CP) sirva para aumentar a pena-base, ainda que, nos termos do art. 59, o aumento não se vincule expressamente às circunstâncias do crime, mas sim à personalidade ou à conduta social do agente:

“[...] 4. As instâncias antecedentes não indicaram elementos concretos capazes de justificar a avaliação negativa da personalidade e das consequências do crime, limitando-se a fazer afirmações genéricas, insuficientes para supedanear o acréscimo decorrente dessas duas circunstâncias, razão pela qual devem ser excluídas do cálculo da pena-base. 5. O fato de o autor ter se aproveitado do relacionamento amoroso mantido com a avó da vítima para, com abuso de confiança, cometer os delitos imputados confunde-se com os elementos que dão fundamento à agravante descrita no art. 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal, devendo o acréscimo decorrente das circunstâncias do crime ser removido do cômputo da sanção” (HC 553.234/SP, j. 03/03/2020).

“[...] Deve ser reconhecida a ilegalidade na individualização da pena, em relação à personalidade, pois o fato de o paciente haver cometido o crime contra sua sobrinha não pode ser utilizado como circunstância judicial e, simultaneamente, como agravante genérica, sob pena de dupla exasperação pelo mesmo fato (bis in idem)” (HC 215.432/TO, j. 23/02/2016).

V - No estupro de vulnerável, o trauma psicológico que justifica a valoração negativa das consequências do crime (art. 59 do CP) é aquele cuja intensidade for superior à inerente ao tipo penal.

Ao cominar a pena de um crime, o legislador considera, evidentemente, a gravidade de suas consequências para a vítima ou para a sociedade. Nos crimes de estupro (arts. 213 e 217-A), não há dúvida de que as penas decorrem em boa parte dos danos psicológicos provocados por ações de tamanha gravidade.

O fato de os efeitos psicológicos do estupro integrarem o tipo penal inibe que essa mesma circunstância seja utilizada para aumentar a pena-base na qualidade de consequência do crime. Inibe, mas não impede, porque a pena abstratamente cominada se baseia em efeitos que, em termos gerais, são esperados de crimes dessa natureza, mas há circunstâncias particulares que podem justificar o aumento porque ultrapassam o ordinário:

“Nos casos de estupro de vulneráveis, o profundo abalo psicológico da vítima e o agente se aproveitar da relação de confiança familiar para perpetrar os atos são fundamentos idôneos para exasperação da pena-base pela valoração negativa das vetoriais de consequências e circunstâncias do crime, respectivamente” (AgRg no HC 497.267/RS, j. 23/6/2020).

Boletim Criminal Comentado 102- Julho -

2020 -

“O fato de a conduta delituosa, concretamente, ter causado trauma psicológico à vítima, a qual, segundo consta do acórdão, ficou revoltada, agressiva, apresentou mudança de comportamento na escola, começou a usar drogas, chegando até mesmo a tentar suicídio, justifica a valoração negativa das consequências do delito, por desbordar das ínsitas ou comuns ao delito” (AgRg nos EDcl no AREsp 1.565.652/RJ, j. 16/6/2020).

VI - No estupro de vulnerável, a tenra idade da vítima pode ser utilizada como circunstância judicial do art. 59 do CP e, portanto, incidir sobre a pena-base do réu.

Observamos nos comentários à tese nº 8 que o estupro de vulnerável tipificado no caput do art. 217-A do CP só pode vitimar menores de quatorze anos, o que reduz as possibilidades de que a idade da vítima seja de alguma forma utilizada para aumentar a pena-base.

Há, no entanto, algumas nuances que podem influenciar o aumento. Se considerarmos que o crime, com a mesma pena em abstrato, abrange condutas que vitimam desde recém-nascidos até adolescentes prestes a completar quatorze anos, é claro que a tenra idade da vítima torna o fato mais grave. É por razões como essa, aliás, que as penas abstratas são variáveis, ou seja, para que a pena concretamente aplicada considere aspectos essenciais para a justa resposta estatal.

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. TENRA IDADE DA VÍTIMA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA À CULPABILIDADE. “A tenra idade das vítimas autoriza a valoração negativa das circunstâncias do crime” (AgRg no AREsp 539.256/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 17/11/2014).” (AgRg no AREsp n. 920.205/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 10/02/2017). Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1.802.817/SC, j. 14/5/2019).

Boletim Criminal Comentado 102- Julho - 2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1- Tema: ANPP. Juiz, de ofício, provoca a reanálise pelo PGJ da manifestação de recusa de formulação do acordo. Violação do sistema acusatório.

Código de Processo Penal, art. 28-A, § 14 (NÃO CONHECIMENTO)

Autos n.º 00xx6xx-xx.201x.8.26.00x0 – MM. Juízo da xxª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda (Comarca de São Paulo)

Réus: xxxxxxxxxxxx e xxxxxxxxxxxx

Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal

Cuida-se de ação penal instaurada em face de FULANO, imputando-lhe o delito previsto no artigo 155, §4º, II, do Código Penal, bem como em face de BELTRANO, imputando-lhe o delito previsto no artigo 180, §1.º do Código Penal (cf. denúncia de fls. 300/302).

Segundo narrado na exordial, em data incerta, no período compreendido entre maio de 2012 e janeiro de 2013, na Avenida XXXXXXXXXXXX, n.º 67, nesta Capital, FULANO subtraiu para si, mediante abuso de confiança, seis máquinas de espinar, utilizadas para junção de fiação elétrica, de propriedade da empresa-vítima P..

Ainda, nas circunstâncias de tempo acima descritas, na Rua J. B., n.º , nesta Capital, BELTRANO ecebeu e adquiriu de FULANO, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, as seis máquinas de espinar acima mencionadas, pertencentes à empresa P., devendo saber ser produto de crime.

Conforme apurado, FULANO, que trabalhava na empresa-vítima, aproveitando-se das facilidades decorrentes das funções que exercia, apoderou-se das seis máquinas de espinar.

De posse dos bens, procurou o denunciado BELTRANO, sócio da empresa XXX Ltda., que prestava serviços à empresa-vítima, e ofereceu-lhe as máquinas em questão. BELTRANO, então, adquiriu de FULANO as seis máquinas de espinar e passou a utilizá-las nas atividades de sua empresa XXX.

Ocorre, porém, que policiais civis receberam denúncia anônima de que o maquinário furtado da empresa ofendida estava sendo utilizado na empresa XXX e, realizadas diligências, encontraram, na Rua M.A., n.º XXX, nesta Capital, o veículo da empresa XXX, no interior do qual estava uma das máquinas pertencentes à empresa-vítima. Em seguida, dirigiram-se até a sede da empresa XXX, onde foram apreendidas as outras cinco máquinas objeto de furto.

Boletim Criminal Comentado 102- Julho -

2020 -

Interrogado em sede policial, FULANO declarou que trabalhou na empresa em questão por aproximadamente três anos e foi demitido em agosto de 2012 por justa causa. Com relação aos fatos, disse que em maio de 2012, foi procurado por indivíduo denominado “Rubão”, que lhe pediu informações sobre clientes da empresa ou prestadores de serviços que tivessem interesse na aquisição de máquinas sucateadas. Disse que apresentou JC, que era um dos sócios da empresa XXX a ele e nada mais soube sobre a negociação, negando que tenha subtraído referido maquinário (fls. 65/66).

BELTRANO disse que adquiriu sucatas de FULANO e as utilizou para remontar máquinas de espinar. Alegou que desconhecia a origem ilícita das sucatas, uma vez que FULANO lhe afirmou tratar-se de sucatas inservíveis (fls. 82).

Em novas declarações, disse que, quando dos fatos, era responsável pela empresa juntamente com J.C.S.. Alegou que JC lhe propôs a aquisição das máquinas de FULANO, com a qual consentiu. Negou que tenha tido contato com FULANO, aduzindo que o negócio fora celebrado entre JC. e FULANO (fls. 84 e 184).

A denúncia foi recebida e os denunciados citados para apresentação de defesa (fls. 308/309), acostadas às fls. 358/360 e 405.

A folha de antecedentes e a certidão criminal em nome de FULANO foram acostadas às fls. 413/415, tratando-se de réu tecnicamente primário.

BELTRANO, embora tecnicamente primário, foi denunciado nos autos 00XXXXX-9X.201X.8.26.0050 por delito semelhante, conforme documentos acostados às fls. 416/419.

A MM. Juíza determinou a intimação das Defesas constituídas para manifestação acerca de eventual interesse em acordo de não continuidade da persecução penal, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, bem como, havendo interesse, a abertura de vista ao Ministério Público para análise do cabimento do benefício (fls. 420).

Ambos os denunciados mostraram interesse na celebração do acordo (fls. 427/428), razão pela qual foi o Ministério Público instado a se manifestar acerca do benefício (fls. 429).

O Douto Promotor de Justiça deixou de oferecer proposta de acordo de não persecução em favor do acusado BELTRANO, uma vez que ele já responde a outro feito na 21ª Vara Criminal (00XXX-XX.201X.8.26.0050) por receptação de objetos de considerável valor, de modo que configurado o óbice previsto no artigo 28-A, § 2º, inciso II, do Código de Processo Penal. Ainda, asseverou que o acordo não seria, no caso, necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Boletim Criminal Comentado 102- Julho -

2020 -

Com relação à FULANO, requereu a designação de audiência para o oferecimento de acordo de não persecução penal (fls. 432).

A MM. Juíza, então, considerando a negativa do Ministério Público quanto a BELTRANO, determinou o envio dos autos a esta Chefia Institucional, para revisão, nos termos do art. 28-A, §14, do Código de Processo Penal (fls. 437), sem que houvesse requerimento do acusado ou de sua defesa.

É o relato do necessário.

O caso, com a devida vênia, é de não conhecimento da remessa.

O art. 129, inc. I, da CF, atribui ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública. Portanto, tratando-se do dominus litis, aos membros desta Instituição incumbe aferir o cabimento das medidas despenalizadoras contidas na Lei n.º 9.099/95. Nesse sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual proclama cuidar-se a formulação da proposta de verdadeira prerrogativa funcional do Parquet (STJ, Ag.Int. no RHC 66.292/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, 6.ª Turma, DJe de 16/6/2016).

No que tange ao acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 13.964/19, a benesse também constitui prerrogativa institucional do Ministério Público, a quem cabe – com exclusividade, por força do que decorre do art. 129, I, da Constituição Federal – aferir se o acordo é suficiente e necessário para repressão e prevenção do fato, avaliação que incumbe ao Ministério Público, sempre motivadamente.

Entender diversamente implicaria negar a independência funcional do Ministério Público e obrigá-lo a sempre propor o benefício quando o Magistrado julgar que é caso de oferecer a avença, o que não se coaduna com o sistema acusatório, tampouco com a imparcialidade do Magistrado.

Não por outro motivo, aliás, determina o legislador que, recusando o Parquet e insistindo o investigado⁷, o juiz (em vez de conceder de ofício) deverá remeter os autos ao órgão ministerial de revisão.

Nesse cenário, verifica-se que a MM. Juíza determinou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional de ofício, sem qualquer requerimento da D. Defesa a esse respeito, motivo pelo qual, não configurada a hipótese expressamente prevista no §14 do 28-A CPP, o caso é de não conhecimento da remessa quanto ao acordo de não persecução penal.

⁷ Art. 28-A, § 14 do CPP: “No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, **o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior**, na forma do art. 28 deste Código.

Boletim Criminal **Comentado** 102- Julho - 2020 -

A exigência contida no § 14 do art. 28-A harmoniza-se com o Sistema Acusatório previsto em nossa Constituição Federal, em que há nítida separação entre as funções de julgar e acusar.

Guarda sintonia, ainda, com o disposto no art. 3-A, do Código de Processo Penal, cuja eficácia persiste suspensa por força de liminar deferida pelo Ministro Fux, no bojo das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, e que dispõe que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na investigação criminal e a substituição da atividade probatória do órgão de acusação.

Pelo princípio da paridade de armas, se ao juiz não se permite adotar medidas na investigação ou na produção probatória, em prol da acusação, forçoso convir que o mesmo raciocínio se aplica no que concerne a medidas de interesse exclusivo do acusado e de sua defesa técnica, como a revisão prevista no art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, não se conhece da presente remessa, com a renovada vênia da Digníssima Magistrada, restituindo-se os autos à origem, para o regular prosseguimento da ação penal.

São Paulo, 24 de julho de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 103 - 08/2020

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

AVISO

PROMOTORIA COM ATRIBUIÇÃO PARA PROMOVER A EXECUÇÃO DA MULTA: ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

A Procuradoria-Geral de Justiça, no ano de 2019, firmou entendimento no sentido de que a atribuição para execução da pena de multa seria do Promotor de Execuções que atua perante a VEC do local do domicílio do sentenciado ou de onde ele se encontrava preso.

Referido entendimento encontrava amparo no artigo 46, §5.º do Código de Processo Civil, bem como na Lei n.º 6.830/80.

Ademais, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ainda que sob a ótica da atribuição da Procuradoria da Fazenda Pública, vinha decidindo no sentido de que o foro competente para execução da multa decorrente de condenação criminal era o domicílio do executado, nos termos da Lei de Execução Fiscal e do artigo §2.º do artigo 482 das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

Ocorre que, após a entrada em vigor da Lei Anticrime, as NSCGJ foram alteradas pelo Provimento 04/2020-CGJ, não havendo mais previsão expressa do foro competente para execução da pena de multa.

Não bastando, inúmeras são as decisões proferidas pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em conflitos de competência suscitados pelo Juízo do domicílio ou local da prisão do executado, no sentido de que o foro competente para execução da multa é a VEC do Juízo da Condenação.

Vale ressaltar que os Estados de Minas Gerais, Santa Catarina e do Pará também adotam o referido entendimento e estão devolvendo certidões enviadas pelos Promotores de São Paulo, oriundas de condenações deste Estado.

Desta feita, após minucioso estudo acerca do tema, reconhecemos que, não obstante a ausência de previsão legal no sentido de que a VEC competente para execução da pena de multa é do Juízo da Condenação, é o caso de se rever o posicionamento anteriormente adotado, de modo a nos alinharmos com as decisões majoritárias da Câmara Especial do Tribunal de Justiça.

Em breve haverá a republicação do Aviso 146/2020-PGJ-CGMP, de 22/04/2020, com a alteração parcial do item "5", para dispor que o Promotor de Justiça que atuou no processo de conhecimento deverá encaminhar a certidão de execução gerada no referido processo para o Promotor de Justiça

com atribuição nas execuções criminais na mesma comarca, ou seja, Promotor que atua perante a VEC do Juízo da Condenação.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Remição pena cumprida e cálculo para benefícios - Inocorrência de dupla consideração do período remido

O artigo 128, com a redação dada pela Lei 12.433/2011, veio para acabar com a controvérsia sobre o desconto dos dias remidos. Existiam, antes da referida Lei, duas correntes acerca do tema:

1ª corrente: o tempo remido deve ser deduzido do total da pena;

2ª corrente: o tempo remido deve ser computado como pena cumprida.

Da novel redação do artigo 128 fica claro que o legislador adotou a segunda corrente: tempo remido será computado como pena cumprida, portanto, será considerado para progressão de regime etc.

Nesse sentido:

AGRAVO EM EXECUÇÃO - REMIÇÃO - Homologação do cálculo de pena - Tempo remido que deve ser considerado como pena efetivamente cumprida, nos termos do artigo 128 da LEP, e não descontados da pena total - Inocorrência de dupla consideração do período remido - Precedentes desta 10ª Câmara de Direito Criminal e do STJ - Lapsos temporais remidos (no caso, 09 dias), que não poderão ser aproveitados nas futuras atualizações dos cálculos para efeito de progressão ao regime aberto, sob pena de se incorrer em bis in idem - Recurso ministerial desprovido. (TJ-SP - EP: 00086304020188260026 SP 0008630-40.2018.8.26.0026, Relator: Nelson Fonseca Junior, Data de Julgamento: 31/01/2019, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 05/02/2019)

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

2-Tema: Alienação antecipada de bens utilizados para a prática dos crimes definidos na Lei de drogas. Artigo 61 da Lei n. 11.343/2006. Modelo do CAO-CRIM, de acordo com a redação dada pela Lei n. 13.840/2019

A alienação antecipada de bens é uma medida que se insere no poder cautelar do juiz e tem como propósito a evitar a deterioração ou depreciação do valor de determinados bens apreendidos ou ainda em razão da dificuldade de o mesmo ser armazenado. A medida alcança quaisquer apreendidos nos processos que versem sobre a Lei de Drogas, conforme prevê textualmente o § 10 do art. 61, de modo que mesmos os objetos alcançados pelas medidas assecuratórias do art. 60 podem ser, se necessário, alienados antecipadamente. Sua finalidade pública é bem destacada no julgado a seguir:

“A alienação antecipada é uma cautela da efetividade da medida assecuratória real decretada, com fim de manter a incolumidade do valor do bem constrito, e não o bem em si”. Não se trata, portanto, de garantia dos interesses do agente, mas dos bens jurídicos protegidos pela norma processual, ou seja, “os interesses patrimoniais das eventuais vítimas, o patrimônio público, relativamente aos dispêndios estatais na persecução penal e a idoneidade do sistema penal” (STJ, RMS: 52537 RS 2016/0307436-0, Relator: Min. Ribeiro Dantas, j. 12/09/2017, Quinta Turma, DJe 22/09/2017).

A alienação deve ser operacionalizada mediante autos apartados, dos quais constará a exposição sucinta do nexa de instrumentalidade entre o delito e os bens apreendidos, a descrição e especificação dos objetos, as informações sobre quem os tiver sob custódia e o local em que se encontrem (§ 2º).

A alienação sempre dependerá de prévia avaliação que será realizada por oficial de justiça, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da autuação, ou, caso sejam necessários conhecimentos especializados, por avaliador nomeado pelo juiz, em prazo não superior a 10 (dez) dias (§ 3º). Feita a avaliação, o juiz intimará o órgão gestor do Funad, o Ministério Público e o interessado para se manifestarem no prazo de 5 (cinco) dias e, dirimidas eventuais divergências, homologará o valor atribuído aos bens (§ 4º).

Embora desnecessário, a lei prevê que o Ministério Público deve fiscalizar o cumprimento da comunicação dos bens apreendidos, bem como a análise acerca da medida mais adequada no caso, seja a alienação, seja acerca da possibilidade de serem utilizadas pelos órgãos públicos (§ 9º).

Por se tratar de uma medida precária, não se exige, para a alienação de bens, a prévia condenação do agente. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª. Região:

MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. CONDENAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE PARA A DECRETAÇÃO DO SEQÜESTRO PATRIMONIAL – “A alienação antecipada de bem constrito judicialmente em processo penal, já perdurando a medida por prolongado período de tempo, legitima-se com a finalidade de preservação do valor patrimonial da res. Uma vez alienado o patrimônio em hasta pública, todavia, o valor auferido com a venda deverá reverter para uma conta-corrente à disposição do Juízo, aguardando-se o desfecho da ação penal para a destinação da importância” (MS n. 200604000131479-RS, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 26.07.2006, DJ 02.08.2006, p. 633).

A Corregedoria Nacional de Justiça editou um manual (“Manual de Bens Apreendidos), facilmente consultado pela internet, que se presta como valioso guia ao Magistrado, indicando o caminho a seguir quando da apreensão de bens relacionados não apenas ao crime de tráfico de entorpecentes, mas também, por exemplo, à apreensão de dinheiro, cheques, caça-níqueis,

Boletim Criminal **Comentado 103** - agosto 2020

animais em cativeiro, etc. No âmbito da Justiça Federal, o tema é tratado na Resolução nº 428, de 12 de abril de 2005.

Recomendação nº 30 de 10/02/2010 – Segundo essa recomendação, emanada do Conselho Nacional de Justiça, sugere-se aos juízes criminais, qualquer que seja o delito (e não apenas aqueles relacionados à drogas), que “ordenem, em cada caso e justificadamente, a alienação antecipada da coisa ou bem apreendido para preservar-lhe o respectivo valor, quando se cuide de coisa ou bem apreendido que pela ação do tempo ou qualquer outra circunstância ...” (art. 1º, “b”).

Clique [aqui](#) para ter acesso ao modelo do CAO-CRIM

3- Tema: Parecer do MP em habeas corpus coletivo com pedido liminar impetrado em favor de todos os apenados e presos provisórios com idade igual ou superior a 60 anos, portadores de doenças crônicas e gestantes

Clique [aqui](#)

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: São inválidas provas obtidas por guarda municipal em investigação deflagrada por denúncia anônima

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ

Por unanimidade, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que são inválidas as provas obtidas pela guarda municipal em atividade investigativa, iniciada após denúncia anônima, que extrapola a situação de flagrante.

Com base nesse entendimento, os ministros negaram provimento a recurso do Ministério Público que pedia o restabelecimento da sentença que condenou um homem por tráfico de drogas. O MP sustentava a validade das provas obtidas pelos guardas municipais que efetuaram a prisão em flagrante do acusado.

Segundo os autos, após denúncia anônima, os guardas municipais abordaram o réu e, não encontrando entorpecentes com ele, seguiram até um terreno nas proximidades, onde teriam apreendido maconha e filme plástico supostamente utilizado para embalar a droga.

Função de polícia

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) considerou inválida a apreensão de entorpecentes relatada pela guarda municipal e absolveu o acusado com base no [artigo 386](#), VII, do Código de Processo

Boletim Criminal **Comentado 103** - agosto 2020

Penal, sob o argumento de que atividades de investigação e policiamento ostensivo constituem função das Polícias Civil e Militar, conforme o artigo 144, **parágrafo 8º**, da Constituição Federal.

Ao confirmar o acórdão do TJSP, o relator, ministro Nefi Cordeiro, explicou que, no caso em julgamento, as provas são inválidas, pois os guardas municipais exerceram atividade de investigação motivados por denúncia anônima e nada encontraram na busca pessoal.

Para os ministros da Sexta Turma, não há impedimento à prisão em flagrante executada por guardas municipais – ou qualquer outra pessoa –, e as provas decorrentes dessa prisão não seriam ilícitas.

No entanto, segundo o relator, "os guardas municipais desempenharam atividade de investigação, o que, consoante o artigo 144, parágrafo 8º, da Constituição Federal, não lhes compete. Assim, não podem ser consideradas lícitas as provas decorrentes da referida busca", concluiu.

Leia o **acórdão**.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Como dispõe o art. 301 do CPP, qualquer do povo pode (não é obrigado) prender em flagrante. Esse direito decorre da compreensão de que todos os que vivem em sociedade têm interesse na repressão de práticas delituosas e, nesta circunstância, estão autorizados a prender. Já a autoridade policial e seus agentes devem fazê-lo (portanto são obrigados). Na primeira situação encontramos o chamado flagrante facultativo, já que, como indica o nome, o particular não é obrigado a prender. Já na segunda há o flagrante obrigatório ou compulsório, pois a autoridade, esta sim, dada a natureza de suas funções, tem a obrigação de prender em flagrante, sob pena de cometer, inclusive, na eventual inércia, crime de prevaricação, além de sujeitar-se a sanção na esfera administrativa.

Em sua grande maioria, os flagrantes são efetivados por agentes policiais que de alguma forma deparam-se com a ocorrência de crimes, seja em virtude de prévia investigação que acaba possibilitando a intervenção policial em crimes que estão sendo executados, seja pela constatação fortuita, normalmente por policiais militares ou guardas municipais.

Não são poucas as insurgências sobre o flagrante efetuado por guardas municipais. Isto porque, segundo o disposto no art. 144, § 8º, da CF/88, as guardas municipais são constituídas para a proteção de bens, serviços e instalações do município, não para a realização de patrulhamento ostensivo. Diante disso, muitos não se conformam com o fato de que guardas municipais atuem fora da estrita linha determinada pelo texto literal da Constituição.

O STJ tem decidido que nada impede os guardas municipais de efetuarem prisões em flagrante, pois, como dispõe o art. 301, qualquer do povo pode e as autoridades devem fazê-lo:

“Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes” (RHC 94.061/SP, j. 19/04/2018).

Boletim Criminal **Comentado 103** - agosto 2020

De fato, se qualquer pessoa que eventualmente se depare com alguma das situações do art. 302 do CPP pode efetuar a prisão do criminoso, não há razão lógica para impedir que o mesmo seja feito por guardas municipais, de resto tratados como agentes de segurança pública pelo ordenamento constitucional.

O problema surge quando a GM, fora dos casos de flagrante, passa a atuar na condição de órgão de investigação, conduzindo diligências. Eis o cenário censurado pelo TJ de SP e pela 6ª. T do STJ, no julgado em comento.

2- Tema: Suspensa prisão preventiva decretada sem requerimento do MP e da autoridade policial

DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF

Decisão do ministro Celso de Mello ressalta que o CPP proíbe a decretação da prisão preventiva sem o prévio requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do MP.

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu medida liminar no Habeas Corpus (HC) 186421 para suspender a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, decretada de ofício, de um acusado de tráfico de drogas. Segundo o decano, a decisão do juízo da primeira instância não foi precedida do necessário e prévio requerimento do Ministério Público (MP), dirigido ao magistrado, ou, ainda, de representação formal da autoridade policial.

O relator frisou que a Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) suprimiu a expressão “de ofício” que constava dos artigos 282, parágrafo 2º, e 311, ambos do Código de Processo Penal (CPP), proibindo a decretação da prisão preventiva sem o prévio requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do MP.

O decano apontou ainda que o magistrado também negou a realização da audiência de custódia. O ministro ressaltou que o preso em flagrante tem o direito de ser conduzido, sem demora, à presença da autoridade judiciária competente. Segundo ele, a realização da audiência de custódia tem por finalidade essencial proteger, de um lado, a integridade física e moral da pessoa custodiada e, de outro, preservar o *status libertatis* daquele que se acha cautelarmente privado de sua liberdade.

O ministro Celso de Mello afirmou que decisões do STF têm determinado, exceto se configurada hipótese de justa causa, a realização, no prazo de 24 horas, de audiência de custódia.

[Leia a íntegra da decisão.](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Nos termos do que disposto no art. 310 do CPP, a prisão em flagrante será convertida em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas as medidas cautelares

Boletim Criminal Comentado 103 - agosto 2020

diversas da prisão. Com base no espírito que norteou a nova redação do art. 311 do CPP, que impede o juiz decretar a prisão preventiva de ofício, há doutrina no sentido de que o Magistrado, por consequência, também não poderia converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem o prévio requerimento do Ministério Público ou sem a representação da autoridade policial. Tal conversão, com efeito, equivaleria a uma indireta decretação de ofício da preventiva.

Foi o que decidiu o STF no julgado em comento. Temos corrente em sentido contrário, em especial, na Corte Cidadã (STJ):

“Conforme a novel redação do art. **310** do **CPP**, o Magistrado, ao tomar ciência da prisão em flagrante, deverá, de modo fundamentado, relaxar a custódia ilegal, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou decretar a segregação preventiva do agente. Mostra-se despicienda a existência de representação ministerial ou do agente policial para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, devendo o Juiz, mesmo sem provocação, manter a segregação cautelar sempre que a medida mostrar-se necessária, nos termos do art. **312** do **CPP**, não se vislumbrando qualquer nulidade no decisum de 1º grau, já que o Julgador agiu em estrito cumprimento do disposto na lei adjetiva penal” (STJ – HC n. 226937-MG – Rel. Gilson Dipp, j. 17.04.2012, DJe 23.04.2012).

“Não se verifica a alegada nulidade da prisão preventiva, por ter sido decretada de ofício pelo juízo processante, porquanto se trata, na realidade, de simples conversão da prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento dos ditames do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal” (STJ – HC n° 227595-MG, Rel. Laurita Vaz, j. 20.08.2013, DJe 27.8.2013).

“O magistrado singular, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código” (RHC 80.740/MG, 5ª Turma, j. 20/6/2017).

“O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva pelo Juízo monocrático, independentemente de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, encontra respaldo no art. 310, II, do Código de Processo Penal. Precedentes” (RHC 79.655/MG, 6ª Turma, j. 4/4/2017).

DIREITO PENAL:

1-Tema: Teses do STJ sobre falta grave na execução penal

I - Faltas graves cometidas em período longínquo e já reabilitadas não configuram fundamento idôneo para indeferir o pedido de progressão de regime, para que os princípios da razoabilidade e da ressocialização da pena e o direito ao esquecimento sejam respeitados.

A progressão de regime é baseada não apenas no cumprimento de parcela da pena, mas também no comportamento do condenado durante a execução. É expresso no art. 112 da LEP que, em todos os casos de progressão elencados nos incisos I a VIII, “o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

O bom comportamento, cuja análise é fundamental para averiguar a disposição do condenado para se readaptar à organização social, decorre da ausência de registro de falta disciplinar – leve, média ou grave – no prontuário do preso.

A depender da extensão da pena, o tempo decorrido entre o cometimento da falta disciplinar e a pretensão de obter a progressão pode ser longo, e nesse período é possível a reabilitação da falta. No estado de São Paulo, por exemplo, o preso em regime fechado ou em regime semiaberto tem, no âmbito administrativo, os seguintes prazos (a partir do cumprimento da sanção imposta) para reabilitação do comportamento: I – 03 (três) meses para as faltas de natureza leve; II – 06 (seis) meses para as faltas de natureza média; III – 12 (doze) meses para as faltas de natureza grave (art. 89 da Resolução SAP – 144, de 29/06/2010).

Caso tenha ocorrido a reabilitação, não é razoável, segundo tem decidido o STJ, impedir a progressão com base na falta disciplinar:

“2. Consolidou-se neste Tribunal diretriz jurisprudencial no sentido de que faltas graves antigas, já reabilitadas pelo decurso do tempo, não justificam o indeferimento da progressão de regime prisional (HC n. 544.368/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/12/2019)” (AgInt no HC 554.750/SP, j. 23/6/2020).

“Tendo sido reabilitada a última falta grave do paciente em 9/12/2017, e constando registro de boa conduta carcerária e preenchimento do requisito objetivo, ilegal o indeferimento da progressão do regime prisional com base no não preenchimento do requisito subjetivo quando inexistente o apontamento de fundamento idôneo para impedir o benefício” (AgRg no HC 547.113/SP, j. 16/6/2020).

II - O cometimento de falta de natureza especialmente grave constitui fundamento idôneo para decretação de perda dos dias remidos na fração legal máxima de 1/3 (art. 127 da Lei N. 7.210/1984 – Lei de Execução Penal).

Nos termos do art. 127 da LEP, o cometimento de falta grave pode acarretar a perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido durante a execução da pena, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. Para impor a perda, o juiz deve observar o disposto no art. 57, ou seja, a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Nessa esteira, o STJ tem decidido que o cometimento de falta especialmente grave justifica a perda na fração máxima:

“Por fim, relativamente à remição, o Tribunal a quo determinou a perda de 1/3 dos dias remidos de forma fundamentada, ressaltando, inclusive, a natureza especialmente grave da falta cometida, não havendo como reconhecer o apontado constrangimento ilegal. Veja-se a fundamentação adotada: A alegação de “bis in idem” é incabível, pois a própria lei autoriza a quantificação da fração considerando a natureza da falta (art. 57 da LEP). É certo que a LEP autoriza a revogação de até 1/3 dos dias remidos, mas o faz observados a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. Analisados esses aspectos, verifica-se que a revogação levada a efeito revelou-se proporcional, razoável e bem fundamentada, sendo suficiente e necessária para a repressão e prevenção da conduta. Ademais, a perda de apenas um dia remido, como pretende a defesa, resultaria na inutilidade do dispositivo legal. Inexistência, portanto, de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício. Diante do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, nego seguimento ao habeas corpus” (AgRg no HC 532.071/SP, j. 5/11/2019).

III - O cometimento de falta grave durante a execução penal autoriza a regressão do regime de cumprimento de pena, mesmo que seja estabelecido de forma mais gravosa do que a fixada na sentença condenatória (art. 118, I, da Lei de Execução Penal – LEP), não havendo falar em ofensa à coisa julgada.

Há situações em que a pena privativa de liberdade se sujeita à regressão, isto é, à transferência do preso para regime mais rigoroso. O art. 118, inc. I, da LEP impõe a regressão de quem pratica fato definido como crime doloso ou falta grave.

É possível que o preso inicie o cumprimento da pena em regime fechado, progrida ao semiaberto, mas, cometida a falta grave, regrida novamente ao fechado. A possibilidade dessa operação não se discute. Mas e se o preso, conforme estabelece a sentença condenatória, inicia o cumprimento da pena em regime semiaberto ou em regime aberto, é possível a regressão no caso de falta grave?

Há quem sustente que nessa situação a regressão ofende a coisa julgada, tendo em vista que o regime menos rigoroso foi imposto na sentença condenatória. A tese, no entanto, não se sustenta, pois a sentença estabelece apenas o regime inicial, baseado na pena aplicada, nas circunstâncias do crime e nas condições pessoais do acusado. Durante a execução da pena imposta, há regras específicas que devem ser seguidas pelo condenado, que, mostrando-se renitente, deve sofrer as consequências disciplinares. Impedir a regressão caso cometida a falta grave incentiva a indisciplina.

“1. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o cometimento de falta grave ou de crime doloso, no curso da execução da pena, autoriza a regressão do regime de cumprimento de pena do reeducando, mesmo que seja estabelecido de forma mais gravosa do que a fixada na sentença condenatória (LEP, art. 118, I), não havendo falar em ofensa a coisa julgada. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1.778.649/PA, j. 18/02/2020).

IV - Quando não houver regressão de regime prisional, é dispensável a realização de audiência de justificação no procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave.

Como já comentamos na tese anterior, o cometimento de fato definido como crime doloso ou de falta grave provoca a regressão de regime. De acordo com o art. 118, § 2º, da LEP, a regressão só pode ser determinada após a oitiva do condenado, que deve ter oportunidade de ampla defesa. Se, no entanto, o preso comete o crime ou a falta já em regime fechado, não há, obviamente, regressão a outro regime, razão pela qual é dispensável a audiência de justificação:

“1. De acordo com o entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, quando não houver regressão de regime prisional, é dispensável a realização de audiência de justificação no procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no REsp 1.827.686/MS, j. 17/09/2019).

V - A prática de falta grave durante o cumprimento da pena não acarreta a alteração da data-base para fins de saída temporária e trabalho externo.

A saída temporária é um benefício concedido aos presos em regime semiaberto para que, sem vigilância direta, visitem a família, frequentem curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior ou participem de atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Para que o condenado se beneficie da saída, seu comportamento deve ser adequado, o benefício tem de ser compatível com os objetivos da pena e deve ser cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, ou 1/4 (um quarto), se reincidente.

A possibilidade de trabalho externo deriva das disposições dos artigos 39, inc. V e 41, inc. II, da LEP, que tratam o exercício do trabalho tanto como um dever quanto como um direito do preso. A atividade extramuros (que para os presos em regime fechado é admissível somente em serviço ou

obras públicas realizadas por órgãos da Administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina), é autorizada pela direção do estabelecimento prisional e depende de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena (fração não exigível para os presos no regime semiaberto: STF – EP 2 TrabExt-AgR/DF, j. 25/6/2014).

Se, durante a execução do trabalho, o preso cometer fato definido como crime, for punido por falta grave ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos no art. 37 da LEP, a autorização é revogada. Se cometer a falta antes da autorização, é possível recusá-la com base no descumprimento dos requisitos subjetivos, mas não se altera a data-base para a contagem do prazo:

“2. Conforme precedentes desta Corte, o cometimento de falta grave não acarreta a recontagem do lapso temporal para a obtenção de saída temporária. 3. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para determinar que o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo sentenciado não tenha o condão de interromper a data-base para concessão da saída temporária” (HC 557.783/RS, j. 18/2/2020).

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1- Tema: Revisão, requerida pela vítima, de manifestação de arquivamento em inquérito policial judicialmente homologado. Não conhecimento

Código de Processo Penal, art. 28

Protocolado n.º 23.804/2020

Referência: Autos n.º (XXXX) (Comarca da Capital)

Investigado: ALDO (...)

Assunto: revisão de inquérito policial arquivado judicialmente – não conhecimento

Cuida-se de inquérito policial instaurado para apurar supostos crimes de ameaça (CP, art. 147) e de lesão corporal (CP, art. 129) cometidos, em tese, por ALDO (...) em face de Willians (...).

Segundo noticiou o ofendido, no dia 23 de setembro de 2019, por volta das 08h15min, na Rua Flor de São Miguel, nº. 401, Vila Jacuí, nesta Capital, teria sido agredido fisicamente e ameaçado por seu vizinho ALDO.

Aduziu que, no dia 21 de setembro de 2019, por volta das 08h15min, na Rua Flor de São Miguel, 401, Jd. Pedro José Nunes, nesta Capital, na via pública, o autor do fato, devido a alguns desentendimentos, agrediu o requerente com empurrões, apertões e socos, causando-lhe lesões que

Boletim Criminal Comentado 103 - agosto 2020

ofenderam a sua integridade corporal, como hematomas em diversas partes de seu corpo. Informou que, em relação a este fato, registrou o Boletim de Ocorrência nº 6683/2019, no 63º DP – Vila Jacuí, nesta Capital.

No dia seguinte, 22 de setembro de 2019, por volta de 02h15min, câmeras instaladas na residência do requerente flagraram um veículo estacionado em frente à sua moradia, ocasião em que ALDO conversava com o motorista do veículo, em plena madrugada.

Alegou ainda que, no dia 07 de julho de 2019, por volta de 22h12min, no mesmo endereço, ALDO, visivelmente alterado, bateu no portão do noticiante, ameaçando ele e sua família, por palavras, de causar-lhes mal injusto e grave, causando ainda danos à sua propriedade. Quanto a tal fato, registrou outro boletim de ocorrência, BOPM nº 201907070119443.

Aduziu, também, que há algum tempo ele e sua família vem sofrendo ameaças por parte de ALDO, fato que motivou a instalação de câmeras de vigilância em sua residência, uma vez que sua casa teria sido invadida uns quinze dias antes do registro da ocorrência relativa aos fatos ocorridos no dia 07 de julho de 2019.

Afirmou que, depois da instalação das câmeras de vigilância, em certa ocasião, ALDO ameaçou que iria quebrar todo o aparato de segurança recém instalado.

Willians disse que já manifestou o desejo de mudar de residência, visando resguardar a sua integridade física, psíquica e o seu patrimônio, além de resguardar a integridade física e psíquica dos integrantes de sua família.

Diante disso, ofereceu a representação, para que houvesse a apuração dos crimes de lesão corporal dolosa e ameaça praticados por ALDO (fls. 03/08), lavrando-se o boletim de ocorrência de fls. 09/10.

Auscultado, Willians declarou que sua casa foi roubada há 15 dias e instalou um sistema de monitoramento, mas ALDO pensou que as câmeras estavam voltadas para o corredor de sua residência e captando imagens, o que não era verdade, pois as câmeras não estavam ligadas. Na data dos fatos, estacionou seu veículo em frente à sua residência, quando viu ALDO saindo da garagem dele com o veículo, quando o declarante disse: “Vamos conversar agora”. Afirmou que ALDO saiu do veículo e começou a agredi-lo fisicamente, com empurrões e socos. Sua esposa, Malvina, também foi ofendida verbalmente por ALDO, que a chamou de vagabunda. Alegou, ainda, que a filha de ALDO interveio na briga e o declarante a ofendeu, chamando-a de galinha. Aduziu que o pedreiro Gilson, que estava trabalhando em sua residência, percebeu os fatos e separou a briga. Um segundo indivíduo, que não sabe declinar o nome e tampouco endereço, também presenciou a briga e ajudou separar, mas não sabe informar dados desta pessoa.

Informou que, no dia 7/7/2019, registrou um boletim de ocorrência através da Polícia Militar, noticiando que ALDO havia desferido chutes em seu portão, mas não chegou a danificá-lo. ALDO disse várias vezes que vai quebrar as câmeras e que vão resolver esta pendência, ao que o declarante retruca dizendo: “Se você for homem entra aqui e quebra”.

Boletim Criminal Comentado 103 - agosto 2020

Por fim, afirma que, após os fatos na madrugada do dia seguinte, suas câmeras captaram as imagens de ALDO conversando com indivíduo(s) no interior de um veículo Fiat/Palio, cor cinza ou prata, placas não observadas por volta das 02h18min, e, após a conversa, o condutor do veículo estaciona o carro em frente à sua residência e tiraram fotografias das placas de seus veículos, que estão estacionados na garagem da casa.

No dia 23/9/2019, protocolizou no cartório central da Delegacia solicitação de notícia criminis, bem como anexou cópia das imagens da briga e do veículo Fiat/Palio que conversou com ALDO na madrugada (fls. 12).

Malvina, esposa do sujeito passivo, disse que reside com sua família naquele endereço há 21 anos. Informou que a calçada da residência da depoente é mais baixa que a calçada da casa de ALDO e, certa feita, lavaram o quintal e a sujeira veio para a porta da declarante, sendo que tentaram conversar para que não acontecesse mais, mas ALDO não quer entender e foi tirar satisfação com o marido da depoente.

Afirmou que a sua casa foi invadida e, por questão de segurança, resolveram colocar câmeras, sendo que uma dessas câmeras foi instalada no corredor da casa e, por coincidência, ficava virada e dava a impressão de que estava filmando a porta de entrada da casa de ALDO, mas as câmeras não estavam ligadas. Mesmo assim, ALDO começou a intrigar, dizendo que aquelas câmeras estavam filmando sua casa, o que não era verdade.

Na data dos fatos, seu marido chegou e estacionou o veículo dele em frente à residência, ocasião em que a depoente estava no interior da casa, quando ouviu gritos vindo da rua e, ao sair no portão, visualizou Gilson, pedreiro, tentando separar seu marido Willians e ALDO, pois ambos entraram em luta corporal. Malvina abriu o portão e também tentou separá-los, pedindo que seu marido entrasse para o interior da casa. Mesmo com toda esta ação, ALDO ficou no portão dizendo para Willians: “Você é um vagabundo, ainda vamos nos encontrar”. ALDO a chamou de vagabunda. A filha de ALDO interveio da discussão e dizia que Willians que era culpado e seu pai deveria entrar e não deveria se misturar com a depoente e seu marido.

Na madrugada do dia seguinte, ALDO chegou na residência dele, acelerando o carro, e a depoente e seu marido acordaram. Ao olhar nas câmeras, perceberam que um veículo parou do outro lado da rua e ALDO conversava com dois indivíduos e, em seguida, aquele veículo parou defronte à residência da depoente, ocasião em que tiveram a impressão que os dois rapazes filmavam ou tiravam fotografia da área externa da casa.

Alegou que teme pela segurança de sua família (fls. 13).

Gilson Alexandre Soares disse que está trabalhando na casa de Willians e, na data dos fatos, chegava na residência dele, por volta das 08h00, quando viu Willians e outro homem brigando. O depoente correu e tentou separá-los. Não sabe o motivo da briga, informando que apenas separou os dois para que eles parassem de brigar. Até o dia de seu depoimento, em 15/10/2019, ainda não sabia o motivo da discussão (fls. 14).

Acostou-se o documento de fls. 15/18.

Foram acostadas imagens a fls. 21/24, com relatório de investigação.

ALDO disse que é caminhoneiro e deixa sua filha e esposa sozinhas em casa. Afirmou que, certo dia, chegou na residência e percebeu que Willians havia instalado uma câmera que estava no corredor do quintal dele e direcionada para a cozinha do declarante. Não gostou daquilo e foi conversar com Willians, que afirmou que a câmera estava desligada e que ainda iria arrumá-la. Depois daquele dia, começaram as discussões. Ocorre que, num final de semana, estava em seu portão e Willians havia estacionado o carro defronte à casa dele. O declarante saiu em seu portão e Willians, que estava com a tranca do portão em mãos, disse: “Agora vamos resolver os nossos problemas” e partiu em direção de ALDO. Na oportunidade, ambos acabaram se agredindo mutuamente. Alegou que o pedreiro de Willians também o agrediu. Naquele momento, um vizinho se aproximou e os separou. No que tange ao veículo que Willians afirma que estacionou na madrugada defronte à sua casa e o declarante teria saído e apontado em direção à casa dele é mentira. Aduziu que chegou em seu veículo na companhia de um amigo. O declarante estacionou seu veículo na garagem, enquanto este amigo ficou no carro dele o aguardando. Em seguida, ALDO saiu na rua ficou por cerca de dois minutos, conversando com seu amigo, e em seguida ele foi embora. Afirmo que em momento algum apontaram para casa de Willians ou a conversa foi destinada a ele. Nega ter ofendido a esposa de Willian, pelo contrário, afirma que foi o sedizente ofendido que ofendeu a filha de ALDO. Manifestou o desejo de ver Willians e Gilson processados criminalmente pelas agressões que sofreu (fls. 48).

Jocy, filha de ALDO, declarou que estava dormindo, quando ouviu uma discussão entre seu pai e o vizinho Willians. Imediatamente, saiu ao portão e ambos estavam se agredindo mutuamente. A declarante tentou separá-los, mas, por serem homens, não conseguiu. O vizinho Zacharias saiu da residência dele e veio para separá-los. Willians a chamou de galinha e puta. A declarante pedia que seu pai entrasse para dentro da residência, pois ele é hipertenso. Afirmo que havia um pedreiro que prestava serviços para Willians e partiu em direção de seu pai para agredi-lo. Willians estava na posse de uma trava de ferro do portão e só não atingiu seu pai porque Zacharias conseguiu detê-lo. Willians dizia: “Eu vou agredi-la se você chegar mais perto para se intrometer em nossa briga”. A declarante manifestou o desejo de ver Willians processado criminalmente por injuriá-la, sendo orientada a apresentar queixa-crime diretamente no foro competente (fls. 57).

Zacarias disse que estava dentro de casa, quando a esposa saiu para comprar pão. Logo em seguida, ouviu um barulho na rua e pensou tratar-se de sua esposa sendo assaltada. Ao sair no portão, visualizou os vizinhos, ALDO e Willians, se atracando. O depoente separou os dois, colocando Willians para o interior do quintal dele e pediu que ALDO voltasse para casa. Em seguida, entrou para sua residência. Afirmou que não procurou saber o motivo da briga entre eles (fls. 58).

Boletim Criminal Comentado 103 - agosto 2020

Acostou-se laudo pericial que concluiu que Willians sofreu lesões corporais de natureza leve, descrevendo “escoriação cervical posterior” e “hematoma roxo em braço esquerdo” (fls. 59/60).

Relatado o feito (fls. 61/63), o Douto Promotor de Justiça oficiante houve por bem promover o arquivamento dos autos.

Sustentou que se trata de inquérito policial instaurado em virtude da notícia trazida por Willians, no sentido de que, por volta das 08h15min do dia 23/09/2019, na Rua Flor de São Miguel, nº. 401, Vila Jacuí, nesta Capital, teria sido agredido fisicamente e ameaçado por seu vizinho ALDO.

Considerou que, dos relatos do ofendido e de sua esposa Malvina, extrai-se que os desentendimentos entre os vizinhos eram recorrentes e, na data dos fatos, o investigado teria desferido socos e empurrões contra a vítima, provocando-lhe ferimentos, além de insultado Malvina. O pedreiro Gilson, que realizava serviços na residência da vítima, e o vizinho comum Zacarias, separaram os contendores, mas não souberam esclarecer quem deu início às agressões e às ameaças.

Observou, ainda, que o averiguado admitiu que as agressões foram recíprocas e revelou ter sido agredido por Gilson, enquanto Jocy narrou que fora ofendida por Willians, anotando que as imagens acostadas aos autos demonstram os envolvidos em luta corporal, porém não esclarecem quem iniciou a briga.

Diante disso, concluiu que não foi elucidado quem principiou a contenda, destacando que as lesões corporais levíssimas sofridas por Willians são compatíveis com um confronto físico em igualdade de condições e forças (fls. 66).

A MM. Juíza acolheu a cota ministerial e a adotou como fundamento, determinando o arquivamento do feito (fls. 68).

O ofendido, por intermédio de seu advogado, protocolou petição via e-mail, postulando, com fundamento no art. 28, §1º, do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, a revisão, pela instância superior do Ministério Público, da promoção de arquivamento que foi homologada nos autos do inquérito policial.

Reiterou, na oportunidade, a mesma narrativa dos fatos que já consta da representação de fls. 03/08 dos autos n. (.), bem como o teor da promoção de arquivamento e demais informações concernentes ao que consta do aludido inquérito policial.

Aduziu que, a despeito dos argumentos expostos pelo Douto Promotor de Justiça, que foram adotados como razão de decidir pela MM. Juíza, a decisão deve ser reformada, em razão de prova

Boletim Criminal Comentado 103 - agosto 2020

nova que certamente irá alterar o panorama fático-probatório amealhado até o momento, subsidiando a retomada das investigações, nos termos do art. 18 do Código Processo Penal.

Afirmou que juntava ao petítório uma mídia digital, contendo o vídeo da gravação realizada na data dos fatos pela câmera instalada na residência de Willians, a qual registrou toda a dinâmica dos acontecimentos relatados, verificando-se que, após o requerente estacionar seu veículo em frente à sua residência, inicia-se uma discussão entre os envolvidos, momento em que ALDO parte para cima de Willians, empurrando-o e lhe desferindo socos e pontapés.

Invocou a Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, argumentou sobre ser a prova nova o requisito indispensável para o desarquivamento do inquérito policial arquivado por falta de lastro probatório para o oferecimento da denúncia, bem como o novo panorama instituído pela Lei n. 13.964/2019 – Pacote Anticrime.

Concluiu que a mídia digital acostada, por conter toda a dinâmica dos fatos apurados, até então desconhecida aos olhos do Nobre Promotor de Justiça atuante e das demais autoridades responsáveis pela persecução penal, consubstancia-se, assim, em prova substancialmente nova, sendo fonte desconhecida e inédita, apta a autorizar o desarquivamento do inquisitório, dando-se prosseguimento às investigações e a conseqüente responsabilização penal do requerido por seus atos.

Diante disso, requereu o desarquivamento dos autos de Inquérito Policial n. 1507399-30.2019.8.26.0005 e a retomada das investigações, com a conseqüente designação de outro Promotor de Justiça para atuar no feito, como longa manus do Procurador-Geral de Justiça, em respeito à independência e autonomia funcional de que gozam os membros do Ministério Público.

Requereu, por fim, a juntada perante o Ministério Público, após a pandemia da Covid-19, de pen drive, contendo todas as gravações não apreciadas nos autos do Inquérito Policial.

O pleito foi encaminhado a esta Chefia Institucional, para análise.

Eis a síntese do necessário.

Inicialmente, cumpre destacar que, em decisão monocrática proferida em 22/1/2020, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298, que tramita perante a Corte Suprema, o Ministro Relator Luiz Fux suspendeu *sine die* a eficácia, ad referendum do Plenário, dentre outras, da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (art. 28, caput, do CPP), requerida nos autos da ADI 6.305.

Isso considerado, quanto ao pedido formulado por Willians, em que pese a irrisignação do requerente, a reivindicação não comporta acolhimento.

Isto porque o oferecimento de denúncia depois do arquivamento do inquérito policial somente teria lugar se a pretensão viesse acompanhada de provas novas, no exato teor do art. 18 do CPP e da Súmula n.º 524 do STF.

Não é outro, destarte, o entendimento atual da jurisprudência, como se pode conferir no seguinte julgado prolatado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. NÃO-CONFIGURADA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DA DESCRIÇÃO DA CONDUTA DE UM DOS ACUSADOS. INÉPCIA. DESARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE NOVAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INDICIAMENTO DEPOIS DE RECEBIDA A DENÚNCIA. INVIABILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas" (Súmula 524/STF).

(...)"

(STJ, HC n. 53.535, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU de 01-10-07, pág. 304, grifo nosso).

Registre-se, por oportuno, que esta Chefia Institucional já analisou pedidos semelhantes a este, tendo sempre entendido por seu descabimento; confira-se:

“EMENTA: CPP, ART. 28. INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO POR DECISÃO JUDICIAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO ELABORADO PELO SUPOSTO OFENDIDO. DESCABIMENTO. RECURSO AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INADMISSIBILIDADE.

A decisão que arquiva o inquérito policial produz coisa julgada formal e, por esse motivo, somente pode se dar a alteração na situação concreta mediante o surgimento de provas novas (CPP, art. 18 e Súmula n. 524 do STF).

Não se admite recurso administrativo ao Procurador-Geral de Justiça quando arquivado judicialmente o inquérito policial, sob pena de malferir o princípio do promotor natural.

Solução: deixo de conhecer do pedido de revisão de arquivamento de inquérito policial” (Protocolado n. 159.102/10 – PGJ).

De rigor destacar que o petítório que aportou na Assessoria desta Chefia Institucional, via e-mail, não veio acompanhado de qualquer mídia digital contendo gravação.

De todo modo, a despeito do esforço em capitular tal prova como nova, é certo que as imagens da câmera de segurança instalada na casa de Willians já foram fornecidas durante as investigações, tendo sido feita a degravação, com relatório.

Nesse sentido, observa-se a ordem de serviço, na qual a d. autoridade policial consignou que os investigadores deveriam degravar as imagens contidas na mídia apresentada por Willians, nas quais constariam as agressões e o registro do veículo que parou em frente à sua residência (fls. 19 do inquérito policial), sobrevindo o relatório de investigação que extraiu as imagens, apontando os horários e a dinâmica do ocorrido, verificando-se que houve discussão e agressões mútuas no dia dos fatos, com intervenção de terceiros para apartar a briga, bem como demonstrou que, na madrugada em que um carro parou em frente ao imóvel, ali permaneceu por cerca de três minutos (fls. 20/26 do inquérito policial).

Tal prova já foi analisada e valorada pelo Douto Promotor de Justiça natural, em conjunto com os demais elementos amealhados no inquérito policial, sobretudo as versões fornecidas pelas partes e os depoimentos das testemunhas presenciais, concluindo não haver justa causa para a responsável deflagração de uma ação penal em relação aos fatos noticiados, como motivadamente expôs em sua promoção de arquivamento.

Deve-se enfatizar que os princípios constitucionais do promotor natural e da independência funcional não permitem, em casos como o presente, que a opinião do Procurador-Geral de Justiça se sobreponha à do Membro oficiante.

É importante frisar, ademais, que o ajuizamento da ação penal, no contexto que ora se apresenta, somente poderia se dar com respaldo em prova substancialmente inovadora, o que nem de longe se verifica. Trata-se somente de buscar a reinterpretção do material fático por esta Chefia Institucional, o que, repita-se, mostra-se inadmissível juridicamente.

Boletim Criminal **Comentado 103** - agosto 2020

Registre-se, por fim, não haver responsabilidade a ser apurada no tocante ao trabalho do Douto Promotor de Justiça natural, que realizou cuidadosa e crítica análise dos elementos de informação reunidos nos autos, tendo sido a sua manifestação acolhida como razão de decidir, homologada a promoção de arquivamento.

Diante do exposto, com a renovada vênua do requerente, deixa-se de oferecer denúncia ou de designar outro promotor de justiça para fazê-lo, com observância da ressalva contida no art. 18 do CPP.

Providencie-se o protocolo do pedido de revisão feito por Willians (. . .) e desta decisão aos autos n. (.....) da (.....) Vara Criminal do Foro (.....), para conhecimento do Insigne Promotor de Justiça e do MM. Juiz.

São Paulo, 24 de julho de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 104, 8/2020
(semana nº 3)

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

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: O Estatuto do Idoso e a aplicação das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95. Análise do acórdão da ADI 3/096

Um equívoco muito comum nos dias atuais é o dar mais atenção à ementa do que ao texto do acórdão. Dá-se cada vez mais importância à jurisprudência – a ponto de parte da doutrina praticamente encerrar a discussão sobre um dado tema assim que sobre ele se pronuncia o STF – mas, ao mesmo tempo, como era de se esperar, sem a preocupação de verificar o que foi efetivamente decidido. Contenta-se com a simples leitura da ementa do acórdão, o que, como se verá a seguir, pode trazer “mal entendidos” difíceis de serem desfeitos. Um desses ocorreu com o Estatuto do Idoso.

Vejamos o caso da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.096.

Eis a ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 39 E 94 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). RESTRIÇÃO À GRATUIDADE DO TRANSPORTE COLETIVO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE SELETIVOS E ESPECIAIS. APLICABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995 AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA IDOSOS.

1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte.

2. Art. 94 da Lei nº 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão “do Código Penal e”. Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94 da Lei nº 10.741/2003.

Do texto acima, não foram poucos os que extraíram a seguinte conclusão: aos crimes previstos no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) não são aplicáveis as medidas despenalizadoras da Lei 9.099/1995, mas apenas o procedimento sumaríssimo nesta regulado.

O problema que aqui interessa estava no art. 94 do Estatuto, que apresenta a seguinte redação:

Boletim Criminal **Comentado** 103- Agosto - 2020 -

Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na **Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995**, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Contra o dispositivo foi ajuizada ADI pela Procuradoria-Geral da República, que entendeu presente inconstitucionalidade, uma vez que a aplicação dos procedimentos previstos na Lei 9.099/1995 aos crimes cometidos contra idosos, cujas penas não ultrapassassem quatro anos de privação de liberdade, importaria em afronta ao critério da proporcionalidade, contrariando o princípio constitucional da isonomia. Afinal, a adoção da idade da vítima como fator de discrimen para a adoção do procedimento aplicado aos juizados especiais não seria razoável, já que não protegeria o idoso, mas apenas beneficiaria quem cometesse crime contra ele.

Como se percebe pela leitura da ementa, o STF parcialmente procedente a ADI, para dar ao art. 94 interpretação conforme à Constituição Federal, com redução de texto, que atingiu o seguinte trecho do dispositivo: “do Código Penal e”.

A redação do art. 94 do Estatuto realmente causava estranheza, pois trazia o risco de ser interpretada como uma ampliação do próprio conceito de infração de menor potencial ofensivo, com derrogação do art. 61 da Lei 9.099, como chegaram alguns a cogitar. No mínimo, poderia ser interpretada como uma autorização excepcional de aplicação das medidas despenalizadoras da Lei 9.099 – notadamente, a conciliação e a transação penal – a delitos que não seriam normalmente considerados de menor potencial ofensivo. Se isso não era propriamente novidade em nosso ordenamento – a técnica havia sido adotada pelo Código de Trânsito Brasileiro –, o caso não apresentava qualquer justificativa para tratamento tão benigno ao criminoso que escolhesse pessoa idosa como vítima.

Por isso, a decisão do STF foi correta ao afastar a aplicação de medidas despenalizadoras no caso de crimes do Estatuto do Idoso que não atingissem os critérios da Lei 9.099 para a conciliação ou transação penal.

Mas, pergunta-se: a decisão acima significou o impedimento de aplicação desses institutos – adicionamos a suspensão condicional do processo – para os crimes que estejam dentro dos patamares da Lei 9.099? Mais, especificamente: crime de menor potencial ofensivo previsto no Estatuto do Idoso não mais será passível de conciliação ou transação penal?

A leitura da ementa acima transcrita parece indicar respostas positivas às duas indagações. Mas, como se verá a seguir, não foi isso o que decidiu o STF, sendo necessário, então, uma detida análise do texto do próprio acórdão. Vejamos, por partes.

O primeiro voto proferido foi o da relatora, Min. Cármen Lúcia, que iniciou a análise do problema relacionado ao art. 94 trazendo as diversas orientações doutrinárias existentes àquela altura.

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

Assentou que, de fato, se interpretada a norma no sentido de que seriam aplicáveis os benefícios da Lei 9.099 aos crimes cometidos contra idosos, haveria inconstitucionalidade, pois – e aqui cita, ao que parece, a inicial – “poder-se-ia ter um agente respondendo perante o Sistema Judiciário Comum e outro com todos os benefícios da Lei nº 9.099/95, mesmo que praticados crimes da mesma gravidade (pena máxima não superior a 4 anos). Apenas por um diferencial: a idade da vítima do delito”.

Porém, imediatamente, aduziu a Ministra não haver necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do art. 94, por ser possível uma interpretação conforme à Constituição, “estabelecendo-se que seria aplicável apenas o procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95 aos crimes mencionados – Seção III, art. 77 e seguintes. O idoso seria, então, beneficiado com a celeridade processual, mas o autor do crime não seria beneficiado com eventual conciliação ou transação penal”.

Note-se que a Ministra não mencionou a vedação à suspensão condicional do processo.

Em seguida, a Ministra citou o escólio de Damásio E. de Jesus, no sentido de que o Estatuto do Idoso não considerou de menor potencial ofensivo todos os crimes nele descritos, e que a matéria continuou regulada pelo art. 61 da Lei 9.099/1995.

E concluiu:

“Pelo exposto, voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente ação, para conferir ao art. 94 da Lei n. 10.741/2003 interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão ‘do Código Penal e’, e atribuir ao dispositivo mencionado o sentido de que aos crimes previstos nessa lei, cuja pena máxima privativa de liberdade seja superior a 2 (dois) anos e não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95, não se permitindo aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e interpretação benéfica ao autor do crime cuja vítima seja idoso” (grifos nossos).

Pois bem. Não pode passar despercebida a menção expressa aos crimes com pena máxima cominada superior a 2 anos e que não ultrapasse 4 anos, o que deixa patente a intenção de excluir da vedação criada pela decisão – com força vinculante e com efeitos erga omnes – as infrações de menor potencial ofensivo tipificadas no próprio Estatuto. Ou seja, o foco da decisão foi uma faixa específica de delitos, tendo como critério a pena máxima cominada.

Portanto, decidiu a Ministra, em suma, que a proibição de medidas despenalizadoras e a interpretação benéfica ao autor do crime (o que quer que essa última expressão signifique) aplicam-se aos crimes com pena máxima superior a 2 anos e até 4 anos (mas não aos delitos de menor potencial ofensivo). Do contrário, por que a Ministra Relatora faria menção a eles?

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

A dissidência do Min. Marco Aurélio. Iniciou fazendo uma arguta observação: o art. 94 do Estatuto do Idoso não é proporcional ao permitir a incidência da Lei 9.099 aos crimes apenados com quantitativo superior a 4 anos, pois, o esperado de uma modificação normativa no tratamento dos crimes cometidos contra idosos seria uma restrição à aplicação da Lei dos Juizados, incluindo a competência. Mas ocorreu justamente o contrário.

Entendeu que o preceito normativo deveria ser fulminado com a inconstitucionalidade, o que faria incidir pura e simplesmente a regra geral da Lei 9.099/1995, sendo adotado o procedimento respectivo. Para o Ministro, a interpretação conforme não teria o efeito de evitar a aplicação dos institutos despenalizadores às infrações de menor potencial ofensivo. Tudo indica que o Ministro entendia ser a melhor solução legislativa a vedação a qualquer benefício, seja qual fosse o delito cometido contra o idoso, mas isso seria uma decisão a ser tomada pelo Poder Legislativo.

De qualquer modo, também nesse voto temos a aceitação de que os crimes de menor potencial ofensivo tipificados no Estatuto estariam aptos à conciliação e à transação penal, mesmo com o acolhimento do voto da Relatora.

Depois do voto do Min. Marco Aurélio tem início um debate entre os presentes, por vezes confuso, mas com possibilidade de serem destacados alguns pontos.

Primeiramente, a então Min. Ellen Gracie fez uma ponderação sobre a ratio da regra do art. 94, aparentemente, saindo em sua defesa: “(...) o legislador teve sim uma preocupação, e ela se refletiu na redação desse artigo. Ele teve essa preocupação informado pelas estatísticas gerais que indicam que a grande maioria desses delitos contra idosos são cometidos no seio da própria família. Portanto, é altamente desejável que haja mecanismos conciliatórios que permitam uma solução e uma pacificação desses núcleos familiares”.

O Min. Cezar Peluso prontamente rebateu o argumento, lembrando que a regra do art. 94 do Estatuto não condiciona sua aplicação ao crime ser cometido por pessoa da família, até porque o idoso está exposto a comportamento ilícito de pessoas estranhas ao núcleo familiar. No Estatuto, segundo ele, há muitos tipos penais que seriam cometidos por pessoas de fora da família e que acabariam beneficiados pelo art. 94, o que é contrário ao propósito da lei, o de proteger a vítima. Assim, concluiu, se, pela regra geral, a esses crimes se aplica o regime da Lei 9.099 – e, nesse ponto, o Ministro só pode estar a tratar dos crimes de menor potencial ofensivo – não haveria sequer necessidade do art. 94.

Vale a menção a essa parte dos debates, em que o Min. Marco Aurélio, dirigindo-se à Relatora, começou por repetir seu argumento de que valeria o regime geral da Lei 9.099 aos crimes de menor potencial ofensivo:

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não se tem um preceito que proteja o idoso, mas sim o agente.

Se Vossa Excelência afasta a alteração do teto para enquadramento na Lei nº 9.099/95, automaticamente, tem-se a incidência tal como ela se contém.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Exatamente. Quer dizer, não prejudica nada, porque quem reunir os requisitos para invocar a incidência da Lei 9.099 será beneficiado, porque entra no regime geral da lei. O que não se pode – aí, sim, é que me parece que está o problema da lei – é criar hipóteses que beneficiam classes de pessoas a título injustificado, porque isso não encontra razão. Por exemplo, agentes públicos, empregados de hospitais etc, até membros de entidades públicas acabam sendo beneficiados, quando muitos infratores, que ficam sujeitos à Lei 9.099, não recebem o mesmo benefício.

Acho que há uma discriminação neste caso, aqui, irrazoável. (grifos nossos)

O Min. Peluso, portanto, reconheceu que o acolhimento do voto da Relatora permitiria que continuassem a ser aplicados os institutos da Lei 9.099 aos crimes de menor potencial ofensivo previstos no Estatuto do Idoso.

O Min. Eros Grau mostrou entendimento diverso do que fora antes discutido: caberia ao STF apenas o controle de constitucionalidade das leis e não da razoabilidade ou proporcionalidade delas. Para ele, o que se estava discutindo era se a regra do Estatuto era boa ou ruim, apenas isso, não havendo indicação de preceito constitucional violado. Portanto, seu voto foi pela improcedência do pedido e, consequentemente, pela constitucionalidade da regra impugnada.

O Min. Carlos Ayres Britto acompanhou o voto da Relatora, lembrando a proteção especial que a Constituição Federal dedica ao idoso em seu art. 230. Transcreve-se alguns trechos do voto:

“Nessa medida, o art. 94 do Estatuto do Idoso é de ser interpretado em favor do seu específico destinatário: o próprio idoso. Não de quem lhe viole os direitos. Interpretação, é certo, que não há de subverter a semântica da lei, sob pena de este Supremo Tribunal Federal atuar em seara que não lhe é própria: a legislativa. Semântica ou texto normativo que fala apenas em aplicação “do procedimento” da Lei nº 9.099/95 aos crimes previstos na Lei nº 10.741/2003 e cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos. (...)”

Sendo assim, também considero inconstitucional a interpretação do dispositivo legal ora impugnado, na medida em que estenda aos agentes criminosos os dispositivos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. (...)

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

Prossigo para ajuizar que, a vertente do lúcido pensar da ministra Cármen Lúcia, tenho que é de se aplicar aos crimes definidos na Lei nº 10.741/2003, cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, apenas o procedimento sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/95. Processo, ajunte-se que é da competência da Justiça Comum, e não do Juizado Especial Criminal. (...).

O trecho transcrito pode passar a impressão de que o Min. Ayres Brito entendeu impossível a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099 aos crimes de menor potencial ofensivo previstos no Estatuto do Idoso. Trata-se de mera aparência.

Qualquer dúvida sobre o posicionamento do Min. Ayres Brito foi por ele dirimido ao final de seu voto, verbis:

“Ante o exposto, julgo procedente em parte a ação direta para excluir do art. 94 da Lei nº 10.741/2003 qualquer interpretação que estenda aos autores de crimes definidos nessa lei, cuja pena privativa de liberdade seja maior que dois e não ultrapasse quatro anos, os benefícios da Lei nº 9.099/95. Equivale a dizer: julgo parcialmente procedente esta ação direta, para o exclusivo fim de imprimir tramitação mais rápida aos processos penais abertos contra quem invada a esfera de proteção dos direitos da pessoa idoso”. (grifos nossos)

Assim como ocorreu no voto da Relatora, houve menção expressa aos crimes com penas máximas maiores de dois e que não ultrapassem quatro anos, de modo que se pode concluir excluídos da decisão as infrações penais de menor potencial ofensivo tipificados no Estatuto.

Nem se diga ter o Ministro, ao final, deixado a distinção de lado: não poderia estar se referindo a todos os crimes do Estatuto, pois, do contrário, estaria permitindo a aplicação do procedimento sumaríssimo a crime com pena máxima bem superior aos quatro anos mencionados, ainda quando agravado pelo resultado morte.

Decisão final

Depois de voto, restabeleceu-se o debate, momento em que surgiu a ideia de reduzir o texto, retirando dele a expressão “do Código Penal e”.

É nesse momento que os Ministros deixam de ser específicos em relação ao recorte feito anteriormente quanto à pena cominada e passam a tratar genericamente da inaplicabilidade da conciliação, da transação penal – e, em menor grau, da suspensão condicional do processo – aos crimes do Estatuto, o que pode trazer espaço para confusão sobre o que decidiu o STF nesse caso. Vejamos alguns trechos selecionados:

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Não sei se seria o caso de fazermos redução de texto, retirando: “subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal”. Deixar só: “do Código de Processo Penal”, subsidiariamente.

(...)

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Reduz o texto só nessa parte.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Do Código de Processo?

O SENHOR MINISTRO CESZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Só para o Código de Processo, no espírito do voto da Relatora. Isto é, só interessam os aspectos processuais, nenhum aspecto material, por isso mesmo tiramos “do Código Penal”.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Já que estamos aproveitando da lei apenas o procedimento. Acho que Vossa Excelência tem razão.

(...)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) – Ainda assim nós teríamos que, talvez, garantir essa interpretação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Então, dar a interpretação e fixar, depois disso, portanto, que só se aplica esta lei e o Código de Processo Penal nos aspectos estritamente processuais, não compreendendo nenhum benefício de ordem material.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) – Reajusto nessa parte, sem problema, porque a única dificuldade que, quando fiz o voto, verifiquei é de alguns juízes e da doutrina muito conturbada, mas prevalecendo exatamente no sentido do que eu propunha.

Então, eu reajusto no sentido de Vossa Excelência, para também eliminar “do Código Penal”, porque essa realmente não se altera, o autor do crime não fica beneficiado, que é o que a lei propõe.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Não recebe nenhum benefício.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Por consequência, também me repositono nessa linha.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Qualquer dos benefícios da Lei nº 9.099/95. É isso?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Portanto, sem possibilidade de composição civil de danos, nem de transação ou de suspensão condicional do processo penal.

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto - 2020 -

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Nada.

E a confusão aumenta ainda mais:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas faço uma colocação: se não houvesse o Estatuto do Idoso, o que ocorreria? A aplicação, pura e simples, da Lei nº 9.099/95. Somente agentes seriam beneficiados pela lei, porque esta beneficia quanto à transação e outros aspectos quando a pena máxima não ultrapassar dois anos. A meu ver, na contramão dos interesses sociais, enlasteceu-se a aplicação da Lei nº 9.099/95, no que se dispôs ser esta aplicável se o crime for apenado com pena máxima de até quatro anos. É um contrassenso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) – Mas em benefício do idoso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – O problema é que nós estamos excluindo qualquer benefício.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) – Mas em benefício do idoso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Seriam apenas as regras do processo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Isto é, para terminar o processo mais rapidamente.

(...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tenho dificuldade em não concluir, pura e simplesmente, pela inconstitucionalidade do preceito, sob pena de passar-se a atuar como legislador positivo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Não. Mas a serventia da interpretação conforme é para isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, é um ponto de vista isolado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Nós podemos ter normas processuais também.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Não, não tem. Quanto a idoso, não tem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) – Especificamente, não.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O objetivo é apenas esse: excluir as medidas despenalizadoras.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E deixar claro, na parte dispositiva, que essas medidas despenalizadoras estão excluídas.

Boletim Criminal **Comentado** 103- Agosto -

2020 -

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Do âmbito da interpretação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Aplicam-se ao processo as normas da Lei nº 9.099, mas apenas ao processo, e, eventual e subsidiariamente, as do Código de Processo Penal. Só norma processual stricto sensu.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – E no Código Penal também. Exclui os benefícios materiais da própria lei e os benefícios materiais do Código Penal.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Como a transação, a conciliação penal. Aí, não se pode arrolar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Corta tudo.

Confusões à parte, o fato é que houve uma decisão final. Segundo o extrato da ata:

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, não conheceu da ação direta relativamente ao art. 39 da Lei nº 10.741/2003. Prosseguindo no julgamento, após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora), julgando parcialmente procedente a ação para dar interpretação conforme ao art. 94 da referida lei, no sentido de aplicar-se apenas o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 e não outros benefícios ali previstos, e após o voto do Senhor Ministro Eros Grau, julgando-a improcedente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 19.08.2009.

Decisão: o Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou parcialmente procedente a ação direta, contra o voto do Senhor Ministro Eros Grau, que a julgava improcedente, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava totalmente procedente. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 16.06.2010.

Conclusões

A parte final do julgamento pode trazer alguma dificuldade de interpretação quanto ao que realmente decidiu o STF. Todavia, lembre-se que a Corte pretendeu dar ao art. 94 do Estatuto do Idoso uma interpretação conforme à Constituição. Essa pretensão não pode ser perdida de vista, pois presume-se que o entendimento do Tribunal necessariamente encontra-se no acórdão, sendo necessário apenas apontá-lo. Com isso, desfaz-se qualquer confusão eventualmente criada pelos debates da parte final do julgamento.

Em outras palavras, se a pretensão do Supremo Tribunal em dar uma interpretação específica do art. 94 foi atingida, conseqüentemente deve-se extrair da decisão o teor desse entendimento, que

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

passa a ser uma interpretação cogente, sob pena de aplicação inconstitucional do dispositivo citado.

Chama-se atenção, aqui, para a parte final do decisum, em que se aponta para o dispositivo do julgamento, onde estaria a interpretação do Tribunal. E o que se vê ali, é uma expressa referência aos “termos do voto da Relatora”.

Como visto acima, a conclusão do voto – já com sua redação final, incluindo a redução de texto sugerida na etapa derradeira do julgamento – fez clara distinção entre ser ou não o delito de menor potencial ofensivo.

Repita-se aqui o que já observou-se acima: é eloquente, não o silêncio, mas a menção expressa aos crimes com pena máxima cominada superior a 2 anos e que não ultrapasse 4 anos como os atingidos pela decisão. É dizer: é sobre eles que recai a vedação a qualquer benefício da Lei 9.099/1995, permitindo-se apenas a aplicação do procedimento sumaríssimo.

Não se pode olvidar que, a todo tempo, estavam os Ministros a tratar da previsão do art. 94, isto é, dos crimes com pena máxima não superior a 4 anos. Esse o objeto de toda a discussão.

Consequentemente, podemos extrair da decisão, quanto às infrações penais tipificadas no Estatuto do Idoso, o seguinte:

infração com pena máxima de até 2 anos: não foi alterada sua natureza, ou seja, continua a ser de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/1995, sendo possível a aplicação da conciliação e transação penal e, caso haja denúncia, do procedimento sumaríssimo;

infração com pena máxima com patamar acima de 2 anos, até 4 anos: não são de menor potencial ofensivo e não estão sujeitas à conciliação e transação, mas, caso haja denúncia, será aplicado o procedimento sumaríssimo;

infração com pena máxima superior a 4 anos: aplica-se o procedimento ordinário do Código de Processo Penal.

E a suspensão condicional do processo?

Não foi expressamente afastada sua aplicação pelo acórdão.

Esse instituto da Lei 9.099/1995 foi quase ignorado durante os debates, surgindo apenas ao final, de forma incidental, numa curta frase do Ministro Celso de Mello. Uma interpretação sistemática revela que as sempre citadas “medidas despenalizadoras”, com aplicação vedada pelo voto da Relatora, somente podem ser duas: conciliação e transação penal, mas não a suspensão condicional do processo.

Boletim Criminal **Comentado** 103- Agosto - 2020 -

A discussão na ADI proposta pelo Procurador-Geral da República, cumpre recordar, atacava uma regra que parecia ampliar a própria noção de crime de menor potencial ofensivo, ao menos para fins do Estatuto do Idoso. Com a interpretação feita pelo STF, impediu-se que aos crimes situados na faixa de pena superior a dois e até quatro anos fossem aplicados os institutos normalmente incidentes nos crimes de menor potencial ofensivo: a conciliação e a transação penal. A intenção da decisão parece ter sido esta apenas.

Ora, a suspensão é instituto diferente dos mencionados acima, pois aplicável a qualquer crime que tenha pena mínima não superior a um ano. Se incluirmos a suspensão na vedação trazida pelo acórdão, teríamos situações desiguais: seria possível aos delitos de menor potencial ofensivo, se antes não realizadas a conciliação e a transação; possível também nos crimes com pena máxima superior a quatro anos, desde que presentes os requisitos do art. 89 da Lei 9.099; mas não se poderia aplicar o instituto aos crimes situados na faixa intermediária. Não há justificativa alguma para isso no acórdão.

Assim, aos crimes dos Estatuto do Idoso que preencherem os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/1995 poderá ser apresentada proposta de suspensão condicional do processo ao denunciado ou acusado.

Boletim Criminal **Comentado** 103- Agosto - 2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: STJ - Menoridade do adolescente envolvido em tráfico de drogas deve ser provada por documento de identificação

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O art. 40, inc. VI, da Lei 11.343/06 majora a pena dos delitos tipificados nos arts. 33 a 37 se o crime envolver ou visar a atingir criança (menor de 12 anos) ou adolescente (com 12 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.

O STJ proferiu diversas decisões no sentido de que a prova da menoridade dispensava a apresentação de certidão de nascimento ou documento semelhante, bastando que a condição do menor fosse demonstrada por qualquer meio dotado de fé pública, inclusive boletim de ocorrência baseado na simples declaração do indivíduo (AgInt no AREsp 852.726/SC, j. 17/5/2016). Mas, como havia divergência entre as turmas com competência criminal, a questão foi submetida à Terceira Seção, que, em 2019, impôs a necessidade de comprovação da menoridade por documento hábil (EResp 1.763.471/DF, j. 14/8/2019). Recentemente, e agora sob o rito dos recursos repetitivos, o tribunal voltou a se debruçar sobre o tema e reiterou a orientação firmada em 2019:

“1. O Código de Processo Penal estabelecia, em seu art. 155 – antes mesmo da edição da Lei n. 11.690/2008 –, que a prova quanto ao estado das pessoas deveria observar as restrições constantes da lei civil. Atualmente, o dispositivo prevê, em seu parágrafo único: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

2. O Código Civil fixa, em seu art. 9º, a obrigatoriedade de registro, em assentamento público, dos seguintes acontecimentos: I – os nascimentos, casamentos e óbitos; II – a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz; III – a interdição por incapacidade absoluta ou relativa; IV – a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

3. A legislação pátria relativiza a exigência de registro, em assentamento público, para a comprovação de questões atinentes ao estado da pessoa. Exemplificativamente, o art. 3º da Lei n. 6.179/1974 dispõe: “A prova de idade será feita mediante certidão do registro civil ou por outro meio de prova admitido em direito, inclusive assento religioso ou carteira profissional emitida há mais de 10 (dez) anos”.

4. Na mesma linha de raciocínio, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 74, em 15/4/1993. Confira-se o enunciado: “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

5. Em diversas situações – redução do prazo prescricional, aplicação da atenuante do art. 65, I, do Código Penal, comprovação da idade de vítima de crimes contra a dignidade sexual –, a jurisprudência desta Corte Superior considera necessária, para a comprovação da idade, a referência a documento oficial que ateste a data de nascimento do envolvido – acusado ou vítima. Precedentes. 6. No julgamento dos EREsp n. 1.763.471/DF (Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª S., DJe 26/8/2019), a Terceira Seção desta Corte Superior sinalizou a impossibilidade de que a prova da idade da criança ou adolescente supostamente envolvido em prática criminosa ou vítima do delito de corrupção de menores ser atestada exclusivamente pelo registro de sua data de nascimento, em boletim de ocorrência, sem referência a um documento oficial do qual foi extraída tal informação (como certidão de nascimento, CPF, RG, ou outro).

6. De fato, soa ilógico que, para aplicar medidas favoráveis ao réu ou que visam ao resguardo da dignidade sexual da vítima, por exemplo, se exija comprovação documental e, para agravar a situação do acusado – ou até mesmo para justificar a própria condenação – se flexibilizem os requisitos para a demonstração da idade.

7. Na espécie, a análise do auto de prisão em flagrante permite verificar que, ao realizar a qualificação do menor, a autoridade policial menciona o número de seu documento de identidade e o órgão expedido, circunstância que evidencia que o registro de sua data de nascimento não foi baseado apenas em sua própria declaração, pois foi corroborado pela consulta em seu RG. Logo, deve ser restabelecida a incidência da majorante em questão.

8. Recurso provido para restabelecer a incidência da majorante prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, readequar a pena imposta ao recorrido, nos termos do voto, assentando-se a seguinte tese: ‘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’” (REsp nº 1.619.265/MG, j. 07/04/2020).

Boletim Criminal **Comentado** 103- Agosto -

2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: STF - O indivíduo que simula roubo contra si e seu companheiro de trabalho para se apoderar de dinheiro da empresa responde pela subtração violenta, não por estelionato

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O crime de roubo é complexo, unidade jurídica que se completa pela reunião de dois tipos penais: furto (art. 155 do CP) e constrangimento ilegal (art. 146 do CP). Tutela-se, a um só tempo, o patrimônio e a liberdade individual da vítima.

A forma mais comum do roubo é a tipificada no caput, denominada “roubo próprio”, situação em que o agente, visando a apoderar-se do patrimônio alheio, lança mão: a) de violência; b) grave ameaça c) ou qualquer outro meio capaz de impossibilitar a vítima de resistir ou defender-se.

Quanto aos sujeitos, o roubo é classificado como crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa (menos o proprietário do objeto). Sujeito passivo é o proprietário, possuidor ou o mero detentor da coisa, bem como a pessoa contra quem se dirige a violência ou grave ameaça, ainda que desligada da lesão patrimonial.

Segundo decidiu recentemente a 1ª Turma do STF no julgamento do HC 147.584/RJ (j. 02/06/2020), o indivíduo que simula um roubo contra si e outra pessoa visando a se apoderar de dinheiro pertencente à empresa em que ambos trabalham é sujeito ativo de subtração violenta, não de estelionato.

No caso julgado, dois indivíduos, funcionários de determinada empresa, haviam sido incumbidos de ir ao banco para sacar a quantia de R\$ 31.000,00. Um deles, sem o conhecimento do companheiro de trabalho, combinou com seu cunhado o roubo do dinheiro. Cumprindo o plano criminoso, este último indivíduo abordou seu comparsa e o outro funcionário da empresa quando ambos deixaram o banco e, simulando portar arma de fogo, subtraiu o dinheiro, que estava dividido em dois envelopes, carregados separadamente por cada um dos funcionários. No dia seguinte, arrependido, o funcionário que havia articulado o crime o confessou a seu patrão.

Denunciado e condenado por roubo em concurso de pessoas, o agente tentou, em segunda instância, afastar a condenação, que, no entanto, foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“APELAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. RECURSO DEFENSIVO POSTULANDO A ABSOLVIÇÃO SOB O ARGUMENTO DE FRAGILIDADE PROBATÓRIA E, SUBSIDIARIAMENTE, PEDE O RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO REFERENTE AO ARREPENDIMENTO POSTERIOR, AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

NO ART. 157, § 2º, II, DO CP, E ARREFECIMENTO DO REGIME PRISIONAL. Restou provado que, no dia dos fatos, o apelante JOÃO PAULO, funcionário da empresa Acorp do Brasil Importação e Exportação, saiu da empresa com o seu colega ROBSON, para juntos cumprirem a tarefa de efetuar um saque da importância de R\$ 31.100,00, em uma agência bancária. Antes de deixarem o estabelecimento bancário, os funcionários dividiram o dinheiro em dois envelopes, tendo JOÃO PAULO ficado com a importância de R\$ 16.100,00, e ROBSON com R\$ 15.000,00. Porém, ao desembarcarem de um táxi no retorno à empresa, JOÃO PAULO e ROBSON foram abordados por um elemento que, simulando estar armado e afirmando saber da existência do dinheiro, exigiu a entrega dos envelopes que estava na posse de ambos. O apelante JOÃO PAULO, no dia seguinte aos fatos, confessou ao seu empregador que planejou o roubo na companhia do seu cunhado MELQUISEDEQUE, oportunidade em que disse estar arrependido de ter cometido o crime e estava disposto a devolver a quantia subtraída. Ao ser reinquirido ainda na fase inquisitorial, depois de ter ciência de que seu empregador já havia informado sobre a confissão do delito, o apelante JOÃO PAULO admitiu que, realmente, planejou o roubo com MELQUISEDEQUE, e se arrependeu do que fez, tendo devolvido o dinheiro. Em que pese o silêncio dos apelantes em juízo, a confissão extrajudicial encontra respaldo em diversos elementos de prova, em especial na palavra da testemunha MICHAEL VICTOR, sócio da empresa lesada, que confirmou a confissão de JOÃO PAULO, bem como a restituição do dinheiro subtraído. Diante desse quadro, restou devidamente comprovada a autoria do roubo praticado pelos apelantes, não havendo que se falar em insuficiência de provas. Por outro lado, inviável o afastamento da majorante referente ao concurso de pessoas, como quer a Defesa, visto que ficou devidamente comprovado nos autos, sem qualquer resquício de dúvida, a participação dos apelantes na prática delitiva, em ação previamente planejada, com cooperação mútua para a consecução do crime, o que determina a incidência da causa de aumento de pena do inciso II, do art. 157, § 2º, do CP. Assim, imperiosa a manutenção da majorante do concurso de pessoas. Por fim, também não merece guarida a tese de que houve arrependimento posterior, uma vez que o art. 16, do Código Penal, preceitua que é cabível a redução da pena apenas para os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, o que não é o caso dos autos *...+”.

Em recurso especial, o agente pretendia, dentre outras providências, a desclassificação da conduta do roubo para o estelionato, mas a pretensão foi afastada porque a desclassificação pressupunha profunda análise do conjunto probatório, algo vedado no recurso especial. Em razão disso, foi impetrado habeas corpus no STF, que, por maioria, negou provimento.

De acordo com o voto vencedor do min. Marco Aurélio – relator – não é possível desclassificar a conduta porque, não obstante o roubo tenha sido simulado entre uma das vítimas e o assaltante, a outra vítima não tinha ciência de nada e foi efetivamente submetida à grave ameaça, sentindo-se, portanto, intimidada, tanto que entregou o dinheiro que estava em seu poder. Além disso, o tribunal manteve a majorante relativa ao concurso de pessoas, pois ainda que o funcionário que

Boletim Criminal **Comentado** 103- Agosto - 2020 -

havia planejado a subtração não tenha ameaçado diretamente seu colega, a vinculação com seu cunhado, que empregou a grave ameaça, representa o concurso de agentes.

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1- Tema: Conflito negativo de atribuição sobre execução de multa criminal.

Conflito Negativo de Atribuição

Autos nº 0012400-66.2018.8.26.0050 – MM. Juízo da 12ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda, Comarca da Capital

Suscitante: xx Promotor de Justiça Criminal da Capital

Suscitado: xx Promotor de Justiça de Hortolândia

Assunto: divergência sobre a atribuição para promover a execução da multa criminal em face de sentenciado preso definitivamente – atribuição do promotor de justiça que atua perante a VEC do juízo da condenação – mudança de entendimento

EMENTA: Conflito negativo de atribuição sobre execução de multa criminal. Controvérsia estabelecida entre o Promotor de Justiça que oficia perante a vara de conhecimento, desta Capital, de onde se originou a condenação, e o Promotor de Justiça que oficia perante a Vara de Execução Criminal de Hortolândia, onde o sentenciado cumpre pena. Esta Procuradoria-Geral de Justiça, após o julgamento da ADI 3150, pelo STF, no qual se afirmou que a atribuição para execução da multa criminal cabe prioritariamente ao Ministério Público, vinha decidindo de forma reiterada que a atribuição cabia ao Promotor de Justiça que oficia perante a Vara de Execução Criminal da comarca em que o sentenciado está preso, onde cumpre pena privativa da liberdade, pois ali seria seu domicílio. Essa orientação coincidia com o disposto nas Normas de Serviço da CGJ do TJSP, com o art. 46, § 5º, do CPC, e com o disposto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80), e vinha sendo observada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

SOLUÇÃO: Em vários precedentes mais recentes, porém, ao dirimir conflitos de competência sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça tem decidido de forma distinta, impondo-se que esta Procuradoria-Geral de Justiça alinhe seu entendimento ao daquela Corte de Justiça, para conferir

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

mais segurança e eficiência à atuação do Ministério Público ao promover a execução de multas criminais.

Assim, em vários precedentes recentíssimos, verifica-se que o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo passou a decidir de forma reiterada, ao dirimir conflitos de competência, que o foro competente para execução da multa criminal será o da vara de execução criminal do lugar da condenação, ou seja, aquele que corresponda ao juízo originário da condenação. Nesse sentido: TJSP: Conflito de Jurisdição 0020700-02.2020.8.26.0000; Relator (a): Luis Soares de Mello (Vice Presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São José do Rio Preto - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 21/07/2020; Data de Registro: 21/07/2020; TJSP: Conflito de Jurisdição 0020078-20.2020.8.26.0000; Relator (a): Luis Soares de Mello (Vice Presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Pacaembu - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/07/2020; Data de Registro: 16/07/2020; TJSP: Conflito de Jurisdição 0048031-90.2019.8.26.0000; Relator (a): Xavier de Aquino (Decano); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Franca - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 9/6/2020; Data de Registro: 9/6/2020).

Esse entendimento se justifica porque não é incomum que o sentenciado seja transferido para outros estabelecimentos prisionais ou progrida de regime, de maneira que a ação de execução da multa criminal, então, precise ser remetida a diferentes juízos. É contraproducente, ademais, esta Procuradoria-Geral de Justiça decidir em descompasso com a orientação jurisprudencial do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, pois mesmo que afirme que a atribuição é do Promotor de Justiça que oficia perante a Vara de Execução Criminal do lugar do cumprimento da pena, o Juiz da Vara de Execução Criminal respectiva poderá suscitar conflito de competência e o Tribunal de Justiça decidirá no sentido de que a competência é da vara de execução criminal da mesma localidade do juízo de conhecimento, ou seja, do juízo originário da condenação.

O novo entendimento que ora se adota, portanto, em sintonia com os precedentes mais recentes do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, confere mais segurança jurídica e mais eficácia à execução da multa criminal, além de mais equidade na solução da matéria, pois a execução da multa criminal será sempre promovida pelo Promotor de Justiça da VEC do lugar em que proferida a sentença condenatória.

O Ministério Público se torna protagonista e responsável pela execução da multa criminal aplicada na respectiva comarca em que atua, evitando-se remessas a localidades diversas e sucessivos conflitos de atribuição sobre o tema, que em nada contribuem para o exercício dessa relevante atribuição da Instituição.

Ante o exposto, conhece-se do presente incidente para declarar que a atribuição para promover a execução da multa criminal no caso concreto, em que a condenação se origina da 12ª Vara Criminal da Comarca da Capital, é do Promotor de Justiça que atua perante a Vara de Execução Criminal da Comarca da Capital.

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

O membro do Ministério Público ao qual for encaminhada a certidão da multa penal atuará como longa manus do Procurador-Geral de Justiça e promoverá a execução da multa, acompanhando-a até final decisão.

As execuções de multa já ajuizadas perante a vara de execução criminal da localidade em que o sentenciado está preso, cumprindo pena, prosseguirão nas comarcas em que propostas, salvo nas hipóteses em que o juízo suscitar conflito de competência e o Tribunal de Justiça decidir de forma diversa.

As execuções a serem propostas desta decisão em diante deverão observar o entendimento ora adotado e serão ajuizadas perante a Vara de Execução Criminal da mesma comarca do juízo de conhecimento, originário da condenação.

Publique-se esta Ementa.

Trata-se de ação penal na qual JULIO CESAR BUFFULIN foi condenado ao cumprimento de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 11 dias-multa, no valor unitário mínimo, incurso no art. 180, caput, do Código Penal (conforme Venerando Acórdão de fls. 265/269), por fato praticado na Comarca da Capital.

Foi extraída certidão da multa criminal, com atualização do cálculo, no valor de R\$ 353,30, correspondentes a 13,31 Ufesps (cf. fls. 285).

Foi requerida intimação do sentenciado para efetuar o pagamento da multa (fls. 292).

Foi determinada a intimação e, não havendo o pagamento, no prazo de 10 dias, a expedição de certidão, nos termos do art. 164, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) (fls. 296).

Foi expedida carta precatória à Comarca de Franco da Rocha, mas sobreveio certidão dando conta de que o sentenciado abandonou a Penitenciária daquela localidade desde 03 de janeiro de 2019 (fls. 304), o que foi confirmado pelo extrato de fls. 306.

No endereço de São Paulo, o sentenciado não foi encontrado (fls. 308).

A informação de fls. 309 deu conta de que o sentenciado ingressou na Penitenciária de Hortolândia II, no dia 07 de dezembro de 2019.

Deprecou-se, então, sua intimação àquela localidade para que efetuasse o pagamento da multa (fls. 310), diligência que restou positiva (fls. 314).

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

Extraída certidão da multa penal (fls. 315), o Douto Promotor de Justiça da Capital requereu que, ante o encaminhamento da certidão para execução da pena de multa à Promotoria das Execuções, se aguardasse informação sobre o andamento da execução da multa (fls. 138).

O Douto 3º Promotor de Justiça de Hortolândia requereu a juntada de certidão da multa penal expedida aos autos do processo de execução da pena privativa de liberdade do réu, solicitando futura remessa ao promotor de justiça que oficia na comarca de residência do sentenciado, tão logo ele seja colocado em liberdade (fls. 320).

O Douto 55º Promotor de Justiça Criminal da Capital, por sua vez, observou que a atribuição do Ministério Público, no juízo de conhecimento, esgota-se com a remessa da certidão à Promotoria das Execuções. Assim, não seria possível intervir na atribuição daquele, razão pela qual requereu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, para que determine outra providência ou designe outro membro do Ministério Público para atuar no procedimento executório (cf. fls. 325).

Foi determinada a remessa dos autos a esta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 326), para resolução do impasse.

É a síntese do necessário.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se configurado, portanto, o conflito negativo 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, de modo que 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 officiar nos autos.

Pois bem.

Razão socorre em parte ao Douto Suscitante, com a máxima vênia do Ilustre Suscitado; senão, vejamos.

A posição desta Procuradoria-Geral de Justiça e do Centro de Apoio Criminal das Promotorias de Justiça Criminais, até 31 de julho de 2020:

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

Desde a modificação legislativa operada pela Lei n.º 9.268, de 1996, que passou a determinar que, após o trânsito em julgado, a multa deve ser considerada dívida de valor (CP, art. 51), estabeleceu-se controvérsia acerca da atribuição para promover a execução da pena pecuniária e, na mesma medida, do juízo competente para tanto.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento, que durante muitos anos foi dominante, no sentido de que essa tarefa competia à Procuradoria da Fazenda, devendo o processo correr perante a Vara da Execução Fiscal. Editou-se, inclusive, Súmula a respeito da matéria (Súmula 521 do STJ).

Ocorre, porém, que o Colendo Supremo Tribunal Federal, em 13 de dezembro de 2018, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3150, em conjunto com a 12.ª Questão de Ordem na Execução Penal relativa à Ação Penal 470, decidiu, por maioria de votos, que essa atribuição é prioritariamente do Parquet, sendo competente o Juízo da Execução Penal.

A controvérsia surgida neste incidente constitui desdobramento do entendimento adotado pela Suprema Corte, cuja competência do juízo foi expressamente inserida no texto do art. 51 do Código Penal, com redação pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime).

Trata-se, portanto, de definir qual o foro competente para o ajuizamento da execução da multa e, como consequência, qual o membro ministerial com atribuição para ingressar com a ação e oficiar no processo.

A solução se encontra no texto do Código Penal.

Conforme dispõe o art. 50 deste Diploma, com o trânsito em julgado da condenação, deve o sentenciado ser intimado a pagar a multa em 10 dias e, caso não o faça, promove-se a respectiva execução.

A intimação para a realização deste pagamento deve ser realizada perante o juízo da condenação, segundo preveem os arts. 479-A, 479-B e 4801, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de

¹ Art. 479-A - Na hipótese de multa isoladamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão, se houver, caberá ao juiz da vara onde tramitou o processo, promover a intimação do réu, preferencialmente por carta com AR, para o pagamento no prazo de 10 dias. § 1º No mesmo ato o condenado também será intimado para o pagamento da taxa judiciária, no prazo de 60 dias, procedendo-se na forma prevista no artigo 1.098 destas Normas de Serviço. § 2º Recolhido o valor, tratando-se a multa de única pena aplicada, o juiz da vara onde tramitou o processo extinguirá a pena, comunicando ao Tribunal Regional Eleitoral para restabelecimento dos direitos políticos do condenado.

Art. 479-B - Infrutífera a intimação, ou não efetuado o pagamento da multa isoladamente aplicada, o juiz da vara onde tramitou o processo determinará a expedição de certidão da sentença.

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

Justiça, com a redação dada pelo Provimento CG n.º 04/2020, publicado no Diário da Justiça Eletrônico, de 05 de março de 2020.

Caso não seja efetuado, os autos devem ser remetidos ao foro correspondente ao domicílio ou residência do réu.

Isto porque, de acordo com o art. 51 do Código Penal, depois do trânsito em julgado, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas suspensivas e interruptivas da prescrição.

Significa que a regra de competência territorial relativa à execução da multa deve ser aquela definida nas regras previstas na Lei de Execução Fiscal e no Código de Processo Civil.

Este determina, em seu art. 46, §5.º, que: “A execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado”.

A execução da multa criminal, portanto, se dá em duas etapas, cada qual devendo observar um critério específico acerca do órgão competente.

§1º - Expedida a certidão, o ofício de justiça, abrirá vista ao MP e, após lançará a movimentação “Cód. 62050 - Autos no Prazo - Execução da Multa Penal”, a qual atribuirá ao processo a situação “suspensão”, e encaminhará o processo com tramitação digital, automaticamente para a fila “Ag. Execução – Pena de Multa.

§2º - Comunicado, pelo Juízo da execução, o ajuizamento da ação de execução da multa penal, o juízo de conhecimento procederá a anotação no histórico de partes inserindo o evento “Cód. 17 – Início da Execução da Pena de Multa”, indicando no complemento o número do processo de execução e lançará a movimentação “61619- Definitivo - Processo Findo com Condenação” remetendo o processo ao arquivo. A competência para extinção da pena de multa incumbirá ao Juízo do processo da Execução da Multa.

§3º - Comunicado, pelo Juízo da Execução, a extinção da pena de multa, deverá ser alterada a situação do processo com o lançamento da movimentação “Cód. 22- Baixa Definitiva”

§4º - Não havendo comunicação do ajuizamento da ação de execução da multa penal, e decorrido o lapso prescricional, o juiz da vara onde tramitou o processo extinguirá a pena, remetendo os autos ao arquivo definitivo.

Art. 480 - Na hipótese de multa cumulativamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão, se houver, caberá ao juiz da vara onde tramitou o processo, sem prejuízo da expedição da guia de recolhimento definitiva ou das peças necessárias para complementar a guia de recolhimento provisória, na forma do artigo 468 destas Normas de Serviço, promover a intimação do réu, preferencialmente por carta com AR, para o pagamento da multa no prazo de 10 dias.

§ 1º - No mesmo ato o condenado também será intimado para o pagamento da taxa judiciária, no prazo de 60 dias, procedendo-se na forma prevista no artigo 1.098 destas Normas de Serviço.

§ 2º - Recolhida a multa penal o juiz da vara onde tramitou o processo anotará o pagamento, comunicando o cumprimento ao Juízo das Execuções Criminais competente para a execução da pena privativa de liberdade ou da pena restritiva de direitos.

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

A primeira, lastreada no art. 50 do CP, que consiste basicamente na intimação para pagamento em 10 dias, dá-se perante o juízo da condenação.

A segunda, fundada no art. 51 do CP, deve se desenvolver no juízo da execução penal, correspondente ao domicílio ou residência do réu, em obediência ao disposto no CPC (art. 46, §5.º).

Pois bem.

Diante de tal quadro, até o dia 31 de julho de 2020, esta Procuradoria-Geral de Justiça, ao dirimir vários conflitos de atribuição sobre execução de multa criminal, decidiu que esta deveria ser promovida pelo Promotor de Justiça da Vara de Execução Penal do domicílio do condenado, isto é, do local em que se encontrava recolhido para cumprimento da pena privativa de liberdade.

No caso concreto, o sentenciado está preso em Hortolândia.

A revisão de entendimento desta Procuradoria-Geral de Justiça e a posição ora adotada:

Esta Procuradoria-Geral de Justiça constatou que o Egrégio Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido, ao dirimir conflitos de competência acerca da matéria, no sentido de que a competência para execução da multa criminal é da vara de execução criminal do juízo da condenação, ou seja, do juízo originário da condenação, não do juízo da execução da comarca onde se dá o cumprimento da pena, alterando a orientação até então adotada de que a execução se daria no foro do domicílio do condenado, ou onde ele cumpre pena, nos termos do art. 46, § 5º, do Código de Processo Penal, e nos termos da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80).

Confiram-se, nesse sentido, várias decisões recentes:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO DA PENA DE DIAS-MULTA APLICADA AO RÉU. DISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 1ª VARA JUDICIAL DE PACAEMBU ONDE O RÉU ENCONTRA-SE PRESO. REDISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO COMARCA EM QUE TRAMITOU O PROCESSO DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 1. Cumpre observar que o STF, no julgamento da ADIN nº 3.150, houve por bem conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 51 do Código Penal. 2. Seguindo o entendimento exarado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 04/2020 da Corregedoria Geral de Justiça, especificando os procedimentos a serem adotados quando da execução da pena de multa. 3. Ocorre que, uma vez tendo a ação penal tramitado pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, a execução deverá se dar perante a Vara da Execução Criminal do mesmo foro em que tramitou o feito de conhecimento. 4. Ressalte-se que, tratando-se a presente execução de procedimento autônomo em relação à execução da pena restritiva da liberdade e no intuito de se evitar que referido feito tramite por diversos juízos, conforme o réu seja transferido de estabelecimento prisional ou mesmo obtenha progressão de

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

regime penal, razoável se mostra que a demanda seja processada pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais do foro originário da ação penal. 5. Conflito de Jurisdição julgado procedente para determinar o processamento da execução no Juízo suscitante.

(TJSP; Conflito de Jurisdição 0020700-02.2020.8.26.0000; Relator (a): Luis Soares de Mello (Vice Presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São José do Rio Preto - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 21/7/2020; Data de Registro: 21/7/2020)

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO DA PENA DE DIAS-MULTA APLICADA AO RÉU. DISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL, EXECUÇÃO CRIMINAL E CORREGEDORIADA POLÍCIA JUDICIÁRIA - SEÇÃO PROCESSUAL II (VEC ASSIS). REDISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 1ª VARA JUDICIAL DE PARAGUAÇU PAULISTA LOCAL ONDE O RÉU ESTARIA PRESO. NOVA REDISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 1ª VARA JUDICIAL DE PACAEMBU POR SER A JURISDIÇÃO ONDE O RÉU EFETIVAMENTE ESTARIA CUMPRINDO A PENA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpre observar que o STF, no julgamento da ADIN nº 3.150, houve por bem conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 51 do Código Penal. 2. Seguindo o entendimento exarado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 04/2020 da Corregedoria Geral de Justiça, especificando os procedimentos a serem adotados quando da execução da pena de multa. 3. Ocorre que, uma vez tendo a ação penal tramitado pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Tupã, a execução deverá se dar perante a Vara da Execução Criminal do mesmo foro em que tramitou o feito de conhecimento. 4. Ressalte-se que, tratando-se a presente execução de procedimento autônomo em relação à execução da pena restritiva da liberdade e no intuito de se evitar que referido feito tramite por diversos juízos, conforme o réu seja transferido de estabelecimento prisional ou mesmo obtenha progressão de regime penal, razoável se mostra que a demanda seja processada pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais do foro originário da ação penal. 5. Conflito de Jurisdição julgado procedente para determinar o processamento da execução no Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Tupã.

(TJSP; Conflito de Jurisdição 0020078-20.2020.8.26.0000; Relator (a): Luis Soares de Mello (Vice Presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Pacaembu - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/07/2020; Data de Registro: 16/07/2020)

Conflito de Jurisdição - Sentença proferida pelo Juízo Criminal de Franca, que aplicou pena restritiva de liberdade e de multa pela prática do delito do art. 155, § 4, inciso I e IV do Código Penal Expedição de certidão circunstanciada e remessa ao Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal d Ribeirão Preto para execução da multa – Impossibilidade - Inteligência da nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 51, do Código Penal e recente Resolução nº 838/2020, do Órgão Especial, bem como Provimento nº 04/20, CG - Precedente -

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

Conflito precedente - Competência do Juízo da Vara das Execuções Criminais da própria Comarca de Franca."

(TJSP; Conflito de Jurisdição 48031-90.2019.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino (Decano); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Franca - 1ª Vara Criminal; J: 9/6/2020; Registro: 9/6/2020)

Esta Procuradoria-Geral de Justiça, nesse contexto, não deve se afastar do que vem sendo decidido acerca da matéria pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

O mesmo entendimento vem sendo adotado no Estado de Santa Catarina, conforme entendimento do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais e Segurança Pública daquele Estado, que se vê em www.mpsc.mp.br, autos 01.2020.0001-3011-0, em declínio de atribuição de 09 de junho de 2020.

A execução da multa criminal perante a vara de execução penal da mesma comarca do juízo de conhecimento em que proferida a condenação afigura-se mais razoável e adequada, uma vez que, conforme referem os precedentes acima, não é incomum que o sentenciado seja transferido a outros estabelecimentos prisionais ou progrida de regime, o que, em princípio, acarreta a necessidade de remessa do processo de execução a outros juízos.

Esse entendimento de que o foro competente é a vara de execução criminal do lugar da condenação confere mais segurança e eficiência ao processo executivo da multa criminal.

Além disso, revela-se contraproducente afirmar a atribuição do Promotor de Justiça que oficia perante a Vara de Execução Criminal da localidade em que o acusado cumpre pena, se depois o MM. Juiz em exercício nesta vara pode suscitar conflito de competência e o Egrégio Tribunal de Justiça afirmar que a competência é da vara de execução penal do lugar do juízo de conhecimento, originário da condenação.

Diante do exposto, conhece-se deste conflito para dirimi-lo e declarar que a atribuição para promover a execução de multa criminal a que se referem estes autos é do Douto Promotor de Justiça em exercício perante a Vara de Execução Criminal da Comarca da Capital, que corresponde à comarca do juízo originário da condenação.

O Douto Promotor de Justiça que oficia perante a Vara de Execução Criminal a quem for distribuída a certidão da multa penal atuará como *longa manus* do Procurador-Geral de Justiça e promoverá a execução da multa criminal aplicada nestes autos até final decisão.

Publique-se a Ementa.

Comunique-se com via digital da presente ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais e ao Setor de Recursos Especiais e Extraordinários, por e-mail, para conhecimento.

Boletim Criminal **Comentado** 103- Agosto - 2020 -

São Paulo, 5 de agosto de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários

NOVAS TESES APROVADAS PELO SETOR

1 - Tese nº 516: “ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO E EM CONCURSO DE AGENTES – AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DECORRENTE DO CONCURSO DE AGENTES COM BASE NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 68 DO CÓDIGO PENAL – RECONHECIMENTO DESTA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – POSSIBILIDADE. O concurso de agentes, quando não considerado como causa de aumento de pena, em razão do disposto no parágrafo único o art. 68 do Código Penal, deve ser reconhecido como circunstância judicial, nos moldes do art. 59 do Código Penal.”;

2 - Tese nº 517: “EXTORSÃO QUALIFICADA – CAUSAS DE AUMENTO DE PENA DO §1º, DO ART. 158, CP – INCIDÊNCIA – POSSIBILIDADE. As majorantes previstas no § 1º do art. 158 do Código Penal podem ser aplicadas tanto ao tipo simples quanto ao qualificado pela restrição de liberdade do delito de extorsão.”;

3- Tese nº 518: “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CRIMINAL. RECUSA DA PROPOSTA COM BASE EM NÃO CONFISSÃO DO INVESTIGADO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. REMESSA DOS AUTOS, DE OFÍCIO, À PROCURADORIA-GERAL E REJEIÇÃO DA DENÚNCIA COM FUNDAMENTO NO ART. 395, INCISOS II E III, DO CPP. DESCABIMENTO. 1. A não confissão do investigado perante a Autoridade Policial constitui fundamento idôneo para o não oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal. 2. O não oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, quando se a entenda cabível, não é causa de rejeição da denúncia, por falta de interesse de agir, justa causa ou de pressuposto processual, tampouco de remessa dos autos de ofício à Procuradoria-Geral, por falta de previsão legal e ofensa ao sistema acusatório. Inteligência dos arts. 28-A, caput e § 14, 257, inciso I e 395, incisos II e III, todos do Código de Processo Penal.”

4 - Tese nº 519: “EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DO CONDENADO EM AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS – NULIDADE – INOCORRÊNCIA. A ausência do condenado em audiência de oitiva de testemunhas, na fase da sindicância

Boletim Criminal Comentado 103- Agosto -

2020 -

administrativa, estando devidamente representando pelo seu defensor, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, não gera nulidade.”

5 - Tese nº 520: “ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (artigos 2º, §§ 2º e 3º, da Lei 12.850/2013). LAVAGEM DE CAPITAIS (Lei 9613/98). CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO §4º DO ARTIGO 1º DA LEI 9613/98. AUTONOMIA. AUSÊNCIA DE ‘BIS IN IDEM’. O delito de organização criminosa, por expressa disposição do preceito secundário do artigo 2º da Lei n. 12.850/2013, é punido independentemente dos crimes cometidos pela respectiva organização, mantendo autonomia em relação aos crimes de lavagem de capitais com a causa de aumento de pena do §4º do artigo 1º da Lei 9613/98.”

6 – Tese nº 521: “TRÁFICO – VALORES APREENDIDOS EM DECORRÊNCIA DO CRIME - CONFISCO – EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO - DESNECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO EXPROPRIATÓRIA. O confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, por se tratar de efeito automático da condenação, prescinde do ajuizamento de ação expropriatória autônoma, prevista na Lei nº 8.257/91.”

7 - Tese nº 522: “FURTO – ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - DANOS NA JANELA DO VEÍCULO PARA SUBTRAÇÃO DO AUTOMÓVEL E DE BENS EXISTENTES EM SEU INTERIOR – INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. A qualificadora prevista no artigo 155, §4º, I, do CP é aplicável quando o agente, com o propósito de subtrair algum bem existente no interior do veículo, quebra a janela ou provoca algum dano no veículo, ainda que haja subtração também do automóvel.”

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 105, 8/2020
(semana nº 4)

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

Boletim Criminal **Comentado** 105- Agosto - 2020 -

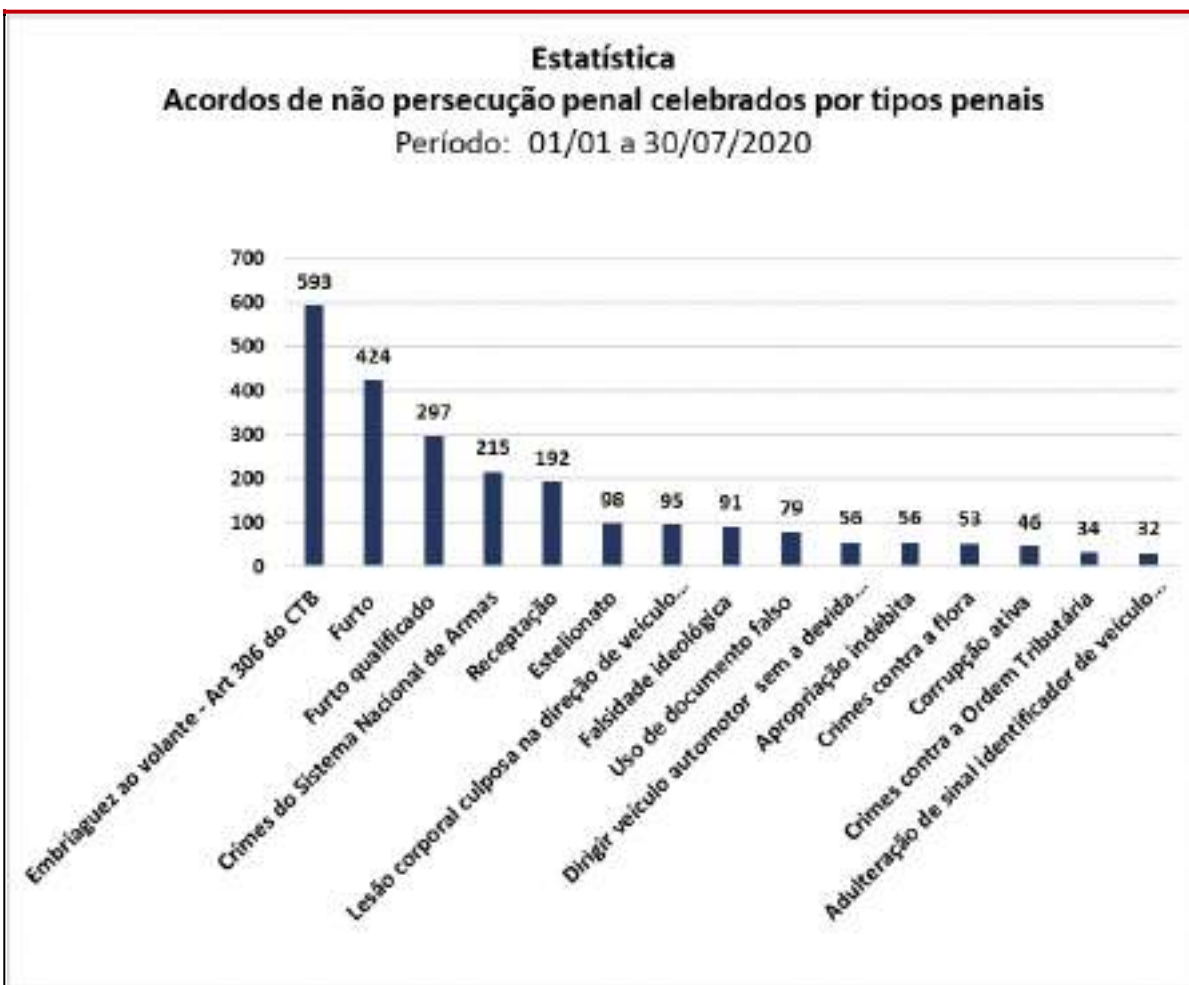
AVISO

Estatística dos Acordos de Não Persecução Penal celebrados por tipos penais

A celebração do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) é medida de política criminal do MPSP e vem sendo incentivada pelo Centro de Apoio Operacional Criminal desde a publicação da Resolução 181/2017 do CNMP. Os membros do MPSP já celebraram mais de 3000 (três mil) ANPPs.

Aproveitamos a oportunidade para lembrar, conforme consta em nosso Roteiro ([clique aqui](#)), o (a) Promotor (a) de Justiça do processo do conhecimento deverá encaminhar apenas o **ANPP e a decisão que o homologou** ao (a) Promotor (a) de Justiça que atua perante a VEC, sendo desnecessário enviar a íntegra dos autos do processo crime.

Abaixo revelamos as estatísticas atuais do ANPP de acordo com os tipos penais mais incidentes.



Boletim Criminal **Comentado** 105- Agosto - 2020 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Acordo de Não Persecução Penal homologado em comarca diversa da prestação de serviços pelo compromissário.

O legislador, ao introduzir o ANPP no Código de Processo Penal, determinou que a sua concretização se dará no juízo das execuções penais. O CAOCRIM, desde o início, tem criticado essa opção. Na VEC executa-se sanção penal. No ANPP não temos sanção penal imposta (e nem poderia, pois impede o devido processo legal). Contudo, em que pese tratar-se de uma opção equivocada, não parece inconstitucional. Esse contexto provoca situação que merece orientação por parte do CAOCRIM. Vejamos.

Imaginemos que FULANO, autor de crime, celebra ANPP com o Ministério Público na comarca A, comprometendo-se, dentre outras condições, a prestar serviços à comunidade.

Homologado o acordo, é dos autos que FULANO reside na comarca B. Deve o ANPP ser iniciado na comarca B, deprecando-se, ou deve ser iniciado na própria comarca A, deprecando-se a sua fiscalização? **Esta segunda solução nos parece mais acertada.**

A exemplo do que ocorre com a fiscalização das condições na suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), também o ANPP, devidamente homologado, deve ser encaminhado à VEC do local da homologação. Em seguida, o juiz da execução deve deprecar ao juiz da execução do domicílio do compromissário somente a fiscalização do ANPP.

Eventuais incidentes na sua execução devem ser decididos pelo juízo deprecante, inclusive a declaração de extinção da punibilidade pelo integral cumprimento do acordo.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Tentativa de homicídio. Art. 205 do CPM. Policial militar de folga. Disparos contra os colegas de corporação e a viatura. Regularidade da Instituição Militar. Princípios da hierarquia e disciplina. Vulneração. Competência da Justiça Militar.

INFORMATIVO 675 STJ- QUINTA TURMA

Na definição da competência da Justiça Militar, considera-se o critério subjetivo do militar em atividade, em serviço ou não, aliado ao critério objetivo, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado.

Boletim Criminal Comentado 105- Agosto -

2020 -

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

No cumprimento do mister que lhe foi atribuído pela Carta magna, o Decreto-Lei n. 1.001/1969 (Código Penal Militar) define o crime militar e, conseqüentemente, a competência da Justiça Militar. No seu art. 9º, diz o que é crime militar em tempo de paz. Observe-se que, a partir do inciso II, tem-se uma definição de crime militar que traz consigo um elemento subjetivo, qual seja a condição de militar.

Nessa definição, assim dispõe o CPM: "Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; (...)".

Conforme se observa, o próprio Código Penal Militar traz um norte de quem é o "militar em situação de atividade". Em interpretação autêntica, ele diz: "Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar."

Frise-se que a norma penal militar possui regramento próprio, dispondo no art. 22 do CPM, que militar é qualquer pessoa incorporada. Conceito que não se coaduna com a exigência de o militar encontrar-se "em serviço" para fins de tipificação do crime militar.

Ademais, ressalte-se que na própria Lei n. 6.880/80, em seu art. 3º, verifica-se que ao equiparar os termos acima mencionados, "em serviço" e "em atividade", a norma não teve o condão de afastar a condição de militar do agente que pratica o delito durante as férias, licença ou outro motivo de afastamento temporário de suas atividades habituais: "Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares. § 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações: a) na ativa: (...) b) na inatividade: (...)".

Uma vez que a expressão "na atividade" se contrapõe à "na inatividade", reforça-se o que se vem se tentando delinear nesta decisão. Assim, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, inclusive com dispositivos constitucionais, permite concluir no sentido de não haver confusão entre o "militar em atividade", aquele incorporado às forças armadas, e o "militar em serviço", aquele que se encontra no exercício de sua atividade militar em determinado momento específico.

Por outro lado, o termo "em serviço" está presente em alguns tipos penais militares. Nestas hipóteses sim é exigido que, no momento da conduta, o agente esteja no exercício efetivo de atividade militar. São exemplos tirados do Código Penal Militar o art. 202 (Embriaguez em serviço) e o art. 203 (Dormir em serviço).

Boletim Criminal Comentado 105- Agosto -

2020 -

Na jurisprudência do STF e também na desta Corte superior, é possível encontrar precedentes que seguem o caminho proposto pela doutrina. Neles, é possível perceber o reconhecimento do crime militar, mesmo diante de conduta praticada por militar que não está, no momento do delito, no exercício de funções castrenses, como folga ou licença. É possível dizer, portanto, que, nestes julgados, faz-se uma distinção entre a expressão "em atividade" (agente incorporado às forças armadas) e o termo "em serviço" (no exercício efetivo de atividade militar).

Seguindo rota diametralmente oposta, também é possível encontrar precedentes, tanto do STF quanto deste Superior Tribunal de Justiça considerando a expressão "em situação de atividade" do art. 9º, II, "a", do CPM, e o termo "em serviço" como sinônimos. Em outras palavras, exige-se, para a tipificação do crime militar e, portanto, da competência castrense, além da qualidade de militar da ativa, a prática da conduta durante o exercício efetivo do serviço militar.

Por fim, é possível observar ainda o surgimento de uma terceira corrente jurisprudencial, aparentemente intermediária. Entre o reconhecimento do crime militar e, portanto, da competência da Justiça especializada pela simples presença de dois militares da ativa nos polos ativo e passivo do crime e a exigência de que os militares estejam em serviço, propõe-se a fixação da competência na Justiça castrense, desde que cumulado com o critério subjetivo — militares da ativa — a vulneração de bem jurídico caro ao serviço e ao meio militar.

Com efeito, parece correta a adoção do critério subjetivo, considerando militar em atividade todo aquele agente estatal incorporado às Forças Armadas, em serviço ou não, aliado ao critério objetivo, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado.

De todo modo, vale o destaque de que, em muitos casos, o bem jurídico protegido pelo Código Penal Militar encontra igual guarida no Código Penal comum. Exemplo claro dessa situação é o art.

205 do CPM, que tipifica o delito de homicídio simples, tutelando, portanto, o direito à vida, também protegido pelo art. 121 do CP. Por isso, é importante ressaltar que a análise não pode se esgotar no bem jurídico tutelado pura e simplesmente. Deve-se necessariamente averiguar, na situação concreta, a existência ou não de vulneração, a partir da conduta, da regularidade das instituições militares, cujo pilar constitucional se baseia em dois princípios: hierarquia e disciplina.

Por essas considerações, entende-se que, nos termos do art. 9º do CPM, sempre que a conduta tiver potencial de vulnerar a regularidade das instituições militares, deve-se reconhecer a competência da Justiça especializada.

PROCESSO: HC 550.998-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 23/6/2020, DJe 26/6/2020.

Boletim Criminal **Comentado** 105- Agosto -

2020 -

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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

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

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

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

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

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

2- Tema: Inimputabilidade. Semi-imputabilidade. Reconhecimento. Exame médico-legal. Incidente de insanidade mental. Prévia instauração. Necessidade.

Boletim Criminal **Comentado** 105- Agosto -

2020 -

INFORMATIVO 675 STJ- SEXTA TURMA

O reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu depende da prévia instauração de incidente de insanidade mental e do respectivo exame médico-legal nele previsto.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente, salienta-se que a questão ora suscitada não guarda identidade com aquela veiculada em inúmeros julgados desta Corte, que subsidiaram a orientação no sentido de que a mera alegação de que o acusado é inimputável não justifica a instauração de incidente de insanidade mental, providência que deve ser condicionada à efetiva demonstração da sua necessidade, mormente quando há dúvida a respeito do seu poder de autodeterminação (AgRg no HC n. 516.731/GO, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 20/8/2019), pois o que se discute, aqui, é a possibilidade de reconhecimento da semi-imputabilidade do réu sem exame médico-legal.

No processo penal brasileiro, em consequência do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 155 do CPP). Assim, em regra, não há falar em prova legal ou tarifada no processo penal brasileiro. Contudo, com relação à inimputabilidade (art. 26, caput, do CP) e semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, do CP), não há como ignorar a importância do exame pericial, considerando que o Código Penal adotou expressamente o critério biopsicológico. Ora, o magistrado não detém os conhecimentos técnicos indispensáveis para aferir a saúde mental do réu, tampouco a sua capacidade de se autodeterminar. Atento a essa questão, o legislador estabeleceu o incidente de insanidade mental (art. 149 do CPP).

A relevância desse incidente não sobressai apenas do conteúdo técnico da prova que se almeja produzir, mas também da vontade do legislador que, especificamente nos arts. 151 e 152 do CPP, estabeleceu algumas consequências diretas extraídas da conclusão do exame pericial, como a continuidade da presença do curador e a suspensão do processo.

Cumprido destacar, ainda, a medida cautelar prevista no art. 319, IV, do Código de Processo Penal, que prevê a internação provisória para crimes praticados com violência ou com grave ameaça, quando os peritos concluírem pela imputabilidade ou semi-imputabilidade.

Todos esses aspectos, embora insuficientes para sustentar a tese de que o magistrado ficaria vinculado às conclusões do laudo pericial – o que é expressamente rechaçado pelo art. 182 do CPP ("o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte") – autorizam a conclusão de que o exame médico-legal é indispensável para formar a convicção do órgão julgador para fins de aplicação do art. 26 do CP.

PROCESSO: REsp 1.802.845-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 23/6/2020, DJe 30/6/2020.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Boletim Criminal Comentado 105- Agosto -

2020 -

Do julgado em comento chama a atenção a tese da defesa vinculando o magistrado ao resultado do exame.

O juiz, por conta de expressa disposição legal, “não ficará adstrito ao laudo”, na dicção do art. 182 do código. Significa que pode acatá-lo ou não. Pensar-se de forma diferente importaria, em última instância, em transformar o experto em juiz, caso este fosse obrigado a acatar todas suas conclusões. De se ver, contudo, que o juiz é leigo quanto ao tema e, bem por isso, apenas em situações excepcionais deverá contrariar a conclusão dos peritos, estes sim dotados de conhecimento técnico sobre o tema.

Daí a correta observação de Câmara Leal, para quem “o laudo pericial dos médicos tem um valor capital, não devendo ser desprezado pelo julgador, porquanto representa a palavra da ciência, cujas conclusões devem ser sempre acatadas pela justiça” (Processo Penal, vol. I, p. 422).

DIREITO PENAL:

1-Tema: STJ- Dolo na prática de homicídio se estende ao crime contra segunda vítima atingida por erro de pontaria.

NOTÍCIA DO STJ

Se alguém comete um homicídio com arma de fogo e, além do resultado intencional, atinge outra pessoa por erro de pontaria, o segundo crime – mesmo não sendo uma consequência pretendida – também deve ser tratado como doloso.

Com esse entendimento, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que, ao analisar o caso de um homem acusado de matar alguém intencionalmente e atingir outra pessoa de forma não fatal, desclassificou para lesão corporal culposa a conduta relativa ao resultado não pretendido.

No recurso apresentado ao STJ, o Ministério Público sustentou que o TJRS contrariou o Código Penal ao desclassificar a imputação relativa ao segundo fato – apontado na denúncia e na sentença de pronúncia como homicídio qualificado tentado, cuja vítima foi atingida por erro no uso dos meios de execução.

Aberratio ictus

Segundo o relator do caso, ministro Nefi Cordeiro, existem duas modalidades de erro na execução, de acordo com o [artigo 73](#) do Código Penal: *aberratio ictus* com resultado único, unidade simples; e *aberratio ictus* com resultado duplo, unidade complexa.

O ministro afirmou que, de acordo com os autos, além da vítima originalmente visada, outra pessoa

Boletim Criminal **Comentado** 105- Agosto -

2020 -

foi atingida pelos tiros desferidos pelo acusado, incidindo a regra do concurso formal de crimes.

"Nesses casos, o elemento subjetivo da primeira conduta, o dolo, projeta-se também à segunda, não intencional, ainda que o erro de pontaria decorra de negligência, imprudência ou imperícia do agente", afirmou.

Classificações iguais

Nefi Cordeiro destacou que, para a jurisprudência do STJ, a norma do artigo 73 do Código Penal afasta a possibilidade de se reconhecer a ocorrência de crime culposo quando decorrente de erro na execução de crime doloso ([HC 210.696](#)).

Dessa forma, para a corte, se houver um segundo resultado não pretendido, quando da prática de crime doloso, ele também deverá ser punido como doloso, mesmo que o erro na execução tenha sido causado por negligência, imprudência ou imperícia do autor.

"Em análogo erro na execução com duplicidade de resultado, esta Corte Superior já decidiu apenas ser culposa a segunda conduta se a primeira assim for considerada", esclareceu o relator.

Ao dar provimento ao recurso especial do Ministério Público, a turma decidiu pelo restabelecimento da sentença de pronúncia do acusado.

Leia o [acórdão](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1853219](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Uma das modalidades do denominado “erro de tipo acidental” é o erro na execução, também conhecido como *aberratio ictus* e disciplinado no artigo 73 do Código Penal:

“Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”.

Cuida-se, em resumo, do acidente ou erro no uso dos meios de execução e, por consequência, o agente acaba atingindo pessoa diversa da pretendida – embora corretamente representada. Exemplo: João aponta o revólver para Pedro, pretendendo matá-lo, mas, por falta de habilidade no uso da arma, acaba atingindo Alberto, que caminhava próximo do alvo.

O erro na execução pode ter duas consequências:

1) O agente atinge apenas a pessoa diversa da pretendida (*aberratio ictus* de resultado único): deve

Boletim Criminal **Comentado** 105- Agosto -

2020 -

ser punido pelo crime, consideradas as condições e qualidades da vítima desejada, e não da vítima efetivamente atingida. Imaginemos que João quisesse matar Pedro, seu irmão, para receber sozinho uma herança. O motivo torpe que qualifica o homicídio é considerado na imputação ainda que apenas Alberto tenha sido atingido.

2) O agente atinge também a pessoa diversa da pretendida (aberratio ictus com unidade complexa ou resultado duplo): deve ser punido pelos dois crimes, em concurso formal.

Nesta espécie de aberratio ictus, diversas podem ser as circunstâncias. Imaginemos que João saque a arma de fogo e, com intenção letal, dispare contra Pedro, atingindo-o juntamente com Alberto. Neste caso, a doutrina tradicionalmente propõe as seguintes soluções:

2.1) ocorrendo a morte de ambos (Pedro e Alberto), há dois crimes: um homicídio doloso consumado (Pedro) e outro culposo (Alberto), em concurso formal próprio (art. 70, 1ª parte, do CP).

2.2) resultando somente lesões corporais em ambos, há tentativa de homicídio (Pedro), em concurso formal próprio com lesão corporal culposa (Alberto).

2.3) derivando da conduta de João a morte de Pedro e lesões corporais em Alberto, há homicídio doloso consumado (Pedro) e lesão corporal culposa (Alberto), em concurso formal próprio.

2.4) no caso de lesões corporais em Pedro e morte de Alberto, a doutrina diverge:

1ª corrente: João responde pelo homicídio doloso de Alberto (considerando as qualidades da vítima pretendida) e o crime de lesão corporal é utilizado para aumentar a pena em razão do concurso formal (Damásio).

2ª corrente: o atirador deve ser responsabilizado por tentativa de homicídio de Pedro, em concurso formal com o homicídio culposo de Alberto (Heleno Fragoso).

3ª corrente: deve ser atribuído a João o homicídio doloso consumado de Alberto, em concurso formal com tentativa de homicídio de Pedro. Explica-se que, a princípio, poderia parecer correta a imputação de tentativa de homicídio com relação a Pedro e de homicídio culposo contra Alberto (como conclui a segunda corrente). Se fosse assim, todavia, quando se atingisse terceiro (no caso, Alberto) por erro na execução, seria melhor acertar também o alvo pretendido (Pedro) do que simplesmente o terceiro. Em outras palavras, o erro na execução com resultado duplo seria mais benéfico para o assassino do que se tivesse havido resultado único. Isso porque, atingindo somente Alberto (aberratio ictus com resultado único), ao atirador seria imputado um crime de homicídio doloso consumado (art. 73, primeira parte, do CP). Se é assim, na hipótese de ser também atingido Alberto (pessoa visada), o qual sobrevive, não é razoável a responsabilização por fatos de menor

Boletim Criminal Comentado 105- Agosto -

2020 -

gravidade (o concurso formal entre homicídio tentado e homicídio culposo é menos grave que um homicídio doloso consumado). É dizer: a pena decorrente da aberratio ictus com unidade complexa não pode ser inferior àquela imposta no caso de aberratio ictus com unidade simples (André Estefam).

Julgando um caso de aberratio ictus em que a vítima pretendida havia sido morta e outra pessoa havia sofrido lesões corporais (como no item 2.3 acima), a Sexta Turma do STJ concluiu que o dolo do homicídio visado deve se estender ao crime decorrente de erro, solução a nosso ver equivocada, que, no entanto, já foi adotada também pela Quinta Turma do tribunal:

“[...] Retrata os presentes autos a parte final do art. 73 do CP, quando, além da vítima originalmente visada, terceira pessoa é também atingida, incidindo a regra do concurso formal de crimes. Nesses casos, o elemento subjetivo da primeira conduta, o dolo, projeta-se também à segunda, não intencional, ainda que o erro de pontaria decorra de negligência, imprudência ou imperícia do agente.

Essa foi a conclusão alcançada no voto vencido, proferido no julgamento do recurso em sentido estrito, ora impugnado, segundo o qual, "configurado, na espécie, erro na execução com unidade complexa – ocasião em que, a partir da prática de um crime doloso, sobreveio o resultado intencional e um segundo resultado, não pretendido, decorrente de erro de pontaria -, entendo que este também deverá ser punido na forma dolosa". Assim, "Praticado o delito originário dolosamente, mostra-se coerente que a modalidade dolosa alcance, também, o outro resultado obtido" (fls. 838-839).

Nesse sentido, esta Corte possui orientação de que "A norma prevista no art. 73 do Código Penal afasta a possibilidade de se reconhecer a ocorrência de crime culposo quando decorrente de erro na execução na prática de crime doloso" (HC 210.696/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/9/2017, DJe 27/9/2017). Esclarece o relator do habeas corpus que, "havendo um segundo resultado não pretendido, quando da prática de crime doloso, este também deverá ser punido como crime doloso, ainda que o erro na pontaria decorra de negligência, imprudência ou imperícia do autor. Essa é a opção feita pelo legislador".

Em análogo erro na execução com duplicidade de resultado, esta Corte Superior já decidiu apenas ser culposa a segunda conduta se a primeira assim for considerada. Confira-se a ementa do julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABERRATIO ICTUS COM DUPLICIDADE DE RESULTADO. ALEGAÇÃO DE TER SIDO A DECISÃO DO JÚRI CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. QUALIFICADORA. CONFIGURAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUESITAÇÃO. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. I - Não se revela contrária à prova dos autos a decisão tomada pelo Conselho de Sentença que resta

apoiada - conforme bem destacado no reprochado acórdão - em provas robustas. II - De outro lado,

Boletim Criminal Comentado 105- Agosto -

2020 -

não há como, na via eleita, buscar, como pretende a impetrante, expungir da conde nação a qualificadora do motivo torpe, haja vista que a discussão sobre a sua configuração não se operou, seja no julgamento do recurso de apelação, seja nos arestos relativos às revisões criminais ajuizadas. Assim, ter-se-ia típica hipótese de supressão de instância. III - A quesitação submetida ao Conselho de Sentença, in casu, não revela qualquer mácula, eis que realizada dentro dos parâmetros legais, não se furtando à apreciação do Júri as teses defensivas pertinentes. Por se tratar de hipótese de aberratio ictus com duplicidade de resultado, e não tendo a defesa momento algum buscando desvincular os resultados do erro na execução, a tese de desclassificação do delito para a forma culposa em relação somente ao resultado não pretendido, só teria sentido se e proposta também para o resultado pretendido - o que não ocorreu. Ordem denegada. (HC 105.305/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2008, DJe 9/2/2009).

Assim, deve ser restabelecida a sentença de pronúncia do recorrido como incurso nos arts. 121, § 2º, I e IV, e do art. 121, § 2º, e IV, c/c o art. 14, II, na forma do 73, todos do CP” (REsp 1.853.219/RS, j. 2/6/2020).

Ao que parece, nas decisões mencionadas o tribunal se vale do conceito de dolo in re ipsa, em que o elemento volitivo é presumido e, conseqüentemente, não precisa ser demonstrado. Mas devemos ter em mente que a estrutura do crime doloso resulta de dois elementos que integram o dolo: o volitivo – isto é, a vontade de praticar a conduta descrita na norma – e o intelectual – traduzido na consciência da conduta e do resultado. Sem consciência e vontade não há crime doloso.

Se, por outro lado, esses elementos se fazem presentes, não se aplica o art. 73 do Código Penal porque, como vimos, na aberratio o resultado relativo à pessoa não visada decorre de um erro no momento da execução do crime. Somente pode haver, portanto, aberratio ictus com resultado duplo quando o terceiro é atingido por erro ou acidente. Se o executor atua com dolo – ainda que eventual – em relação ao terceiro, não é possível sustentar a ocorrência de um erro na execução. Finalizamos com a lição de Paulo José da Costa Júnior:

“A que título é imputado ao agente o plus não desejado

O dolo deve endereçar-se à pessoa visada (ou ao fato-objeto pretendido) e somente em direção a ela. Exclui-se a possibilidade de o dolo voltar-se a pessoa diversa. O plus do crime previsto no art. 73 não é atribuído ao agente, mesmo que não desejado, mas somente se não desejado. Não se poderá, pois, conceber um comportamento doloso qualquer com respeito à pessoa atingida e não visada. Nem mesmo o dolo, em sua forma eventual, de menor intensidade.

[...]

Outros sustentam a existência de um dolo único, que opera em raio mais amplo, compreendendo todos os eventos. Seria, assim, uma preterintencionalidade na quantidade dos eventos. Tal é

Boletim Criminal **Comentado** 105- Agosto -

2020 -

inadmissível. A graduação do dolo pode dizer respeito à intensidade. Jamais à extensão” (José, COSTA JR., Paulo José da; COSTA, F. Curso de Direito Penal, 12ª ed. Editora Saraiva, 2010, p. 283-4).

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1- Tema: Aditamento de denúncia para inclusão do crime de descumprimento de medida protetiva de urgência (art. 24-A da Lei n. 11.340/06)

Código de Processo Penal, art. 28

Autos n.º 1502xxx-7x.2020.8.26.0xxx – MM. Juízo da xxxxxx

Réu: A.D.V.

Assunto: aditamento de denúncia para inclusão do crime de descumprimento de medida protetiva de urgência (art. 24-A da Lei n. 11.340/06)

Cuida-se de remessa judicial, efetuada com supedâneo no art. 28 do CPP, determinada nos autos de ação penal foi movida pelo Ministério Público em face de A.D.V., imputando-lhe, na denúncia de fls. 71/73, o crime de ameaça, previsto no art. 147, caput, do Código Penal, c.c. o art. 7º, inciso II, da Lei n. 11.340/06.

Segundo narrou a exordial, no dia 24 de julho de 2020, às 09h10min, na Rua XXXXXXXX, na Comarca de XXXXXXXXXXXX, o acusado, aproveitando-se das relações domésticas, ameaçou sua genitora E.S.D., por palavra, escrito ou gesto, de causar-lhe mal injusto e grave.

Constou que A. é filho de E., mas o relacionamento entre eles é conturbado, visto que o denunciado faz uso de substância entorpecente e apresenta comportamento agressivo com sua mãe, razão pela qual ela já teve medidas protetivas deferidas para mantê-lo afastado.

No dia dos fatos, o acusado compareceu na residência de E. e, agindo de maneira livre e consciente, perseguiu-a com uma faca de cozinha e a ameaçou, proferindo os seguintes dizeres: “Vou te matar, de hoje você não passa”. A vítima representou autorizando o início da persecução penal.

Os policiais militares que atenderam a ocorrência foram ouvidos a fls. 02 e 03, aduzindo que realizavam patrulhamento, quando foram acionados a comparecer na residência da vítima, para atender ocorrência de ameaça e descumprimento de medida protetiva. No local, em contato com a solicitante que estava na calçada chorando, informou que o filho, usuário de entorpecente, havia descumprido medida protetiva e retornado para a casa, onde estava dormindo. Alegou que ele

arrombou a porta dos fundos e o proprietário do imóvel ainda não consertou, de modo que, aproveitando-se disto, ele entra e toda vez que aciona a polícia, ele foge. Hoje, acordou e viu ele

Boletim Criminal Comentado 105- Agosto -

2020 -

dormindo, foi até a residência da mãe, que mora na frente, e acionou a polícia. Quando retornou, o filho armou-se de uma faca de mesa com serrinha e passou a ameaçá-la de morte, dizendo que de hoje ela não passava. A vítima exibiu a medida protetiva e o filho, ao perceber a movimentação na rua, saiu da casa chorando, perguntando o porquê de a mãe estar fazendo aquilo com ele de novo. Diante das circunstâncias, deram voz de prisão ao acusado. Tem conhecimento de que o acusado foi preso em flagrante no dia 5/7/2020, por ter ameaçado a mãe. Um dos servidores, inclusive, informou que já conhecia o autor dos meios policiais, por uso de entorpecente e violência doméstica.

E. disse que é mãe de A., o qual é usuário de substância entorpecente desde os 12 anos de idade. O filho é agressivo e inclusive foi preso no dia 5/7/2020, após ameaçá-la de morte, mas foi liberado no dia seguinte ao da prisão, sendo concedida medida protetiva à declarante. Todavia, aproveitando-se de que a porta dos fundos do imóvel não tranca, ele tem retornado ao local. A vítima aciona a polícia, mas o filho evade-se antes da chegada da viatura. Hoje acordou e se deparou com o filho dormindo na casa. Mandou-o embora, dizendo que ele está ciente de que ela tem medida protetiva e ia acionar a polícia, mas ele retrucou e, quando ela saía da casa, A. a perseguiu com uma faca, dizendo que iria matá-la e que de hoje ela não passava. Como a declarante correu para a rua, ele retornou para casa, saindo apenas quando ouviu movimentação da polícia e saiu chorando questionando o porquê de ela estar fazendo aquilo com ele. A. disse que, se for liberado, irá matá-la. Tem medo do filho e ofereceu representação pelas ameaças (fls. 4).

Em seu interrogatório, A. confessou que estava dormindo na casa da mãe, porque não tem lugar para onde ir e estava passando por necessidade. O problema é que a mãe quer que a ajude financeiramente e não tem condições de fazê-lo, então ela chama a polícia. Não agrediu, ofendeu ou ameaçou a mãe. Acordou com ela discutindo e lhe mandando embora por causa da bagunça. Foi preso no começo do mês, acusado de ameaçar a mãe, mas não tinha feito nada. Sabe que a mãe tem medida protetiva e que não poderia ir na casa dela (fls. 06).

Lavrou-se o boletim de ocorrência, capitulando as condutas de A. como descumprimento de medida protetiva de urgência e ameaça (fls. 12/14).

Auto de exibição e apreensão da faca (fls. 15).

Acostou-se cópia de decisão proferida nos Autos n. 1501173-35.2020.8.26.0664, concedendo à vítima medidas protetivas de urgência em favor de E. (fls. 25).

Acostaram-se certidões criminais e infracionais, bem como folha de antecedentes em nome de A. (fls. 30/31, 32/33 e 34).

O Ministério Público manifestou-se pela conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 38/39).

Relatório final a fls. 43/44.

Boletim Criminal Comentado 105- Agosto -

2020 -

A Defesa de A. requereu a concessão de liberdade provisória (fls. 46/47).

O MM. Juiz observou que se trata de descumprimento de medida protetiva de urgência, tendo sido o autor recentemente beneficiado com liberdade provisória na qual foi imposta a medida, descumpriu-a, aproximando-se da vítima e continuando a ameaçá-la, motivo pelo qual a prisão preventiva do indiciado é necessária para a garantia da ordem pública, para se assegurar a integridade física da vítima e evitar que ele pratique novas condutas de tal espécie contra a ofendida. Diante disso, presentes os requisitos para tanto, converteu o flagrante em prisão preventiva (fls. 51), cumprindo-se o mandado de prisão (fls. 82/84).

Acostou-se cópia de decisão proferida nos Autos n. 1500138-61.2020.8.26.0560, no dia 27/06/2020, nos quais foi concedida liberdade provisória a A. mediante aplicação de medidas protetivas em favor da ofendida E., estabelecendo-se a proibição de manter contato com a vítima por qualquer meio de comunicação e dela manter distância mínima de 500 metros, com fundamento no art. 319, II e III, do CPP, cumprindo-se o alvará de soltura clausulado naqueles autos (fls. 65/66 e 67/68).

Ao oferecer a denúncia de fls. 71/73, o Douto Promotor de Justiça entendeu inviável o oferecimento dos institutos despenalizadores da transação penal ou suspensão condicional do processo, nos termos dos arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, em face da expressa vedação prevista no art. 41 da Lei n. 11.340/2006. Em relação ao crime de descumprimento de medida protetiva, previsto no art. 24-A da Lei n. 11.340/06, concluiu ser o caso de arquivamento, pois os efeitos da Medida Protetiva n. 1501173-35.2020.8.26.0664 cessaram no dia 01 de junho de 2020, conforme se extrai da decisão de fls. 22 dos autos n. 1501361-28.2020.8.26.0664, sendo que o denunciado teve contato com a vítima no dia 24 de julho de 2020, ou seja, após a aludida cessação de efeitos. Nesse cenário, concluiu não haver justa causa para o oferecimento de denúncia, promovendo o respectivo arquivamento (fls. 74).

Certidões criminais e folha de antecedentes em nome de A. (fls. 75/76 e 77).

O Digníssimo Magistrado determinou o retorno dos autos ao Ministério Público, para que se manifestasse sobre eventual descumprimento da medida protetiva concedida nos autos n. 1500XXX-XX.2020.8.26.0XXX, em trâmite no mesmo juízo, conforme cópia de fls. 65/68, aditando-se a denúncia, se fosse o caso (fls. 85).

O Ilustre Representante Ministerial, então, sustentou que, salvo melhor juízo, o denunciado

descumpriu medidas cautelares diversas da prisão, especificadas no art. 319, incisos II e III, do CPP, no âmbito da liberdade provisória a ele concedida no dia 27 de junho de 2020 (fls. 65), não havendo falar-se, portanto, na prática do crime do art. 24-A da Lei n. 11.340/06, o qual somente se verifica se o agente descumprir medida protetiva prevista no art. 22 da Lei n. 11.340/2006.

Boletim Criminal **Comentado** 105- Agosto -

2020 -

Argumentou que, em verdade, o descumprimento das mencionadas medidas cautelares tem o condão de acarretar a decretação da prisão preventiva do autor no feito n. 1500XXX-X1.2020.8.26.0XXX.

Diante disso, entendeu não ser o caso de aditamento da exordial, reiterando a denúncia oferecida a fls. 71/74 (fls. 91).

O MM. Juiz, contudo, considerou que o Juízo Plantonista explicitamente concedeu “novas medidas protetivas”, conforme cópia da decisão de fls. 65/66, destacando ainda que as medidas protetivas são espécies do gênero das cautelares, motivo pelo qual determinou a remessa do caso ao Procurador-Geral de Justiça, para os fins do art. 28 do Código de Processo Penal (fls. 92).

Eis a síntese do necessário.

Com razão o Douto Promotor de Justiça, com a máxima vênia do MM. Juiz.

Com efeito, o art. 24-A, da Lei n. 11.340/06, dispõe que configura o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei.

Como bem observou o Ilustre Promotor de Justiça natural, as medidas protetivas deferidas nos autos n. 1500XXX-XX.2020.8.26.0XXX foram deferidas com fulcro no Código de Processo Penal (art. 319, II e III), e não com base na Lei Maria da Penha.

Seu descumprimento poderá acarretar a prisão preventiva do acusado, conforme ressaltado na própria decisão de fls. 65, dos autos acima referidos.

Assim, correta a recusa do Douto Promotor de Justiça no sentido de não aditar a denúncia, pois medidas protetivas deferidas com base no Código de Processo Penal – importante frisar – estão fora do tipo penal da lei especial, que exige explicitamente no art. 24-A que o descumprimento seja de decisão judicial que tenha deferido medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei, ou seja, na Lei n. 11.340/06.

Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL E DESOBEDIÊNCIA A DECISÃO JUDICIAL – Absolvição quanto ao delito previsto no art. 359 do Código Penal – Descumprimento de medida protetiva de urgência – Necessidade – Sanções específica próprias, tal como a prisão preventiva, nos termos do art. 313, III, do Código de Processo Penal – Descabimento de punição em delito autônomo quando a própria lei elenca consequências em face do descumprimento da medida –

Boletim Criminal **Comentado** 105- Agosto -

2020 -

Fatos anteriores a Lei nº 13.641, de 2018 - Redução da pena-base – Inviabilidade – Circunstâncias que demonstram elevada reprovabilidade da conduta – Réu reincidente específico – Substituição da pena que se mostra impossível, ante a natureza do delito, bem como a condição subjetiva do acusado – Recurso defensivo parcialmente provido. (TJSP; Apelação Criminal 0004485-79.2017.8.26.0347; Relator (a): Edison Brandão; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Matão - Vara Criminal; Data do Julgamento: 5/6/2020; Data de Registro: 5/6/2020).

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – Ameaça proferida contra ex-companheira – Art. 147, caput, c.c. o art. 61, inciso II, alínea "f", ambos do Código Penal – Materialidade e autoria comprovadas – Conjunto probatório suficiente para alicerçar a sentença condenatória – Recurso ministerial requerendo a condenação do réu pelo crime de desobediência – Impossibilidade – Absolvição que deveras se impunha, quanto ao delito previsto no art. 330 Código Penal – Conduta atípica – Descumprimento de medida protetiva, imposta no âmbito de outro processo criminal para apuração de violência doméstica, que não implica desobediência, pois está sujeita a sanções específicas – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

(TJSP; Apelação Criminal 0000882-53.2016.8.26.0534; Relator (a): Fátima Gomes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santa Branca - Vara Única; Data do Julgamento: 28/04/2020; Data de Registro: 28/4/2020).

Ante o exposto, insiste-se na recusa ministerial de aditamento à denúncia, com a renovada vênua do MM. Juiz.

São Paulo, 11 de agosto de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 106, 8/2020
(semana nº 5)

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

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto - 2020 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Remição Ficta – Impossibilidade

Apesar de haver corrente no sentido de ser possível, na hipótese de o estabelecimento em que se encontra o preso não ter condições para o trabalho e/ou estudo, a remição ficta, pois trata-se de direito do preso e reprimenda ao Estado que não cumpre sua obrigação, **não é a posição que prevalece.**

Renato Marcão, sobre o tema, nos explica: “o pedido de remição da pena embasado no fato de se encontrar recolhido o sentenciado em estabelecimento penal inadequado, onde teve cerceado seu direito de trabalhar e assim remir parte de sua pena, posto inexistir no local condições para o exercício de atividade laboroterápica, não encontra amparo legal vez que inexistente previsão do trabalho como direito do condenado e obrigação do Estado em nenhum dispositivo legal seja no CP seja na Lei de Execução Penal (art. 126). Diversamente, neles o trabalho surge sempre como imposição da lei e obrigação do sentenciado, consequência da execução da pena privativa e liberdade” (*Lei de Execuções Penais Comentada*, pp. 222-3).

Seguindo o mesmo espírito, já temos decisões do Tribunal de Justiça de SP e do STJ negando a remição ficta em razão da ausência de labuta prisional no período de pandemia.

TJSP- Agravo em Execução Penal nº 0012593-84.2020.8.26.0576

Ementa:

1. Agravo em Execução Penal. Recurso defensivo.
2. Pleito para concessão de remição ficta durante o período de pandemia.
3. Interpretação analógica ao acidente de trabalho não comporta cabimento. Ausência de previsão legal.
4. Decisão mantida.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor

STJ- AgRg no HC 548.931/SC, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. em 18/2/2020, DJe 28/2/2020.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO FICTA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

1. "O benefício da remição da pena pelo trabalho ou pelo estudo, consoante se denota do art. 126 da LEP, pressupõe que os reeducandos demonstrem a efetiva dedicação a trabalho ou estudo, com finalidade, portanto, produtiva ou educativa, dada a sua finalidade ressocializadora" (AgRg no HC 434.636/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 6/6/2018).

2. Agravo regimental desprovido.

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

2- Tema: Proibições impostas pela lei aos optometristas. Exercício ilegal da medicina (art. 282 do CP). ADPF 131 STF.

No último dia 10 de julho de 2020 foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico o julgamento da ADPF 131 do Supremo Tribunal Federal. Nessa Ação o Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria – CBOO pedia ao Supremo que anulasse os artigos arts. 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e dos arts. 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34, que versam sobre a atividade de optometria. Referidas normas ditam que o único profissional da saúde que por lei possui autorização para realizar indicação da execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias é o MÉDICO.

Ao analisar a questão, o Plenário do STF julgou improcedente a ação para declaração a recepção dos artigos acima com a Constituição de 1988 para manter as proibições impostas pela lei aos optometristas. Desse modo, os optometristas e as casas de óticas estão proibidos de:

- a)** instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público (art. 38 do Decreto 20.931/32);
- b)** confecção e venda de lentes de grau sem prescrição médica, (art. 39 do Decreto 20.931/32);
- c)** escolha, permissão de escolha, indicação ou aconselhamento sobre o uso de lentes de grau (art. 13 do Decreto 24.492/34); e
- d)** fornecimento de lentes de grau sem apresentação da fórmula de ótica de médico sem diploma registrado (art. 14 do Decreto 24.492/34).

Além das expressas proibições de atuação aos optometristas dispostas nos arts. 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e dos arts. 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34, a Lei nº 12.842/2013 (Lei do Ato Médico) deixa expresso quais as atribuições exclusivas e privativas dos médicos.

Boletim Criminal Comentado 106- Agosto -

2020 -

A referida lei define o que é diagnóstico nosológico no §1º de seu artigo 4º, quando dita que é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios: I - agente etiológico reconhecido; II - grupo identificável de sinais ou sintomas e III - alterações anatômicas ou psicopatológicas.

A lei também responde quem é o profissional autorizado legalmente para a determinação do diagnóstico e do tratamento de doenças, em seu parágrafo único do artigo 2º, ao dispor que o médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para: I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde; II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças e III - a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências.

A realização de consultas, exames de fundo de olho, aplicação de colírio entre outros procedimentos do “exame de vista”, não podem ser considerados “não invasivos”. Daí conclui-se, que a capacitação técnica não pode estar limitada à execução do procedimento, requer um prognóstico favorável à execução do ato, com informações pormenorizadas sobre a reação das células oculares e suas funções em relação a esses procedimentos.

Dessa forma, o médico oftalmologista, devido ao conhecimento básico na área de anatomia e fisiopatologia, e da possibilidade de diagnóstico prévio de doença impeditiva do ato e/ou da terapêutica adequada se for o caso, como a prescrição de lentes de grau, caracterizando o procedimento como ato médico.

Os profissionais não-médicos da área de saúde estão impedidos de praticar atos médicos, em procedimentos diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, tidos como invasivos em maior ou menor grau, podendo sua atuação configurar exercício ilegal da medicina (art. 282 do CP).

É essencial recordar o que ditam os dispositivos legais questionados pelos próprios optometristas junto ao STF e que foram validados expressamente por essa Egrégia Corte, especialmente no artigo 38 que dita:

É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos Leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.

O Decreto n.º 24.492/34, também julgado recepcionado e válido pelo STF dita que:

Boletim Criminal Comentado 106- Agosto -

2020 -

Art. 13 - É expressamente proibido ao proprietário, sócio gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento, escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, sob pena de processo por exercício ilegal da medicina, além das outras penalidades previstas em lei.

Art. 14 - O estabelecimento de venda de lentes de grau só poderá fornecer lentes de grau mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.

Art. 15 - Ao estabelecimento de venda de lentes de grau só é permitido, independente da receita médica, substituir por lentes de grau idêntico aquelas que forem apresentadas danificadas, vender vidros protetores sem grau, executar concertos nas armações das lentes e substituir as armações quando necessário.

Art. 16 - O estabelecimento comercial de venda de lentes de grau não pode ter consultório médico, em qualquer de seus compartimentos ou dependências, não sendo permitido ao médico sua instalação em lugar de acesso obrigatório pelo estabelecimento.

§ 1º É vedado ao estabelecimento comercial manter consultório médico mesmo fora das suas dependências; indicar médico oculista que dê aos seus recomendados vantagens não concedidos aos demais clientes e a distribuir cartões ou vales que deem direito a consultas gratuitas, remuneradas ou com redução de preço.

§ 2º É proibido aos médicos oftalmologistas, seja por que processo for, indicar determinado estabelecimento de venda de lentes de grau para o aviamento de suas prescrições.

Art. 17 - É proibida a existência de câmara escura no estabelecimento de venda de lentes de grau, bem assim ter em pleno funcionamento aparelhos próprios para o exame dos olhos, cartazes e anúncios com oferecimento de exame da vista.

Embora a ocupação de optometrista conste da classificação brasileira de ocupação publicada a partir da Portaria nº 397/2002, Código 3223-05, parte desta portaria foi declarada inconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça, afastando a possibilidade de que o referido profissional realize consultas/exames e/ou prescreva a utilização de lentes e óculos. Veja-se:

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFESA COLETIVA DE CONSUMIDORES – OPTOMETRISTAS – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – VERIFICAÇÃO DA RECEPÇÃO MATERIAL DE NORMA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – INVIABILIDADE – VIGÊNCIA DO DECRETO 20.931/1932 EM RELAÇÃO AO OPTOMETRISTA – PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO 397/2002 – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

Boletim Criminal Comentado 106- Agosto -

2020 -

1. Não ocorre ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
2. É inviável, em recurso especial, a verificação quanto à recepção material de norma pela Constituição de 1988, pois reforce à competência deste Tribunal Superior, uma vez que possui nítido caráter constitucional. Precedentes do STJ.
3. Estão em vigor os dispositivos do Decreto 20.931/1932 que tratam do profissional de optometria, tendo em vista que o ato normativo superveniente que os revogou (Decreto 99.678/90) foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal.
4. A Portaria 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego é parcialmente inconstitucional, uma vez que extrapolou a previsão legal ao permitir que os profissionais optométricos realizem exames e consultas, bem como prescrevam a utilização de óculos e lentes.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido (STJ - REsp: 1169991 RO 2009/0239906-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, j. 4/5/2010, T2, Data de Publicação: DJe 13/5/2010).

A medição de acuidade visual e a adaptação de lentes de contato são atividades que englobam o “exame de vista”, não podendo dele se dissociar. No entanto, dela não pode decorrer que haja avaliação dessa medição da acuidade visual ou que haja a prescrição das lentes que se submeterão à adaptação.

A redução da acuidade visual é um sintoma percebido que pode estar relacionado a diversas doenças, de forma que, por ser definida como sintoma, constata-se ser ela um critério de diagnóstico nosológico, o qual depende de avaliação de profissional da medicina.

A prescrição de lentes é uma das terapias indicadas para algumas doenças que podem ser diagnosticadas a partir da avaliação médica, portanto, trata-se de ato privativo do profissional de medicina.

Ademais, “a saúde visual não pode ser tratada de modo segregado: os vícios de refração, como abundantemente demonstrado nesse feito, podem ser consequências de doenças ou não, é claro; mas separar se a queixa visual é vício de refração comum ou sintoma da doença é diagnóstico médico” (pronunciamento da Procuradoria Geral da República - PGR na ADPF n.º 131).

Finalmente, é essencial recordar que mesmo os optometristas graduados por Instituições de Ensino Superior não possuem autorização legal para realizar exame de acuidade visual e prescrever uso de lentes corretivas. Não se nega que os optometrista sejam reconhecidos pelo Estado. Essa formação

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

superior, todavia, são assegura ipso facto o desempenho das funções vedadas pelos decretos atacados. A existência de Curso Superior em Optometria tampouco repercute positiva ou negativamente, na regulamentação profissional, como ficou evidenciado no RE 511.961-SP, Relator Min. Gilmar Mendes.

Assim, conclui-se, o único profissional da saúde que por lei possui autorização para realizar indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias é o MÉDICO.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – não tem legitimidade para atuar como assistente de defesa de advogado réu em ação penal.

A previsão contida no art. 49, parágrafo único, do Estatuto da OAB, deve ser interpretada em congruência com as normas processuais penais que não contemplam a figura do assistente de defesa. Ademais, a legitimidade prevista na norma do Estatuto da OAB somente se verifica em situações que afetem interesses ou prerrogativas da categoria dos advogados, não autorizando a intervenção dos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB, como assistentes da defesa, pela mera condição de advogado do acusado (RMS 63.393/MG, j 23/6/2020).

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Segundo o disposto no art. 268 do CPP, na ação penal pública podem intervir como assistentes do Ministério Público o ofendido ou seu representante legal ou, à falta deles, as pessoas enumeradas no art. 31 (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão).

Duas teorias explicam a função do assistente de acusação no processo penal. Em uma visão mais clássica, o objetivo do assistente se restringe unicamente à obtenção de uma condenação criminal que propicie, mais adiante, sua execução no âmbito cível. Mas se vislumbra também no assistente a figura de um colaborador da justiça, a quem interessa não apenas uma condenação, mas uma condenação com pena justa e proporcional ao fato cometido.

O Código de Processo Penal não contempla a figura do assistente de defesa, mas a Lei 8.906/94 dispõe o seguinte em seu art. 49:

“Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Boletim Criminal Comentado 106- Agosto -

2020 -

Parágrafo único. As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB”.

Teria então a OAB legitimidade para intervir como assistente de defesa de advogado processado criminalmente? Segundo Guilherme de Souza Nucci:

“Trata-se de hipótese atualmente prevista no Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), no art. 49 *...+. O dispositivo deve ser adaptado ao contexto do processo penal, tornando possível que a OAB atue como assistente de acusação em caso envolvendo advogado como réu, cuja demanda desperte o interesse de toda a classe dos advogados. Entretanto, é preciso salientar que a Lei 8.906/94 autoriza, expressamente, a assistência, também, do advogado que seja réu ou querelado, pois se refere à intervenção em inquéritos e processos em que sejam indiciados (nítida hipótese criminal), acusados ou ofendidos (em igual prisma) os inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Dessa forma, nos moldes propostos pelo Código de Processo Civil, aplicado por analogia neste caso de lacuna do Processo Penal, a OAB pode atuar como assistente da defesa, quando possui interesse de que a sentença seja favorável ao réu-advogado, nos termos do art. 119 do CPC/2015: ‘pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Grupo GEN, 2020, p. 604).

O STJ tem decidido que o art. 49 da Lei 8.906/94 deve ser interpretado em consonância com o Código de Processo Penal, que não admite o assistente de defesa. O art. 49 não pode ser utilizado como uma modalidade de assistência genérica, apenas em razão de o réu ser inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados. A legitimidade derivada da lei especial existe apenas quando presentes interesses institucionais ou de preservação das prerrogativas profissionais da categoria:

“Como já havia adiantado, na decisão em que indeferi a liminar, o recurso não merece provimento, pois a interpretação da lei efetuada pelo acórdão recorrido se encontra em perfeita harmonia com o entendimento desta Corte sobre o tema, no sentido de que “A qualidade de advogado ostentada por qualquer das partes, por si só, não legitima a Ordem dos Advogados do Brasil à assistência” (AgRg no HC 55.631/DF, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, j. 12/12/2006, DJe 29/9/2008), devendo prevalecer, no pedido de ingresso em ação penal como assistente da defesa, o disposto no Código de Processo Penal.

*...+

De registrar-se que, seguindo raciocínio semelhante que conjuga a falta de previsão legal para tanto com a incompatibilidade do rito, esta Corte tem indeferido pedidos de ingresso da OAB em habeas corpus, seja como assistente, seja como amicus curiae, o que reforça o entendimento de que a legitimidade expressa no parágrafo único do art. 49 do Estatuto da OAB deve ser interpretada em congruência com outras leis processuais, não prevalecendo unicamente em razão de sua

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -
especialidade.

*...+

Ainda que assim não fosse, mesmo na seara civil e administrativa, esta Corte tem exigido a demonstração do interesse jurídico na intervenção de terceiros, que somente se identifica, no caso da OAB, quando a demanda trata das prerrogativas de advogados ou das “disposições ou fins” do Estatuto da Advocacia, conforme se depreende da leitura do caput do art. 49 da Lei 8.906/1994.

*...+

No entanto, no caso concreto, o interesse jurídico que legitimaria a intervenção da OAB se circunscreve ao fato de que o réu na Ação Penal n. 0033508-83.2018.8.13.0707 é advogado inscrito em seus quadros, como se vê do seguinte trecho da petição inicial:

Os autos tramitam perante a la Vara Criminal da Comarca de Varginha/MG sob o nº 0033508-83.2018.8.13.0707. A inicial acusatória aduz que o advogado teria cometido, em tese, do crime tipificado no artigo 171, caput, do Código Penal Brasileiro. Tendo em vista que o julgamento da Ação Penal interfere diretamente em atribuição exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil e diz respeito a direitos de advogado inscrito em seus quadros, esta Instituição requereu seu ingresso e cadastramento nos autos, o que foi indeferido pela autoridade coatora (...). (e-STJ fls. 1/2)

Seja dizer, a previsão contida no art. 49, parágrafo único, do Estatuto da OAB, deve ser interpretada em congruência com as normas processuais penais que não contemplam a figura do assistente de defesa. Ademais, a legitimidade prevista na norma do Estatuto da OAB somente se verifica em situações que afetem interesses ou prerrogativas da categoria dos advogados, não autorizando a intervenção dos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB, como assistentes da defesa, pela mera condição de advogado do acusado” (RMS 63.393/MG, j 23/06/2020).

2- Tema: Detração e prisão domiciliar:

STJ- Pesquisa Pronta

Na Sexta Turma, o ministro Nefi Cordeiro – relator do AgRg no AgRg nos EDcl no HC 442.538 – explicou que, "tendo sido constatada a prisão domiciliar da paciente, o período correspondente deve ser detraído do tempo total de pena fixada a ser aferido pelas instâncias ordinárias".

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

deve ser abatido, devendo o condenado cumprir os restantes sete anos.

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 ele 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.

Em suma: 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.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Terceira Seção admite aumento de pena para homicídio contra adolescente maior de 14 anos

NOTÍCIA DO STJ

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), adotando posição que já era seguida pela Quinta Turma, decidiu que, na hipótese de homicídio cometido contra pessoa entre 14 e 18 anos, a pena pode ser aumentada em razão da pouca idade da vítima.

Segundo o relator do processo, ministro Sebastião Reis Júnior, o caso foi levado à seção por causa de divergência entre as turmas de direito penal do STJ: para a Quinta Turma, a idade da vítima adolescente pode ser usada para fundamentar a avaliação negativa das consequências do crime ([artigo 59](#) do Código Penal) e, assim, aumentar a pena-base do homicídio; a Sexta Turma entendia que esse fundamento não era válido.

O relator afirmou que, em princípio, o homicídio contra adolescente ou criança é tão reprovável quanto aquele cometido contra um adulto, pois ambos vulneram o objeto tutelado pela norma jurídica – a vida.

"Não há como ignorar, no entanto, o fato de que o homicídio perpetrado conta a vítima jovem ceifa uma vida repleta de possibilidades e perspectivas, que não guardam identidade ou semelhança com aquelas verificadas na vida adulta", fundamentou o ministro ao defender a idoneidade do agravamento da pena-base com base na idade da vítima.

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

Tragédia crescente

Sebastião Reis Júnior disse que também é preciso levar em conta as consequências do homicídio de um adolescente em sua família, a qual sofrerá por um crime que subverte a ordem natural da vida.

Ele destacou o crescente número de homicídios desse tipo no Brasil e a necessidade de uma resposta à altura por parte do Estado. Dados da Unicef – citados pelo ministro em seu voto – revelam que 191 mil pessoas de dez a 19 anos foram assassinadas no Brasil entre 1996 e 2017.

Para o ministro, embora o legislador tenha previsto no **parágrafo 4º** do artigo 121 do Código Penal o aumento de pena para homicídio doloso praticado contra menor de 14 ou maior de 60 anos, nada impede que o magistrado, ao se deparar com um caso em que a vítima tinha entre 14 e 18 anos, aumente a pena na primeira fase da dosimetria, pois o crime praticado contra adolescente tem consequências mais graves.

"Entendo que deve prevalecer a orientação firmada na Quinta Turma desta corte, no sentido de que a tenra idade da vítima é elemento concreto e transborda aqueles inerentes ao crime de homicídio, sendo apto, pois, a justificar o agravamento da pena-base, mediante valoração negativa das consequências do crime" – concluiu o ministro, ressalvando apenas que esse entendimento não pode ser aplicado nas situações em que incidir a causa de aumento prevista no parágrafo 4º do artigo 121 do Código Penal, pois acarretaria duplicidade.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1851435](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A segunda parte do § 4º do art. 121 aumenta a pena do homicídio (simples, privilegiado ou qualificado) quando praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos ou maior de 60 (sessenta) anos.

O crime feminicídio prevê igual majorante (7º.).

É indispensável que a idade do ofendido ingresse na esfera de conhecimento do agente, sob pena de responsabilizá-lo objetivamente.

A presente majorante considera a idade da vítima quando da prática do crime, ou seja, no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado, ex vi o disposto no art. 4º do CP.

O que o STJ acaba de decidir diz respeito ao crime cometido contra menor de 18 anos e não menor de 14. Nesse caso, não incidindo a causa de aumento, admite-se o juiz considerar essa condição da etária da vítima na fixação da pena-base (art. 59 do CP), mais precisamente nas consequências do crime.

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

2- Tema: STF define que é possível considerar penas extintas como maus antecedentes

STF- RE 593818

EMENTA: MATÉRIA PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. MANIFESTAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL PARA APRECIACÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 150 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal" nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou deste julgamento o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Havia, até o advento da decisão ora comentada, indisfarçável controvérsia sobre a existência de limitação temporal para a condenação anterior ser considerada para efeitos de maus antecedentes (a exemplo do que já acontece com a agravante da reincidência).

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

“Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos ‘maus antecedentes’, adotando-se o parâmetro previsto para os ‘efeitos da reincidência’ fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia. Advogando a mesma tese, sustenta Salo de Carvalho, in verbis: ‘o recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência –, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal’” (Tratado de Direito penal, p. 755-6).

A 2ª Turma do STF chegou a decidir nesse mesmo entendimento:

“Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II – Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos”.1

Na 1ª Turma, todavia, discordava, admitindo o aumento:

“Condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo decurso do prazo de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

configuração de maus antecedentes”.²

O STJ, por sua vez, seguia a orientação de que o aumento é admissível:

“É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, à luz do artigo 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou

¹. HC 142.371/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30/5/2017.

². ARE 925.136 AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 2/9/2016.

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto - 2020 -

extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do artigo 59 do Código Penal”.³

Em virtude da relevância do tema e da controvérsia que o cercava, o STF reconheceu repercussão geral no bojo do RE 593.818 RG/SC. Nele o MP SP foi admitido como “amicus curiae”, tendo o então procurador-geral de Justiça, Gianpaolo Smanio, sustentado oralmente a tese do não cabimento do prazo depurador da reincidência para o reconhecimento da circunstância judicial dos maus antecedentes, tese consagrada vencedora.

³. AgRg no AREsp 1.075.711/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/5/2017.

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1- Tema: Subsunção dos fatos ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher, com reflexo na atribuição funcional – revisão de entendimento – atribuição do SANCTVS

Conflito Negativo de Atribuição

Protocolo 24944/20

Autos n.º 0007126-34.2012.8.26.0050 – MM. Juízo do Foro Central Criminal da Barra Funda – SANCTVS, Setor de Atendimento de Crimes contra Infante, Idoso, Deficiente e Vítimas de Tráfico Internacional de Pessoas

Suscitante: Promotor de Justiça Criminal da Capital

Suscitado: xxx Promotor de Justiça Criminal da Capital

Assunto: subsunção dos fatos ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher, com reflexo na atribuição funcional – revisão de entendimento – atribuição do SANCTVS

EMENTA: Estupro de vulnerável (CP, art. 217-A). Inquérito policial que apura a conduta de acusado de 20 anos de idade, que manteve relações sexuais com a vítima, então criança de 11 anos de idade, com a qual consta que mantinha namoro na época dos fatos.

Concluída a investigação criminal, o Douto Promotor de Justiça Criminal requereu a remessa ao SANCTVS, competente para conhecer e julgar o delito de estupro de vulnerável, nos termos do Provimento CSM nº 2236/15. Houve discordância da Ilustre Promotora de Justiça recipiente que afirmou que, em face da relação afetiva que houve entre acusado e vítima, o caso deveria ser encaminhado à Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A Magistrada, em face do dissenso, remeteu a questão à análise desta Procuradoria-Geral de Justiça, para resolução do conflito de atribuição instaurado.

SOLUÇÃO: O caso é de atribuição do SANCTVS, com alteração de entendimento desta Procuradoria-Geral de Justiça, a partir deste caso concreto, restrita esta decisão à Comarca da Capital.

Esta Procuradoria-Geral de Justiça vinha sistematicamente entendendo que os casos de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) contra vítima menina,

menor de 14 anos, eram sempre de atribuição dos Promotores de Justiça de

Enfrentamento à Violência Doméstica, em razão da prevalência da violência de gênero presente em tais situações, com arrimo nas Súmulas 114 e 156 do TJSP, assim como nas decisões proferidas pela Câmara Especial do TJSP.

É necessário, porém, rever esse entendimento, haja vista a criação do SANCTVS, na Capital, que tem competência para conhecer e julgar o crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), visando conferir atendimento mais adequado e maior proteção às vítimas de tais crimes, buscando evitar o fenômeno da revitimização.

Apesar de as Varas de Violência contra a Mulher serem estruturadas para a aplicação da Lei Maria da Penha, a abordagem de um crime sexual envolvendo criança e adolescente é totalmente diversa da dos demais crimes que são objeto da lida diária naquela vara especializada. A temida revitimização ocorre de forma ainda mais sutil e pode trazer danos para a vida toda daquela pessoa ainda em desenvolvimento.

A Constituição Federal, moldada a partir da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), prevê expressamente a prioridade absoluta de crianças e adolescentes:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para tornar efetiva a proteção integral, a Lei de Depoimento Especial (Lei nº 13.431/17) prevê que devem ser criadas varas especializadas em crimes contra criança ou adolescente, e, até sua criação, os processos tramitam nas Varas de Violência Doméstica:

Art. 23. Os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

Parágrafo único. Até a implementação do disposto no caput deste artigo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência ficarão, preferencialmente, a cargo dos juzados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins (grifo nosso).

Porém, com a instituição do SANCTVS, por expressa previsão legal, a competência para conhecer e julgar o crime do art. 217-A, do CP, passou a ser desse órgão.

Esse debate jurídico sobre a competência das varas especializadas que ora ocorre no Estado de São Paulo não é novo.

Em outros Estados houve o mesmo debate quanto à competência dos juízos: deveria prevalecer a competência da Vara de Crimes contra Criança ou da Vara de Violência Doméstica?

Nos Estados em que foram criadas varas específicas para crimes contra crianças e adolescentes, a competência destes juízos tem prevalecido sobre a competência baseada no gênero.

Exemplificativamente, em Minas Gerais, consta expressamente da Resolução 888/2019 que a Vara Especializada em crimes contra a Criança e Adolescente de Belo Horizonte “terá competência para processar e julgar as medidas protetivas e os seguintes crimes praticados contra criança e o adolescente vítimas de violência, independentemente de gênero” . Dentre os crimes há previsão expressa à violação à dignidade sexual (art. 2º, I).

Em âmbito nacional, a COPEVID (Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) discutiu o tema com representantes do Ministério Público de todos os Estados e, ao final, aprovou o seguinte Enunciado, homologado pelo CNPG. Assim, pode-se dizer que se trata de posicionamento OFICIAL e NACIONAL do Ministério Público:

Crimes contra crianças ou adolescentes: competência

Enunciado nº 22 (004/2015):

O Ministério Público deve zelar para que, existindo Vara Especializada em

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

Crimes contra Crianças e Adolescentes, quando a vítima for do sexo feminino em contexto de violência doméstica e familiar, a competência para conhecimento e julgamento seja das Varas Especializadas e não dos Juízos de Violência Doméstica, por se tratar de crime contra a vulnerabilidade da infância e juventude, reafirmando a competência do Juízo da Infância e Juventude quanto às medidas de proteção previstas no ECA. (Aprovado na Plenária da I Reunião Ordinária do GNDH de 04 a 06/03/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 23/3/2015).

Nesse contexto, as investigações criminais e as ações penais por crimes de estupro de vulnerável, pelo fator etário (vítima menor de 14 anos) (CP, art. 217-A), na Capital, são de atribuição dos Promotores de Justiça que atuam junto ao SANCTVS, nos termos da Lei 13.431/17, do Provimento CSM 2236/2015 e da Resolução 780/2017 do TJSP.

Ante o exposto, conhece-se do presente incidente para declarar que a atribuição para funcionar nos autos deste inquérito policial é de um dos membros do Ministério Público em exercício junto ao SANCTVS, o qual funcionará como longa manus do Procurador-Geral de Justiça, incumbindo-lhe apreciar os autos e formar livremente sua opinião delitiva.

Esta decisão, frise-se, limita-se à Comarca da Capital.

Cuida-se de investigação penal instaurada visando à apuração da conduta perpetrada por H.R. S. N., tendo em vista fato ocorrido no dia 6 de novembro de 2011, na Rua Mauro xxx, xxxxx, nesta Capital, quando o investigado, de 20 anos de idade, passou a noite com a “namorada”, a criança E. O.H., de 11 anos de idade, e com ela manteve relações sexuais (CP, art. 217-A).

Laudo de exame de conjunção carnal da vítima a fls. 11 e 12 não encontrou vestígios de conjunção carnal recente, mas afirmou que a vítima havia sido deflorada de data não recente e apresentava lesões em genitais sugestivas de condiloma acuminado, doença de contágio venéreo predominante, mas não exclusivo.

A ofendida disse que há havia namorado outra pessoa e mantiveram relações sexuais. Há dois meses conheceu H. passaram a manter relações sexuais também. Ele sabia de sua idade (fls. 13).

Relatada a investigação criminal (cf. fls. 135/139), o Douto xxxº Promotor de Justiça Criminal requereu a remessa ao SANCTVS, nos termos do Provimento CSM 2.236/2015 (fls. 141).

Boletim Criminal Comentado 106- Agosto - 2020 -

Foi determinada a remessa (fls. 142).

A Douta Promotora de Justiça recipiente, porém, observou que eventual estupro se deu durante relacionamento amoroso envolvendo o acusado e a vítima, com 11 anos de idade à época dos fatos, o que aponta para a atribuição do GEVID com abrangência no local do ocorrido (cf. fls. 143- verso).

A MMª Juíza do SANCTVS encaminhou os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, para resolução do conflito de atribuição instalado nos autos (fls. 144).

É a síntese do necessário.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se configurado o incidente supramencionado 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, que 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 officiar nos autos.

Pois bem.

Com a máxima vênia da Ilustre Suscitante, a razão se encontra com o Douto Suscitado; vejamos.

No caso presente, há duas vulnerabilidades que se somam: gênero - por se tratar de vítima mulher que manteve relação afetiva com o autor do fato, apesar de sua pouca idade (11 anos) - e a idade da criança, enquanto pessoa vulnerável e em desenvolvimento.

A Lei Maria da Penha tem aplicação para meninas e mulheres de qualquer idade, nos exatos termos do art. 2º e deve ser interpretada segundo a situação peculiar das mulheres em situação de violência (art. 4º).

Trata-se de uma lei que coexiste e se soma a outras leis protetivas, como o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90). Havendo conflito, o critério para resolução está previsto na própria Lei Maria da Penha:

Boletim Criminal Comentado 106- Agosto -

2020 -

Prevê o artigo 13:

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei

Essa previsão final – “que não conflitem com o estabelecido nesta lei”- deve ser lida em conjunto com o disposto nos artigos 2º a 4º da lei, que moldam um sistema de proteção integral para mulheres e meninas, tendo por base a preservação de sua saúde física e mental, o acesso à Justiça, o direito ao respeito e o dever do Estado de assegurar-lhes proteção diante de quaisquer formas de violência e a interpretação da lei, segundo a condição peculiar de vulnerabilidade da mulher, em situação de violência:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Em síntese, seja por interpretação sistemática dos artigos 1º e 4º com o artigo 13, seja pela interpretação gramatical do artigo 4º, pode-se afirmar que deve ser adotada a interpretação que mais proteja meninas em situação de violência.

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

Esse entendimento aplica-se também à presente questão: deve prevalecer a competência que assegure a proteção integral de crianças e adolescentes vulneráveis, assegurando-se o acesso à Justiça e protegendo-as da revitimização.

Apesar de as Varas de Violência contra a Mulher serem estruturadas para a aplicação da Lei Maria da Penha, a abordagem de um crime sexual envolvendo criança e adolescente é totalmente diversa da dos demais crimes que são objeto da lida diária naquela vara especializada. A temida revitimização ocorre de forma ainda mais sutil e pode trazer danos para a vida toda daquela pessoa ainda em desenvolvimento.

A Constituição Federal, moldada a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), prevê expressamente a prioridade absoluta de crianças e adolescentes.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para tornar efetiva a proteção integral, a Lei de Depoimento Especial prevê que devem ser criadas varas especializadas em crimes contra criança ou adolescente e, até sua criação, os processos tramitarão nas Varas de Violência Doméstica.

Art. 23. Os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

Parágrafo único. Até a implementação do disposto no caput deste artigo, 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 (grifo nosso).

Porém, com a instituição do SANCTVS, por expressa previsão legal, a competência passou a ser desse órgão.

Esse debate jurídico sobre a competência das varas especializadas que ora ocorre no Estado de São Paulo não é novo.

Em outros Estados houve o mesmo debate quanto à competência dos juízos: deveria prevalecer a Vara de Crimes contra Criança ou Vara de Violência Doméstica?

Nos Estados em que foram criadas varas específicas para crimes contra crianças e adolescentes, a competência destes juízos tem prevalecido sobre a competência baseada no gênero.

Boletim Criminal Comentado 106- Agosto -

2020 -

Exemplificativamente, em Minas Gerais, consta expressamente da Resolução 888/2019 que a Vara Especializada em crimes contra a Criança e Adolescente de Belo Horizonte “terá competência para processar e julgar as medidas protetivas e os seguintes crimes praticados contra criança e o adolescente vítimas de violência, independentemente de gênero” . Dentre os crimes há previsão expressa à violação à dignidade sexual (art. 2º, I).

Em âmbito nacional, a COPEVID (Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) discutiu o tema com representantes do Ministério Público de todos os Estados e, ao final, aprovou o seguinte Enunciado, homologado pelo CNPG (Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça).

Assim, pode-se dizer que se trata de posicionamento OFICIAL e NACIONAL do Ministério Público sobre a matéria:

Crimes contra crianças ou adolescentes: competência

Enunciado nº 22 (004/2015):

O Ministério Público deve zelar para que, existindo Vara Especializada em Crimes contra Crianças e Adolescentes, quando a vítima for do sexo feminino em contexto de violência doméstica e familiar, a competência para conhecimento e julgamento seja das Varas Especializadas e não dos Juízos de Violência Doméstica, por se tratar de crime contra a vulnerabilidade da infância e juventude, reafirmando a competência do Juízo da Infância e Juventude quanto às medidas de proteção previstas no ECA. (Aprovado na Plenária da I Reunião Ordinária do GNDH de 04 a 06/03/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 23/3/2015).

Nos crimes sexuais contra vítimas vulneráveis, a competência justifica-se, ainda, pela necessidade de haver um juízo especializado diante da dificuldade de produzir a prova em casos de estupro de vulneráveis contra crianças e adolescentes, considerando ainda os elevados índices de retratação das vítimas e o fato de que a maioria dos agressores é uma pessoa conhecida.

Não se trata apenas de garantir o resultado do processo, mas também de assegurar atendimento adequado e a proteção dessas crianças e adolescentes (já que a maioria dos agressores é do seu convívio familiar) e garantir o início de um processo de recuperação.

Em sua obra, Ana Maira Brayer Iencarelli acentua como as crianças, ao se sentirem desprotegidas, adaptam-se à violência e retornam ao silêncio. O processo para a criança, por si só, traz graves consequências:

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

“É notório o peso que recai na costas da criança ou adolescente que revela o segredo do abuso sexual. Ela tem que contar sobre o abuso, detalhar, repetir várias vezes a dolorosa histórica, e instala-se uma espécie de clima investigativo, perguntas são feitas em tom de dúvida”(Abuso sexual: uma tatuagem na alma de meninos e meninas, 2ª. Ed. São Paulo: Zagodoni, 2019, p.99).

O laudo de exame de corpo de delito em regra é negativo. Isto porque, em geral, os agressores sexuais preferem a prática de atos diversos da conjunção carnal e os vestígios físicos desaparecem rapidamente, o que reforça a necessidade de um juízo especializado.

No Manual Técnico Operacional para MÉDICOS-LEGISTAS do Estado de São Paulo – CREMESP, 2008 consta que a pesquisa de espermatozoides deve ser feita poucas horas após o fato:

Exames laboratoriais

b) Pesquisa de espermatozoides

Proceder a coleta no canal vaginal até 72 horas após o fato, e na pele, boca ou ânus até 24 horas.

A Nota Técnica do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) – Estupro no Brasil: uma radiografia, segundo os dados da saúde, de 2014, revela que, quando o agressor é conhecido, 79% dos estupros acontecem em casa contra crianças e 67% contra adolescentes. A penetração ocorre em 10% dos casos para crianças e 15% dos casos para adolescentes, o que dificulta ainda mais a produção da prova.

Crianças e adolescentes menores de 14 anos são vulneráveis (art. 217-A CP) e, assim, devem ser atendidas na vara especializada (SANCTVS) independentemente do seu grau de desenvolvimento.

Com a alteração introduzida pela Lei 13.718/2018, a vulnerabilidade não pode ser afastada, ainda que a vítima tenha consentido, tenha aparência de mulher e tenha mantido relações sexuais antes do crime:

Art. 217-A,

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Na mesma linha, a Súmula 593 STJ:

Boletim Criminal Comentado 106- Agosto -

2020 -

“O crime de estupro de vulnerável configura-se 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, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”

Trata-se o presente caso de suposto crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, CP) cometido pelo investigado contra vítima do sexo feminino, com onze anos de idade na época dos fatos.

O investigado tinha 20 anos e a vítima 11 anos de idade. O crime ocorreu pela faixa etária da ofendida, vulnerável, por ser menor de 14 anos de idade. Consta ainda que eram namorados na época dos fatos.

Pela prevalência dada à violência de gênero, esta Procuradoria-Geral de Justiça, conforme já dito, sistematicamente adotava o entendimento de que a atribuição para funcionar em inquéritos policiais e ações penais por estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) era dos membros do Ministério Público que atuam perante as Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Porém, pelos fundamentos ora expostos, esta Procuradoria-Geral de Justiça identifica a necessidade de rever esse entendimento, uma vez que, nesta Capital, o SANCTVS, Setor de Atendimento a Crianças, Adolescentes e Idosos vítimas de crimes, tem, entre suas competências, conhecer e julgar o crime de estupro de vulneráveis (CP, art. 217-A), conforme Provimento CSM 2236/2015 e Resolução 780/2017 (TJSP)⁴.

Tomando-se como base o critério etário eleito pelo próprio Código Penal⁵, para efeito de vulnerabilidade, assim como os demais fundamentos acima expostos, conclui-se que são atribuição

⁴ Art. 2º. Compete ao SANCTVS conhecer e julgar os processos referentes aos delitos previstos:

a) nos artigos 228 a 244-B da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

b) nos artigos 96 a 109 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso);

c) no artigo 8º da Lei nº 7.853/89;

d) nos artigos 14 a 17 da Lei nº 9.434/1997 (Lei de Transplantes), ressalvada a competência do Tribunal do Júri;

e) nos artigos 133, 134, 135, 136, 207, 217-A, 218-B, 230, §1º, 231-A, 242, 243, 244, 245, 247, 248 e 249 todos do Código Penal;

f) no artigo 129 do Código Penal cuja vítima seja do gênero masculino criança, adolescente, ou idosa praticado nas circunstâncias previstas no art. 61, inc. II, alínea “f”, do mesmo diploma legal;

g) no artigo 129, §§ 9º e 11 do Código Penal cuja vítima seja do gênero masculino criança, adolescente ou idoso, inclusive na forma qualificada;

h) nos artigos 203 e 206 ambos do Código Penal quando não tenha por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente.

⁵ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com **menor de 14 (catorze) anos:** **(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)**

Boletim Criminal **Comentado** 106- Agosto -

2020 -

dos membros do Ministério Público que exerçam suas atribuições junto ao SANCTVS as investigações criminais e as ações penais que tratem de estupro de vulneráveis (CP, art. 217-A), pelo fator etário (vítimas menores de 14 anos de idade).

E é necessário que esta Procuradoria-Geral de Justiça estimule o Egrégio Tribunal de Justiça a modificar seu entendimento acerca da matéria, de modo a justificar a criação e a existência do SANCTVS, nesta Capital, buscando dar às vítimas desses crimes atendimento e proteção mais adequados, em consonância com a Constituição Federal, a Lei nº 11.340/06, a Lei 13.431/17, e com o Enunciado 22 da COPEVID, aprovado pelo CNPG (Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça).

Diante do exposto, conhece-se deste incidente, dirimindo-o para declarar competir a um dos Promotores de Justiça integrantes do SANCTVS a atribuição para intervir nos autos.

O Douto (a) Promotor (a) de Justiça a quem forem distribuídos os autos atuará como *longa manus* do Procurador-Geral de Justiça, incumbindo-lhe formar livremente sua opinião delitiva acerca dos fatos objeto dos autos.

Esta decisão, frise-se, limita-se à Comarca da Capital, onde existe o SANCTVS.

Publique-se a Ementa.

São Paulo, 18 de agosto de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 107, 9/2020
(semana nº 1)

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

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Leitura dos antecedentes do acusado em plenário não é causa de constrangimento ilegal

Diz o art. 478 do CPP:

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

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

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

Há quem sustente que a proibição se estenda a outros temas que não apenas aqueles relacionados no dispositivo.

É a lição de Gustavo Henrique Badaró, ao destacar que “se a leitura do decreto de prisão preventiva ou da folha de antecedentes for feita com o objetivo de extrair uma ‘presunção de culpa’, haverá indevida influência no julgamento dos jurados e eventual veredicto condenatório será nulo. O art. 478 não constitui uma hipótese de *numerus clausus*. Não será apenas, única e exclusivamente, com essa finalidade que os jurados serão influenciados. Qualquer outra linha argumentativa, com finalidade persuasiva, mas que possa induzir o jurado a erro, implicará nulidade de julgamento. A diferença é que, nas hipóteses dos incisos I e II do novo art. 478, demonstrada a situação de base – o acusado foi pronunciado, ou o acusado está algemado, ou, ainda, o acusado permaneceu em silêncio, o que indica que seja culpado –, haverá nulidade, posto que o legislador, previamente, considera que neste caso haverá evidente prejuízo. No entanto, em qualquer outra hipótese, desde que se demonstre concretamente que linhas argumentativas seguidas pelas partes efetivamente influenciaram, de forma indevida e falaciosa, o convencimento dos jurados, a nulidade também será de se reconhecer. Aliás, mesmo antes do novo dispositivo, era isso o que a jurisprudência fazia no tocante a indevido argumento de presunção de culpa a partir da ‘periculosidade’ do acusado que estivesse algemado” (Processo Penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 510).

Ousamos discordar. Primeiro, porque tendo o legislador relacionado todos os temas que não podem ser suscitados em plenário, significa dizer que, somente em relação a eles há o impedimento. Quisesse estender a limitação a outras hipóteses (leitura do decreto de prisão preventiva ou da folha de antecedentes, por exemplo), e o teria feito expressamente. Ou, então, deixado uma cláusula em aberto, para a análise no caso concreto e não especificado os casos de pronúncia, decisões posteriores, algemas e silêncio do réu. Segundo, em virtude de que uma norma

Boletim Criminal **Comentado** 107- Setembro

-2020 -

que restringe deve ser interpretada de forma restritiva. E, terceiro, em função da enorme dificuldade prática em se disciplinar os trabalhos, já que o juiz ficaria constantemente preocupado em reprimir o discurso das partes, amordaçando sua argumentação em franca violação aos princípios da ampla defesa e da ampla acusação e em detrimento do debate, que representa a verdadeira alma do Júri.

Nesse sentido, aliás, vem se posicionando a jurisprudência. O promotor de Justiça de SP, **Dr. Rogerio Leão Zagallo**, encaminhou ao CAO recente decisão do STJ confirmando nossa tese.

STJ- AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1815618 - RS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. JUNTADA DOS ANTECEDENTES DO RÉU. POSSIBILIDADE. ART. 478, I, DO CPP. ROL TAXATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A teor do art. 478, I, do Código de Processo Penal, é vedada a referência de certas peças que integram os autos da ação penal em plenário do Tribunal do Júri, a impingir aos jurados o argumento da autoridade. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o rol previsto nesse dispositivo legal é taxativo.

2. A folha de antecedentes do acusado é peça que compõe a instrução processual de qualquer feito criminal e não há nenhum constrangimento em juntar tal documento aos autos. Ademais, o próprio Código de Processo Penal impõe que seja perguntado ao acusado, em plenário, sobre seus antecedentes criminais, nos termos da previsão do art. 474 do diploma processual penal, ao dispor sobre a aplicabilidade das disposições do art. 187 da lei adjetiva ao interrogatório no júri.

3. Agravo regimental não provido.

Inteiro **teor**

Boletim Criminal **Comentado** 107- Setembro

-2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Prova obtida com abertura de correspondência sem autorização judicial é ilegal

NOTÍCIA DO STF

Para a maioria do Plenário, a obtenção de prova nessas circunstâncias, fora das hipóteses legais, é incompatível com a garantia do sigilo da correspondência e das comunicações.

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo. A deliberação se deu na sessão virtual encerrada em 17/8, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1116949, com repercussão geral reconhecida (**Tema 1041**).

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No caso concreto, um policial militar, lotado na Coordenadoria de Defesa Civil do Paraná, durante o expediente, deixou no protocolo geral na sede do governo estadual uma caixa para remessa pelo serviço de envio de correspondência da administração pública. Os servidores responsáveis pela triagem, desconfiados do peso e do conteúdo da embalagem, abriram o pacote e constataram a existência de 36 frascos com líquido transparente. Ficou constatado que os frascos continham ácido gama-hidroxitúterico e cetamina, substâncias entorpecentes sujeitas a controle especial.

O juízo do Conselho Permanente da Justiça Militar de Curitiba condenou o policial a três anos de reclusão, substituídos por penas restritivas de direitos, em razão da prática do delito de tráfico de drogas cometido por militar em serviço. O Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR) considerou a prova lícita e manteve a condenação.

A maioria do Plenário seguiu o voto divergente do ministro Edson Fachin, para quem a abertura da correspondência não observou as cautelas legais nem foi precedida de autorização judicial, a indicar que a prova que fundamentou a condenação foi incompatível com a garantia do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal).

Segundo o ministro, o atual regulamento dos Correios (Lei 6.538/1978) prevê que não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta, entre outras hipóteses, que apresente indícios de conter substância proibida, mas prevê que a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário, o que não ocorreu no caso.

O ministro ressaltou que, após a Constituição Federal de 1988, o sigilo de correspondência deve também ser lido à luz dos direitos previstos nos tratados de direitos humanos e,

Boletim Criminal **Comentado** 107- Setembro

-2020 -

consequentemente, na interpretação dada a eles pelos órgãos internacionais de aplicação. Ele citou que o Pacto de São José da Costa Rica prevê que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” e que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece garantia idêntica.

Para Fachin, a interpretação que se tem feito desse dispositivo aponta para a necessidade de previsão legal de eventual restrição à inviolabilidade. “Além disso, exige-se que a restrição atenda a um fim legítimo e que seja necessária em uma sociedade democrática. Noutras palavras, exige-se que a restrição obedeça a um rígido teste de proporcionalidade”, concluiu.

Ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Roberto Barroso, que negavam provimento ao recurso. Os ministros Marco Aurélio, relator, e Ricardo Lewandowski propunham tese diversa.

A tese de **repercussão geral** fixada foi a seguinte: **"Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo"**.

Destaque-se, por último, que o Código Penal, em seus arts. 151 e 152, trata dos chamados crimes contra a inviolabilidade de correspondência. Além disso, a Lei nº 6.538/78, que dispõe sobre serviços postais, prevê como crime a conduta de quem “devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem” (art. 40).

DIREITO PENAL:

1-Tema: Novas Teses do STJ sobre os crimes contra a dignidade sexual

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

1) Aquele que adere à determinação do comparsa e contribui para a consumação crime de estupro, ainda que não tenha praticado a conduta descrita no tipo penal, incide nas penas a ele cominadas, nos exatos termos do art. 29 do Código Penal.

É partícipe quem realiza atos que de alguma forma concorrem para o crime, sem ingressar na ação nuclear típica. A participação pode ocorrer por via moral ou material.

A participação moral se dá por instigação ou por induzimento. A instigação ocorre quando o partícipe reforça ideia já existente na mente do autor, estimulando-o à prática delituosa, sem nela tomar parte (pode se dar na cogitação, nos atos preparatórios e até durante a execução). O induzimento consiste em faz nascer no agente o propósito, até então inexistente, de cometer o crime (ocorre na cogitação).

A participação material, por sua vez, ocorre por meio do auxílio ao autor do crime (figura do cúmplice). O partícipe facilita a execução do delito, prestando adequada assistência ao autor principal, sem, contudo, tomar parte na execução da ação nuclear típica. Pode ser prestado durante os atos preparatórios ou executórios. Caso ocorra após a consumação, somente se considera o concurso de pessoas se tiver havido a combinação anterior.

Nada impede a participação no crime de estupro em situações nas quais o agente, mesmo sem praticar nenhum ato de libidinagem contra a vítima, de alguma forma adere à conduta do autor e facilita a prática do crime.

Esta tese tem como precedentes dois julgados. Em um deles, dois indivíduos haviam praticado juntos crimes de roubo e extorsão contra um casal. A certa altura, enquanto um dos assaltantes obrigou uma das vítimas a praticar nele ato libidinoso, o outro se colocou junto da segunda vítima para impedir qualquer reação. O Tribunal de Justiça de Goiás havia reformado sentença de primeira instância que condenara o segundo indivíduo como partícipe do estupro, pois ele “não estava legalmente obrigado a evitar o cometimento do fato. Não estava legalmente obrigado a confrontar o outro para defender a mulher, com risco da própria vida”. O STJ, acertadamente, reformou a decisão para restabelecer a condenação de primeira instância:

“Com efeito, no caso em tela, verifica-se que o recorrido G A dos S, apesar de não ter presenciado o ato, contribuiu e facilitou a conduta delituosa do comparsa, não havendo dúvidas quanto à sua participação no delito de estupro.

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

O Código Penal, ao tratar do concurso de agentes, adota, como regra, a teoria monista, segundo a qual, presentes a pluralidade de agentes e a convergência de vontades voltada à prática da mesma infração penal, todos aqueles que contribuem para o delito incidem nas penas a ele cominadas, na medida da sua culpabilidade.

Nos termos do art. 29 do Código Penal, a participação ocorre quando o agente, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para sua realização.

Esta Corte Superior de Justiça, ao interpretar o referido artigo, entende que é parte passiva legítima na ação quem, de qualquer modo, concorre para o crime, ainda que não tenha praticado a conduta prevista no núcleo do tipo penal.

*...+

No caso, o ora recorrido, G A dos S, no momento em que aderiu à determinação do comparsa, saindo do veículo com a vítima F S de C para vigiá-lo e impedir qualquer reação por parte deste, facilitou e assegurou a consumação do delito, concorrendo para a conduta típica, nos exatos termos do art. 29 do Código Penal.

Logo, é forçoso reconhecer a procedência da sentença, ao concluir que o ora recorrido participou do crime de estupro contra a vítima, pois permitiu, de fato, que com esta fosse praticado atos libidinosos” (REsp 1.799.010/GO, j. 23/04/2019).

No outro caso, dois indivíduos abordaram uma jovem na rua e, sob ameaça de uma faca, levaram-na à casa de um terceiro, que lhes franqueou a entrada e assistiu ao estupro. O agente foi condenado em primeira instância, mas o Tribunal de Justiça de Goiás desclassificou a conduta para omissão de socorro, tese não acolhida pelo STJ:

“No caso, o acusado, ao franquear a entrada e permanência dos agentes em sua residência para a prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, aos quais permaneceu assistindo da porta do quarto, facilitou e assegurou a consumação dos delitos, concorrendo para a conduta típica, aplicando-lhe a norma de extensão do art. 29 do CP.

Não há falar, portanto, em crime de omissão de socorro, mas em auxílio material relevante para a prática do delito, configurando-se a participação por cumplicidade.

Assim, deve ser reformado o acórdão que desclassificou a conduta para o crime de omissão de socorro, a fim de que o Tribunal de origem examine as demais teses arguidas pela defesa no recurso de apelação” (REsp 1.175.623/GO, j. 01/12/2015).

Boletim Criminal **Comentado** 107- Setembro

-2020 -

2) Nas hipóteses em que há imprecisão acerca do número exato de eventos abusivos à dignidade sexual da vítima, praticados em um longo período de tempo, é adequado o aumento de pena pela continuidade delitiva (art. 71 do CP) em patamar superior ao mínimo legal.

Há continuidade delitiva quando alguém, mediante pluralidade de condutas, realiza uma série de crimes da mesma espécie que guardam entre si um elo de continuidade, em especial as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução (art. 71 do CP). O instituto é baseado em razões de política criminal. O juiz, em vez de aplicar as penas correspondentes aos vários delitos praticados em continuidade, considera, por ficção jurídica, somente para aplicação da pena, a prática de um só crime pelo agente, que deve ter a sua reprimenda majorada (o juiz escolhe qualquer das penas, se idênticas, ou a maior delas, se distintas, e a aumenta de 1/6 a 2/3).

Em muitos casos, crimes sexuais são cometidos reiteradamente, às vezes por anos, sem que seja possível apurar com precisão quantas condutas foram cometidas. Nessas situações, o STJ admite o aumento pela continuidade em fração superior a 1/6:

“5. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido que, nas hipóteses em que há imprecisão acerca do número exato de eventos delituosos, esta Corte tem considerado adequada a fixação da fração de aumento, referente à continuidade delitiva, em patamar superior ao mínimo legal, com base na longa duração dos sucessivos eventos delituosos (STJ, AgRg no AREsp n. 455.218/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 05/02/2015)” (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1.629.001/SP, j. 19/05/2020).

3) Nos crimes de estupro ou de atentado violento ao pudor praticados com violência presumida, não incide a regra da continuidade delitiva específica (art. 71, parágrafo único, do CP), que condiciona a sua incidência às situações de emprego de violência real.

Antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, o art. 224 do Código Penal tratava da presunção de violência, aplicável se a vítima não fosse maior de quatorze anos, fosse alienada ou débil mental ou não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Neste caso, crimes como estupro e atentado violento ao pudor se caracterizavam mesmo que a conduta não envolvesse violência real.

Ocorre que, no âmbito da continuidade delitiva, há o que se denomina “crime continuado específico”, assim disciplinado no art. 71, parágrafo único, do Código Penal: “Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código” (grifamos).

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

A principal característica da continuidade delitiva específica é exigir (ao lado dos requisitos do crime continuado genérico) que os crimes sejam dolosos, com vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça. O STJ firmou a tese de que a violência presumida de que tratava o art. 224 não atrai a regra da continuidade específica. Neste caso, aplicam-se as disposições do caput do art. 71:

“- O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, o art. 71, caput, do Código Penal exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crimes da mesma espécie; e III) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. – A continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, além daqueles exigidos para a aplicação do benefício penal da continuidade delitiva simples, exige que os crimes praticados: I) sejam dolosos; II) realizados contra vítimas diferentes; e III) cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

– No caso em tela, os atos libidinosos praticados contra as vítimas vulneráveis foram desprovidos de qualquer violência real, contando apenas com a presunção absoluta e legal de violência do próprio tipo delitivo. – ‘A violência de que trata a continuidade delitiva especial (art. 71, parágrafo único, do Código Penal) é real, sendo inviável aplicar limites mais gravosos do benefício penal da continuidade delitiva com base, exclusivamente, na ficção jurídica de violência do legislador utilizada para criar o tipo penal de estupro de vulnerável, se efetivamente a conjunção carnal ou ato libidinoso executado contra vulnerável foi desprovido de qualquer violência real *...+’ (HC 232.709/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016)” (HC 483.468/GO, j. 14/02/2019).

4) A orientação da Súmula n. 593/STJ não importa na retroatividade de lei penal mais gravosa (novatio legis in pejus) e apresenta adequada interpretação jurisprudencial das modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009.

Desde a entrada em vigor do art. 217-A do Código Penal, o STJ julgou incontáveis casos nos quais se discutia a necessidade de apurar concretamente a capacidade de consentimento da vítima no estupro de vulnerável. A Terceira Seção do tribunal firmou o entendimento no sentido de afastar pretensões para essa apuração concreta, como se extrai da súmula nº 593, segundo a qual:

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

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

A súmula não pode ser considerada *novatio legis in pejus*, pois tão somente consolida a orientação que o tribunal vinha adotando a respeito do crime, razão pela qual deve ser aplicada para todos os fatos ocorridos a partir da entrada em vigor da Lei 12.015/09:

“2. O enunciado da Súmula n.º 593/STJ não constitui *novatio legis in pejus*, mas apenas apresenta a adequada interpretação das modificações introduzidas pela Lei n.º 12.015/2009. Portanto, um vez que a referida Lei estava em vigor na data do delito ora apurado, não há hipótese de violação à irretroatividade de lei penal mais gravosa. 3. A hipótese em apreço amolda-se com precisão ao disposto na Súmula n.º 593/STJ, não sendo possível afastar a tipicidade penal da conduta do Agravante com fundamento no eventual consentimento da vítima para a prática do ato ou na existência de prévia relação amorosa” (AgRg no REsp 1.765.591/ES, j. 23/04/2019).

5) A prática de conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos contra vítima imobilizada configura o crime de estupro de vulnerável do art. 217-A, § 1º, do CP, ante a impossibilidade de oferecer resistência ao emprego de violência sexual.

O conceito de vulnerável que caracteriza o tipo do art. 217-A do CP não se limita à idade da vítima (menor de quatorze anos), abrangendo também a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental incapaz de discernimento para a prática do ato, e ainda a pessoa que, por qualquer outra causa, não tem condições de oferecer resistência.

A incapacidade de resistência pode decorrer de várias situações, como a 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; ou mesmo da pessoa que é completamente imobilizada pelo criminoso, sem que haja forma de se opor ao ato, o que acaba por dispensar o emprego de efetiva violência para consumir a relação.

O último exemplo citado pode gerar certa controvérsia. Se a vítima está imobilizada, mas consciente, por que não tipificar a conduta como estupro (art. 213)? Porque o crime de estupro pressupõe que a vítima possa oferecer resistência física à investida do criminoso. Se a imobilidade a impede de fazê-lo, há estupro de vulnerável:

“1. Verifique-se que, apesar de a reprovação da violência não sofrer alteração deontológica significativa – ambos sendo igualmente reprováveis e abjetos, a vítima sem potencial motor ou a vítima com relativo potencial motor -, é certo que, quando se encontra completamente imobilizada, ela está, de fato e de direito, incapacitada de oferecer resistência, completamente vulnerável, à revelia da sorte escolhida por seu agressor unilateralmente. 2. Se completamente inerte e incapaz de usar seu potencial motor (oferecer resistência) contra a violência sexual, haverá crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Se ainda lhe restar capacidade de discernir sobre

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

a ilicitude da conduta, possibilidade de ofertar alguma resistência e não houver elementos biológicos incapacitantes, haverá o crime de estupro do art. 213 do CP” (REsp 1.706.266/MT, j. 18/10/2018).

6) O avançado estado de embriaguez da vítima, que lhe retire a capacidade de oferecer resistência, é circunstância apta a revelar sua vulnerabilidade e, assim, configurar a prática do crime de estupro previsto no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Se alguém está sob estado de embriaguez que impeça a capacidade de resistência, há crime de estupro de vulnerável. Pouco importa se o estado de vulnerabilidade foi provocado pela vítima em razão da ingestão exagerada de álcool ou se foi provocado pelo agente já com a intenção de cometer o crime. Se a pessoa com quem se pratica o ato não está apta para consentir, há crime:

“In casu, o eg. Tribunal de origem consignou que a vítima estava em estágio avançado de embriaguez, inclusive, no momento do suposto crime, estava inconsciente, portanto, era incapaz de oferecer resistência, caracterizando, assim, a situação de vulnerabilidade. Ressalte-se que o ora paciente foi justamente denunciado pela prática, em tese, do art. 217-A, § 1º, do Código Penal, o que enseja uma ação penal pública incondicionada” (RHC 72.963/MT, j. 13/12/2016).

7) Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o crime de corrupção sexual de maiores de 14 e menores de 18 anos, previsto na redação anterior do art. 218 do CP, deixou de ser tipificado, ensejando abolitio criminis.

Em sua redação original, o art. 218 do Código Penal punia as condutas de corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo. Atualmente, sob a vigência da Lei 12.015/09, o dispositivo tipifica a conduta de induzir alguém menor de quatorze anos a satisfazer a lascívia de outrem, ou seja, a praticar atos contemplativos, como, por exemplo, vestir-se com determinada fantasia para satisfazer a luxúria de alguém, ou despir-se com sensualidade (com a orientação ultimamente adotada pelo STJ, que admite o estupro de vulnerável inclusive em atos de contemplação lasciva, a indução de um menor de quatorze anos a se despir para um terceiro pode acarretar a punição do agente como partícipe do crime mais grave).

Além disso, o art. 218-A tipifica a conduta de praticar, na presença de alguém menor de quatorze anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem.

Como se pode notar, nenhum dos dispositivos menciona o menor entre quatorze e dezoito anos, que pode ser sujeito passivo no crime do art. 218-B. Este dispositivo, no entanto, pressupõe que o menor de dezoito anos esteja de alguma forma ligado à prostituição ou a outra forma de exploração sexual, situação de gravidade muito maior do que a corrupção de menores. Assim,

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

condutas cometidas sob a redação primitiva do art. 218 não podem mais sofrer punição devido à abolitio criminis:

“Segundo jurisprudência desta Corte Superior, a corrupção sexual de maiores de 14 (quatorze) e menores de 18 (dezoito) anos deixou de ser tipificada no Código Penal, ensejando abolitio criminis (precedentes)” (RHC 80.481/PR, j. 04/04/2017).

Aproveitamos a oportunidade para divulgar as estatísticas com as denúncias oferecidas pelo MPSP sobre crimes contra a dignidade sexual:

Crimes contra a dignidade sexual

Denúncias oferecidas pelo MPSP

	2015	2016	2017	2018	2019	2020*	Total
Estupro de vulnerável - art. 217-A	2150	2362	2672	3032	2889	1067	14172
Estupro - art. 213	736	803	795	832	711	357	4234
Violação sexual mediante fraude - art. 215	30	22	41	107	379	51	630
Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente - art. 218-A	60	53	74	68	76	31	362
Corrupção de menores - art. 218	56	49	50	44	33	13	245
Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração - art. 218-B	31	40	38	37	35	21	202
Atentado violento ao pudor - art. 214	42	35	25	22	42	20	186
Assédio Sexual - art. 216-A	18	22	20	39	66	46	211
Posse sexual mediante fraude - art. 215	3	6	12	27	78	237	363
Total	5141	5408	5744	6226	6328	1843	20605

* 24/08/2020

Fonte: SIS MP Integrado

Boletim Criminal **Comentado** 107- Setembro

-2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1- Tema: ANPP e crimes cometidos em razão da condição de sexo feminino

Código de Processo Penal, art. 28-A, §14

Autos n.º 151xxx-8x.2020.8.26.0xx8 – MM. Juízo da xx.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo - Capital

Réu: J.R.P.

Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal - manutenção

Cuida-se de ação penal instaurada em face de J.R.P., imputando-lhe o crime do artigo 215-A, c.c. art. 61, II, “j”, do Código Penal (cf. denúncia de fls. 80/83).

Segundo narrado na exordial, no dia 13 de julho de 2020, por volta das 14h40min, durante estado de calamidade pública por conta da COVID-19, em um vagão de metrô na Estação Sé – Brás, na cidade e comarca de São Paulo, o denunciado, praticou contra G. e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia.

Segundo o apurado, na data dos fatos, o denunciado, a vítima e sua colega embarcaram no mesmo vagão do metrô na Estação Sé. O denunciado se posicionou na frente da vítima e, durante o percurso, se dirigiu para trás da ofendida.

Próximo à estação de metrô Brás, J. abriu a calça e começou a se masturbar, ejaculando nas costas da ofendida. De imediato, a vítima, ao sentir algo quente em suas costas, virou para trás e flagrou o denunciado colocando o pênis dentro de suas vestes.

Como o metrô chegou na estação Brás, o denunciado saiu rapidamente do vagão e passou a andar disfarçadamente entre os usuários. Contudo, a vítima o seguiu e, ao avistar os agentes de segurança, começou a gritar e apontar o denunciado, que foi detido pelos agentes.

Indagado, o denunciado silenciou.

As circunstâncias e as informações apresentadas pelo próprio denunciado evidenciam que ele praticou contra a vítima, sem a sua anuência, ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia.

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

A camisa de G., a calça e a roupa íntima do denunciado foram apreendidas para a realização de perícia (auto de exibição a fls. 09/10).

A vítima reconheceu o denunciado como autor dos fatos, conforme auto de reconhecimento a fls. 11.

Interrogado em sede policial, J. permaneceu em silêncio (fls. 05).

Foi concedida ao denunciado a liberdade provisória, cumulada com cautelar diversa da prisão e expedido o competente alvará de soltura (fls. 54/57).

Relatado o inquérito policial (fls. 73/77), foi ofertada a denúncia de fls. 80/83, oportunidade em que a Douta Promotora de Justiça deixou de ofertar o acordo de não persecução penal, uma vez que o denunciado não confessou formal e circunstancialmente a prática da infração.

A denúncia foi recebida a fls. 101, determinando-se a citação do acusado.

A Douta Defesa, entendendo presentes os requisitos legais, requereu a remessa dos autos ao Ministério Público, para a celebração de acordo de não persecução penal (fls. 93/97 e 103/104).

A Douta Promotora de Justiça deixou de propor o acordo de não persecução penal, destacando que, nos termos do art. 28-A, §2º, inciso IV, do CPP, o benefício é incabível nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Asseverou, também, que, ao satisfazer sua lascívia, masturbando-se e ejaculando nas costas da vítima, dentro de um vagão do Transporte Metropolitano de São Paulo, além de causar repulsa, o acusado praticou grave violência moral contra a vítima, que se viu exposta, humilhada e absolutamente invadida em sua privacidade aos olhos do público.

Ponderou, finalmente, que o acusado agiu entre as Estações Sé e Brás do metrô, sendo notório que tais estações concentram o maior movimento de usuários da malha metroviária paulista, o que implica maior exposição da ofendida (fls. 107/110).

A D. Defesa manifestou-se nos autos, reiterando estarem presentes os requisitos legais para a propositura do acordo e, na mesma oportunidade, juntou declaração de próprio punho do denunciado e requereu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, para revisão da recusa ministerial (fls. 116/129).

O MM. Juiz, então, tendo em vista a recusa de formulação do acordo de não persecução penal e o pedido da defesa, determinou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (fls. 141).

Boletim Criminal **Comentado** 107- Setembro

-2020 -

É o relato do necessário.

Com razão a Douta Promotora de Justiça, com a devida vênia da D. Defesa.

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:

- 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;

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

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.

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).

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

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:

- 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.

Conforme se observa dos autos, não houve confissão formal e circunstanciada dos fatos, uma vez que, por ocasião do interrogatório em solo policial, o denunciado permaneceu em silêncio (fls. 05).

Em Juízo, a Douta Defesa asseverou no petítório de fls. 116/129 que o denunciado pretendia suprir a ausência de confissão e, para tanto, ofertou declaração de próprio punho “para fim do art. 28-A do Código de Processo Penal – acordo de não persecução penal” (fls. 130).

Contudo, tal documento não pode ser reconhecido como realização de confissão dos fatos imputados.

Isto porque J. destacou que praticou a conduta sem qualquer intenção, que teve apenas uma ejaculação precoce que teria atingido uma moça sem que ele tivesse percebido; frisou, ainda, que está tomando medicação que causa priapismo e não teve qualquer intenção no ocorrido.

Nesse cenário, impossível reconhecer-se como presente o requisito objetivo da confissão formal e circunstanciada dos fatos, notadamente quando o denunciado alega fatos dissociados dos elementos informativos constantes dos autos.

Ausente, portanto, requisito de ordem objetiva para o aventado acordo processual.

Nesse sentido, posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CÓDIGO PENAL – CP. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. EMBARGOS REJEITADOS.

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

1. Conforme estabelece o art. 619 do Código de Processo Penal – CPP, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de correção de omissão, obscuridade, ambiguidade ou contrariedade do decisum embargado. Na espécie, o acórdão embargado não ostenta nenhum dos aludidos vícios.

2. A aplicação do disposto no art. 28-A do CPP, referente à proposição do acordo de não persecução penal, não foi matéria vertida nas razões do recurso especial, caracterizando indevida inovação recursal, o que torna inviabilizada a conversão do julgamento em diligência.

3. Ainda que assim não fosse, observa-se que, para aplicação do instituto do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), é necessário que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal, o que não aconteceu no presente caso. Ademais, há a exigência que a pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, no caso, a soma das penas mínimas previstas aos delitos imputados ao embargante (arts. 180, caput, 304 c/c 297 e 311 do CP) ultrapassa o mínimo exigido.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.414 – RJ, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, j. 23 de junho de 2020) – g.n.

Não bastasse isso, existem outros óbices à celebração do aventado benefício.

Com efeito, o artigo 28-A do Código de Processo Penal, em seu § 2º, inciso IV, assim dispõe:

“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:

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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;(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

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 (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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.

Do dispositivo legal em comento, extrai-se a notória conclusão de que, se o legislador pretendesse incluir na vedação ao acordo apenas as hipóteses da Lei Maria da Penha, não teria acrescido a parte final ao dispositivo legal.

A referência à “condição de sexo feminino” corresponde, inegavelmente, à violência de gênero.

Comentando o dispositivo legal, Rodrigo Leite Ferreira Cabral conclui que a vedação é de natureza objetiva e leciona:

“É dizer, para sua identificação, não se deve levar em consideração as razões subjetivas do agente para cometer o delito. O que se deve analisar é se o fato, objetivamente, importou em diminuição, inferiorização ou no seu tratamento da mulher objeto, desde uma perspectiva intersubjetiva e cultural.

Melhor explicando. Nossa sociedade, nosso contexto significativo, permite muito bem avaliar quando um ato delitivo manifesta uma forma de diminuição, humilhação e objetificação da mulher. Não será, pois, um insondável desejo do agente que permitirá afastar ou incluir essa circunstância. (...)

Portanto, para avaliar se a conduta do agente se deu por razões da condição de sexo feminino da vítima não se terá que buscar em suposto mundo psicológico do agente, mas sim verificar o contexto da ação cometida e se ela, desde uma perspectiva intersubjetiva, consubstanciou a razão do delito.

Repita-se. A prática de um delito por razões do sexo feminino da ofendida constitui uma privação de direitos que representa limitação do status social da vítima, pois esta não é vista como um parceiro de sociedade, como alguém que está em pé de igualdade com os demais. Ser vítima de um delito pelo simples fato de ser mulher importa em uma séria degradação normativa, em que a pessoa se olha no espelho e vê alguém de menor hierarquia social, o que acarreta uma perda da autoestima pessoal, uma desvalorização social. (...)

Por essas razões é que se tem certo que é de natureza objetiva a vedação prevista no inciso IV, §2º, do art. 28-A, do Código de Processo Penal. (...)

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

Em suma, sempre que o delito for cometido contra mulher, por razões da condição de sexo feminino, pouco importando se é no âmbito doméstico ou familiar, se é com violência ou não, está vedada a celebração do acordo de não persecução penal”. (Manual do Acordo de Não Persecução Penal, Editora JusPodivm, Edição 2020, pág. 104/106-g.n.)

A “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher”, conhecida também como “Convenção de Belém do Pará”, aprovada¹ e promulgada² no Brasil, também trata especificamente da violência de gênero e é mais ampla do que a Lei Maria da Penha:

DEFINIÇÃO E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 2

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
- b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Assim, a violência de gênero contra a mulher não se resume ao âmbito doméstico e familiar, valendo ressaltar que a Convenção de Belém do Pará tem natureza supralegal e está, portanto, acima da Lei Maria da Penha.

Dessa sorte, qualquer violência de gênero contra a mulher – esteja ou não compreendida na Lei n. 11.340/2006 – é incompatível com o acordo de não persecução penal.

¹ Conforme Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995;

² Conforme Decreto n. 1.973, de 01 de agosto de 1996, do Presidente da República;

Boletim Criminal Comentado 107- Setembro

-2020 -

Ainda se não bastasse, conforme bem destacado pela Insigne Promotora de Justiça natural, no caso em análise a conduta do denunciado revestiu-se de extrema gravidade, na medida em que se masturbou e ejaculou nas costas da vítima dentro de um vagão do metrô e entre estações que concentram o maior movimento de usuários, causando maior exposição e humilhação da ofendida, que teve sua privacidade invadida perante grande número de pessoas.

Por tudo isso, conclui-se que o acordo de não persecução penal, em crimes cometidos envolvendo violência de gênero, não é suficiente e necessário à repressão e prevenção do fato.

Ratifica-se, nessa linha de raciocínio, a negativa formulada, não apenas pela ausência de confissão formal e circunstanciada dos fatos, como também pelo descabimento da Justiça Negocial quando a infração penal envolver violência de gênero e, ainda, pela insuficiência do acordo para repressão e prevenção do crime versado neste caderno investigatório.

Há, portanto, obstáculos insuperáveis à formulação da proposta ao acusado.

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 de oferta do acordo, restituindo-se os autos ao juízo competente para o prosseguimento da ação penal.

São Paulo, 24 de agosto de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 108, 9/2020
(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. 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

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Progressão de regime e termo inicial

Em sede de agravo em execução nº0002075-46.2020.8.26.0637, o TJSP reformou decisão que deferiu a progressão ao regime aberto, com base em cálculo de penas que teve como termo inicial a data em que preenchido o requisito objetivo para a progressão ao regime semiaberto.

A Corte paulista seguiu não apenas entendimento predominante nos E. Tribunais Superiores, mas também a tese 513 do Setor de Recursos Extraordinários e Especiais do MP SP. Na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), segundo análise casuística de cada caso. No caso, a presença do requisito subjetivo foi constatada somente por ocasião da reabilitação da conduta carcerária a partir de falta grave praticada, quando o sentenciado passou a contar com bom comportamento carcerário atestado pela direção do presídio.

O recurso ministerial foi provido, determinando se a recondução do sentenciado ao regime semiaberto e a retificação do cálculo para a progressão ao regime aberto.

Inteiro **teor** do acórdão

2- Tema: ANPP e atos infracionais

Aparece como importante circunstância judicial (e não raras vezes esquecida) a PERSONALIDADE do agente. Cuida-se do retrato psíquico do delinquente, não podendo ser valorada de forma imprecisa ou objetivamente desamparada porquanto, através de considerações vagas e insuscetíveis de controle, a sua utilização acarretaria a ampla e inadequada incidência do Direito Penal do Autor. (STJ - REsp 513.641/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/05/2004).

Pode a personalidade do agente servir para o promotor de Justiça, fundamentadamente, recusar oferecer o acordo de não persecução penal (ANPP)? Entendemos que sim.

De acordo com diversas decisões proferidas pelo STJ, os atos infracionais podem influenciar a análise da personalidade do agente para fins cautelares:

“A Terceira Seção desta Corte firmou orientação de que ‘os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social. Se os atos infracionais não servem, por óbvio, como antecedentes penais

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

e muito menos para firmar reincidência (porque tais conceitos implicam a ideia de 'crime' anterior), não podem ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros” (RHC 96.158/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 14/8/2018).

É neste contexto que enxergamos campo fértil para o promotor de Justiça, com base nas circunstâncias do caso concreto, negar oferecer o ANPP com base na personalidade do agente, destacando-se, nesse tanto, a existência de atos infracionais cometidos pelo investigado quando menor inimputável. Nesse sentido já decidiu o TJ SP ([clique aqui](#))

3- Tema: Nota Técnica Conjunta CAOCrim e CAOCivel : Alterações trazidas pela Lei nº 13.931/19 na Lei de notificação compulsória n. 10.778/03

Conheça o posicionamento institucional sobre o impacto da notificação compulsória no enfrentamento da violência doméstica e as críticas à Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020 do Ministério da Saúde: Clique [aqui](#).

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Audiências criminais no contexto da Pandemia de COVID-19. (In)existência de excesso de prazo.

STJ- Pesquisa Pronta

No julgamento do HC 580.435, a Sexta Turma afirmou que "eventual retardo na conclusão da instrução criminal deve ser considerado para fins de flexibilização, especialmente diante da situação pela qual todos passamos – na espécie, a audiência de instrução e julgamento, que estava designada para o dia 28/7/2020, foi suspensa, segundo a juíza que conduz o processo, em razão da pandemia da Covid-19, o que justifica certa demora no encerramento da instrução criminal".

O processo é de relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Somente configura constrangimento ilegal por excesso de prazo, capaz de autorizar o relaxamento da prisão cautelar, a demora em razão da ofensa ao princípio da razoabilidade pela desídia do Poder Judiciário ou da acusação, jamais sendo aferível apenas a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais.

O maior prolongamento da instrução criminal, devidamente justificada pelo estado em que vivemos atualmente (PANDEMIA), não implica ofensa ao princípio da razoabilidade. Nesse sentido vem decidindo reiteradamente o STJ, porém **atento à gravidade em concreto do crime objeto do processo em instrução**. Vejamos algumas decisões, extraídas do material publicado pelo Centro de Apoio da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Sumário e trechos da decisão: Roubo majorado. Alegação de excesso de prazo da prisão cautelar. "Ante a crise mundial do coronavírus e, especialmente, a iminente gravidade do quadro nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário. Assim, penso que, na atual situação, salvo necessidade inarredável da segregação preventiva – mormente casos de crimes cometidos com particular violência –, a envolver acusado de especial e evidente periculosidade ou que se comporte de modo a, claramente, denotar risco de fuga ou de destruição de provas e/ou ameaça a testemunhas, o exame da necessidade da manutenção da medida mais gravosa deve ser feito com outro olhar". "Apoiado nessas premissas, precipuamente em conformidade com os arts. 1º e 4º da Recomendação n. 62/2020 do CNJ, entendo que não são bastantes as ponderações invocadas pelas instâncias ordinárias para manter a ordem de constrição do réu". "Deferida a liminar, para assegurar ao paciente que aguarde em

Boletim Criminal Comentado 108- Setembro

-2020 -

liberdade o julgamento do mérito deste writ”. (STJ; Habeas Corpus nº 567.457-DF; rel. Rogério Schietti Cruz; Decisão Monocrática; j. 19/3/2020).

Sumário e trechos da decisão: Tráfico de drogas (41 g de maconha). Revogação da prisão preventiva. “É preciso dar imediato cumprimento à recomendação do Conselho Nacional de Justiça, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (Covid-19), devendo a custódia ser substituída pela prisão cautelar em regime domiciliar.” Liminar deferida. (STJ; Habeas Corpus nº 567.006-SP; rel. Sebastião Reis Júnior; Decisão Monocrática; j. 19/3/2020).

Sumário e trechos da decisão: Estelionato e quadrilha ou bando. Pleito de concessão da liberdade provisória ou prisão domiciliar. “Considerando tratar-se de crime cometido sem violência ou grave ameaça, bem como o fato de a paciente possuir filho menor de 12 anos de idade, é preciso dar imediato cumprimento à recomendação do Conselho Nacional de Justiça, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (Covid-19), devendo a custódia cautelar ser substituída pela prisão cautelar em regime domiciliar”. Liminar deferida. (STJ; Habeas Corpus nº 550.529-SP; rel. Sebastião Reis Júnior; Decisão Monocrática; j. 19/3/2020).

Sumário e trechos da decisão: Tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo de uso permitido. “Defiro o pedido liminar para, excepcionalmente e em cumprimento à Recomendação CNJ n. 62/2020, substituir a prisão cautelar imposta ao paciente por prisão domiciliar.” (STJ; Habeas Corpus nº 567.961-SC; rel. Sebastião Reis Júnior; Decisão Monocrática; j. 23/3/2020).

Sumário e trechos da decisão: Tráfico de drogas (77,12 gramas de maconha). Pleitos de revogação da prisão preventiva e trancamento da ação penal. Deferida a liminar, apenas para ordenar a soltura do paciente. “Em conformidade com os arts. 1º e 4º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, entendo que não são bastantes as ponderações invocadas pelas instâncias ordinárias para embasar a ordem de constrição do réu, porquanto não contextualizaram, em elementos concretos dos autos, o periculum libertatis e a gravidade concreta da conduta perpetrada.” (STJ; Habeas Corpus nº 567.821-SP; rel. Rogério Schietti Cruz; Decisão Monocrática; j. 23/3/2020).

Sumário e trechos da decisão: Posse ilegal de arma de uso restrito. Pleito de revogação de prisão preventiva. Deferida a liminar para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares. “Em conformidade com os arts. 1º e 4º da Recomendação n. 62/2020 do CNJ – inclusive o conselho de ‘suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória’ (art. 4º, II, grifei) –, constato ser suficiente e adequado, para atender às exigências cautelares do art. 282 do CPP, impor ao réu – independentemente de mais acurada avaliação do Juízo monocrático – as providências alternativas positivadas no art. 319, IV e V, do CPP”. (STJ; Habeas Corpus nº 567.782-SP; rel. Rogério Schietti Cruz; Decisão Monocrática; j. 23/3/2020).

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

Sumário e trechos da decisão: Tráfico de drogas e Associação ao tráfico. Pleito de substituição da preventiva por prisão domiciliar. Paciente que é mãe de 2 (dois) menores, um com 5 (cinco) anos de idade e outro com 01 (um) ano e 09 (nove) meses. “Prevalecem, pois, as razões humanitárias. Assim sendo, mister autorizar a substituição da prisão da paciente pela prisão domiciliar (...) sem prejuízo da fixação de medidas cautelares alternativas pelo magistrado, e podendo a prisão ser novamente decretada em caso de descumprimento da referida medida ou de superveniência de fatos novos.” Enfatiza, também, que “a Recomendação nº 62 do CNJ, de 17 de março de 2020, estabelece medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal”. Concedida a ordem de ofício para assegurar à paciente o direito à prisão domiciliar. (STJ; Habeas Corpus nº 558.308-PR; rel. Reynaldo Soares da Fonseca; Decisão Monocrática; j. 25/3/2020).

2- Tema: Acordo de delação premiada e impugnação do delatado

INFORMATIVO 988 STF- SEGUNDA TURMA

A Segunda Turma, em conclusão e por empate na votação, concedeu, de ofício, a ordem de habeas corpus para declarar a nulidade da utilização, como meio de prova, do segundo acordo de colaboração premiada firmado, por auditor e sua irmã, no âmbito de operação deflagrada com o objetivo de desarticular organização criminosa formada por auditores fiscais (Informativos 941 e 958).

O colegiado reconheceu a ilicitude das declarações incriminatórias prestadas pelos referidos delatores. Ademais, determinou ao juízo de origem que verifique eventuais outros elementos probatórios contaminados pela ilicitude declarada e atos que devam ser anulados em razão de neles estarem fundamentados, além da viabilidade de manutenção ou trancamento do processo penal ao qual estão submetidos os pacientes. Prosseguindo, nos termos do art. 157, § 3º, do Código de Processo Penal (CPP), preclusa a decisão de desentranhamento, determinou a inutilização da prova declarada ilícita, facultado às partes acompanhar o incidente, mantidos os benefícios oferecidos pelo Ministério Público e concedidos pelo juízo de origem aos delatores. Por fim, mandou oficiar ao Conselho Nacional do Ministério Público e à Corregedoria do Ministério Público do Paraná, a fim de que instaurem procedimentos investigatórios para o esclarecimento dos fatos relacionados a atuações dos membros do Ministério Público na realização dos acordos de colaboração premiada, devendo tais órgãos manter o Supremo Tribunal Federal (STF) informado sobre o andamento e os resultados da apuração.

Na espécie, o referido auditor, investigado por supostos atos relacionados a propinas para redução de tributos, foi preso em flagrante por crimes sexuais. Nessa ocasião, ele e sua irmã fizeram um

Boletim Criminal Comentado 108- Setembro

-2020 -

acordo de colaboração premiada com o Ministério Público, o qual abrangeu todos os crimes a ele imputados e culminou com a prisão de diversos auditores fiscais. Esse acordo foi rescindido diante de constatações de que o delator teria mentido, omitido fatos e cometido novos crimes. Durante interrogatório pelo juízo de origem, o delator asseverou que a rescisão do citado acordo teria sido arbitrária. Acusou promotores do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) de manipular suas declarações e ocultar todos os vídeos dos depoimentos que havia prestado extrajudicialmente. Posteriormente, o Parquet firmou com o auditor novo acordo de delação premiada, sob a condição de que se retratasse das mencionadas acusações e ratificasse as declarações que fizeram parte do acordo rescindido. O segundo acordo foi homologado como termo aditivo pelo juízo a quo.

Prevaleceu o voto do ministro Gilmar Mendes (relator).

O relator esclareceu que o caso em questão é diverso dos termos decididos anteriormente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 127.483). Trata-se de aproveitamento das provas resultantes do segundo acordo em processos concretos. O Pleno não discutiu a possibilidade na qual o acordo possui reflexos diretos sobre situações de terceiros. Não se cuida de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros, mas de questionamento de terceiros que tem a aplicação de provas no seu caso concreto. Ou seja, o que se discute é a produção de provas pelo colaborador nos processos que tramitam em face dos pacientes da ação. O foco da impugnação diz respeito à utilização de provas contra os imputados e ao modo que tais elementos foram produzidos a partir de um cenário de acordos de colaborações temerários e claramente questionáveis. Sendo assim, no caso concreto, pode-se questionar a aplicação das provas colhidas nos acordos. Não se enfrenta, portanto, a posição adotada pelo Plenário, mas se desenvolve e refina um sistema para analisar as consequências que precisam ser controláveis pelo Poder Judiciário. Nessa perspectiva, diante da complexidade das relações que se colocam em uma Justiça criminal negocial, o relator reputou ser necessário avançar para traçar critérios adequados à limitação de abusos.

O ministro Gilmar Mendes relembrou que a Segunda Turma, no HC 151.605, já havia assentado, por violação às regras de competência, a ilegalidade da homologação do acordo de colaboração premiada ora questionado e reconhecido a ineficácia das provas por meio dele produzidas em relação ao paciente daquele writ. Assim, explicou que as práticas realizadas na operação analisada são claramente temerárias e questionáveis, porque ocasionaram inúmeras impugnações e colocaram em risco a efetividade da persecução penal.

O relator ressaltou que o estabelecimento de balizas legais para o acordo é uma opção do nosso sistema jurídico, para garantir a isonomia e evitar a corrupção dos imputados, mediante incentivos desmesurados à colaboração, e dos próprios agentes públicos, aos quais se daria um poder sem

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

limite sobre a vida e a liberdade dos imputados. É preciso respeitar a legalidade, visto que as previsões normativas caracterizam limitação ao poder negocial no processo penal. No caso de ilegalidade manifesta em acordo de colaboração premiada, o Poder Judiciário deve agir para a efetiva proteção de direitos fundamentais. Registrou que, em diversos precedentes, a Corte assentou que o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de prova. Portanto, trata-se de instituto de natureza semelhante, por exemplo, à interceptação telefônica. Tendo em conta que o STF reconheceu, várias vezes, a ilegalidade de atos relacionados a interceptações telefônicas, não há motivo para afastar essa possibilidade em ilegalidades que permeiam acordos de colaboração premiada.

Observou que, no caso concreto, em face da gravidade das acusações atribuídas aos membros do Ministério Público estadual, é questionável a possibilidade de esses agentes negociarem e transigirem sobre a pretensão acusatória com relação a fatos supostamente criminosos a eles imputados. Além disso, diante do cenário descrito, em que houve a realização de acordo de colaboração premiada sucessivo à rescisão por descumprimento de avença anterior, há clara fragilização à confiabilidade das declarações prestadas pelos delatores. A força probatória de tais declarações, já mitigada em razão do previsto no art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013 (1), resta completamente esvaziada diante do panorama de ilegalidades narrado. Apontou, como orientação prospectiva ou até um apelo ao legislador, a obrigatoriedade de registro audiovisual de todos os atos de colaboração premiada, inclusive negociações e depoimentos prévios à homologação. Segundo o ministro, grande parte dos problemas que se verificaram no caso concreto decorrem da ausência de registro e controle dos atos de negociação e das declarações prestadas pelos delatores.

Vencidos os Ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia que denegaram a ordem.

(1) Lei 12.850/2013: “Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...) § 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”

HC 142205/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25.8.2020. (HC-142205)

HC 143427/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25.8.2020. (HC-143427)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Em que pese a decisão em comento, que a todos surpreendeu, a doutrina, bem como a jurisprudência (inclusive dos Tribunais Superiores) são no sentido de que não é possível o delatado impugnar o conteúdo da colaboração homologada judicialmente. Isso acontece em razão da

Boletim Criminal Comentado 108- Setembro

-2020 -

proteção jurídica conferida ao aspecto interno da colaboração, que se refere apenas as esferas jurídicas dos negociantes, atributo que lhe assegura uma estável aquisição de direitos recíprocos.

Por isso, deve continuar incólume o entendimento segundo qual “O delatado não tem legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada. Assim, em regra, a pessoa que foi delatada não poderá impetrar um habeas corpus alegando que esse acordo possui algum vício. Isso porque se trata de negócio jurídico personalíssimo. Esse entendimento, contudo, não se aplica em caso de homologação sem respeito à prerrogativa de foro. Desse modo, é possível que o delatado questione o acordo se a impugnação estiver relacionada com as regras constitucionais de prerrogativa de foro. Em outras palavras, se o delatado for uma autoridade com foro por prerrogativa de função e, apesar disso, o acordo tiver sido homologado em 1ª instância, será permitido que ele impugne essa homologação alegando usurpação de competência”. (STF. 2ª Turma. HC 151605/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/3/2018 (Info 895)).

Este entendimento se assenta na natureza personalíssima do negócio jurídico celebrado, composto por obrigações que vinculam apenas as partes do ajuste e incapaz de malferir a esfera jurídica de terceiros, ressalvada a possibilidade de os delatados confrontarem as declarações do colaborador, que não representa, propriamente, um ataque verdadeiramente desconstitutivo do ato.

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Apreensão de arma de fogo e munições no contexto de crime de tráfico de drogas afasta a minorante do tráfico privilegiado

STJ- AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1682520

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APREENSÃO DE ARMA E MUNIÇÕES NAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 14 E 16 DA LEI DE ARMAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. RECURSO DESPROVIDO.

Inteiro teor

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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.

No caso em tela, o traficante foi surpreendido com arma e munições, sendo condenado, inclusive, pelos crimes previstos no art. 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003. Esse quadro, obviamente, evidencia a dedicação do réu às atividades criminosas, afastando a incidência da benesse legal.

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

Autos n.º 15xxxx-3x.2019.8.26.0114 – MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campinas

Ré: U.S.L.

Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – manutenção – fatos que envolvem injúria racial – orientação conjunta 01/2020 PGJ/CGMP-MPSP

Cuida-se de ação penal instaurada contra U.S.L., denunciada incurso no art. 140, § 3º, do Código Penal, porque, no dia 16 de outubro de 2018, no período da tarde, na Rua General Setembrino de Carvalho, n. 143, bairro Jardim Leonor, na cidade e Comarca de Campinas, a acusada injuriou a vítima V.S.T., ofendendo-lhe a dignidade, utilizando-se, para tanto, elementos referentes à sua cor (cf. denúncia de fls. 53/54).

Segundo se apurou, a denunciada dirigiu-se ao local dos fatos, Farmácia de Alto Custo, a fim de retirar medicamento prescrito ao seu cônjuge. Todavia, como houve alteração de dosagem do remédio, segundo as diretrizes do local, o médico auditor precisaria reanalisar o pedido para, somente após, autorizar a entrega.

Ocorre, contudo, que o funcionário responsável já não mais se encontrava no local quando U. lá chegou. Assim, a ofendida interveio na situação, explicou à denunciada o ocorrido e, a seguir, orientou-a como agir.

Então, inconformada que não conseguiria resolver, naquele dia, seu problema, U. esmurrou o balcão de atendimento e passou a ofender a dignidade da vítima, dizendo-lhe: “você é uma miserável, além de preta e ruim”.

A testemunha I.S.B., que também trabalha no local dos fatos, presenciou as ofensas proferidas, narrando em solo policial todo o ocorrido (fls. 42).

Diante dos fatos, por ter sua honra subjetiva ofendida, a vítima, além de ouvida, apresentou à autoridade policial representação criminal, manifestando expressamente o desejo de serem os fatos devidamente apurados (fls. 7/8).

Boletim Criminal Comentado 108- Setembro

-2020 -

U. negou a prática delitiva (fls. 33).

Ao oferecer a denúncia, o Douto Promotor de Justiça deixou de oferecer o acordo de não persecução penal à denunciada, uma vez que ela negou a prática dos fatos, e o benefício exige a confissão formal e circunstanciada do agente (fls. 55).

A inicial foi recebida (fls. 56).

Acostou-se folha de antecedentes e certidões criminais em nome da acusada (fls. 62/64).

Devidamente citada a ré (fls. 66/67), a Defensoria Pública manifestou-se nos autos, oportunidade em que, considerando a atual situação de pandemia, que impede a adequada comunicação entre acusado e defesa técnica, limitou-se a arrolar as testemunhas indicadas na denúncia, bem como requereu a suspensão do prazo para resposta à acusação, com reabertura de vista quando normalizadas as circunstâncias (fls. 74/75).

O Ministério Público manifestou-se favoravelmente à suspensão do prazo para a apresentação de defesa prévia, considerando que se trata de ré solta e diante da situação de pandemia (fls. 78).

O MM. Juiz determinou o retorno dos autos à Defensoria Pública, para apresentação de resposta à acusação, tendo em vista que, nos termos do Provimento CSM n. 2.554/2020, os prazos dos processos digitais voltaram a fluir em 4/5/2020, anotando que eventuais diligências poderão ser requeridas no curso da instrução, assim como indicação de provas, que serão consideradas oportunamente até a realização da audiência de instrução, sem prejuízos para a Defesa (fls. 80).

A Defensoria Pública reiterou o pedido anterior (fls. 85/87 e 88/90), que foi indeferido a fls. 91.

Apresentada a resposta à acusação, a Defensoria Pública entendeu presentes os requisitos do art. 28-A do CPP, requerendo a formulação de proposta de acordo de não persecução penal. Argumentou que, embora a acusada tenha negado os fatos em sede policial, não estava

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

acompanhada de advogado, sendo necessário dar a ela essa oportunidade, pugnando pela designação de audiência para esse fim.

Não sendo esse o entendimento, considerando presentes os requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, requereu a formulação de proposta de suspensão condicional do processo e, havendo negativa do Ministério Público, que haja a aplicação de ofício pelo MM. Juízo.

Quanto ao mérito, afirmou que será discutido ao final da instrução. Arrolou como testemunhas as mesmas pessoas indicadas na denúncia, sem prejuízo de outras eventualmente indicadas por ocasião da audiência de instrução (fls. 93/94).

O Douto Promotor de Justiça, então, deixou de oferecer ambos os benefícios pretendidos pela Defesa, como forma de prevalência dos princípios dos direitos humanos e a fim de se evitar proteção insuficiente dos direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal, garantindo-se, para tanto, punição adequada de qualquer forma de discriminação ou incitação à discriminação de raça, em todas as suas formas e manifestações, além de se garantir e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, fundamentou sua negativa, com intuito não somente de obedecer e de concretizar os fundamentos, objetivos e os princípios estabelecidos na Constituição Federal, mas também nos documentos internacionais de direitos humanos, mormente na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, concluindo que, no caso concreto, são incabíveis propostas de acordo de não persecução penal pleiteada ou de suspensão condicional do processo à acusada, consoante **Orientação Conjunta n. 01/2020 - PGJ/SP e CGMP/SP**, publicada no Diário Oficial de 16/06/2020 (Aviso de 10/06/2020, nº 206/2020 – PGJ).

Diante disso, manifestou-se pelo recebimento da exordial e designação de audiência de instrução, debates e julgamento (fls. 98/99 e 100/101).

O MM. Juiz, então, apesar dos argumentos lançados, sustentou que, em seu bojo, a Constituição Federal não impõe restrições à aplicação de benefícios legais ao tipo específico de crime tratado nos presentes autos. Pontuou que, mesmo em delito mais grave, como no racismo,

Boletim Criminal Comentado 108- Setembro

-2020 -

as restrições trazidas pelo ordenamento são outras, e não alcançam nenhum dos dois benefícios que foram pleiteados pela defesa. Isso considerado, determinou tornassem os autos ao Ministério Público, para que apresentasse proposta nos termos do art. 28-A do CPP ou, ao menos, nos termos do art. 89 da Lei n 9099/95, dada a taxatividade de suas condições de cabimento (fls. 102).

O Ilustre Representante Ministerial, por sua vez, reiterou a manifestação anterior e deixou de oferecer proposta nos termos do art. 28-A do CPP ou do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Acrescentou que ambos os institutos (acordo de não persecução penal e suspensão do processo) não encerram direito subjetivo do acusado, mas prerrogativa institucional do Ministério Público, invocando, nesse sentido, o Enunciado 21 – PGJ/CGMP. Diante disso, insistiu no normal prosseguimento do feito, nada impedindo ao d. Juízo, por aplicação analógica do art. 28 do CPP, e a acusada, valendo-se do disposto no art. 28-A, §14, do CPP, deliberarem pela remessa dos autos ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça (fls. 105/107).

O Digníssimo Magistrado, então, destacou que o sistema processual pátrio é informado pelo princípio acusatório, motivo pelo qual entende que o art. 28 do CPP, em sua redação vigente, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, de modo que não cabe ao MM. Juízo encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça quando discorda de posicionamento adotado pelo promotor de justiça natural, observando que o titular exclusivo da ação penal é o Ministério Público. E ainda que assim não fosse, no caso específico, de nada adiantaria a remessa, considerando que o entendimento jurídico do Procurador-Geral de Justiça quanto ao tema já está contido nos autos. Pelas mesmas razões, entende que não cabe ao MM. Juízo aplicar, de ofício, as disposições do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Diante disso, considerando a recusa ministerial em apresentar à ré qualquer benefício, por entendê-los incabíveis, resta ao MM. Juízo dar prosseguimento à marcha processual, dando ciência da decisão às partes (fls. 108/109).

A Defensoria Pública, contudo, requereu a reconsideração da decisão. Argumentou que o Ministério Público se recusou a propor os benefícios solicitados pela defesa, com fundamento da Orientação Conjunta nº 01/2020 – PGJ/ CGMP/SP, mas pugnou pela a reanálise da recusa, com fundamento no § 14 do art. 28-A d o CPP, cuja eficácia não foi suspensa por liminar do STF.

Boletim Criminal Comentado 108- Setembro

-2020 -

Sustentou que a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (ONU), a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas correlatas de intolerância, a Constituição Federal (art. 4º, incisos II e VIII e art. 5º, inciso XLII) e a legislação ordinária (Lei 7.716/89 e art. 140, § 3º, do Código Penal) não estabelecem a obrigatoriedade de prisão (ainda que em regime aberto) como forma de reação estatal às condutas racismo e injúria racial, tampouco vedam a utilização de instrumentos auto compositivos de resolução de conflitos.

Defendeu que esse conjunto legislativo procura identificar o bem jurídico e as formas possíveis de sua violação, recomendando uma série de medidas ao Estado signatário dos tratados. A Constituição Federal estabelece que o crime será inafiançável, imprescritível e sujeito à reclusão (ainda que em regime aberto). Todavia, a forma como o Estado irá processar e reagir a ofensas raciais, em razão dos imperativos de legalidade, impessoalidade, culpabilidade, individualização e de motivação das decisões, deve seguir o que estabelece a legislação nacional para toda e qualquer infração penal, seja o bem jurídico e suas formas de violação previstos ou não em tratados internacionais. Concluiu, assim, que varia de caso para caso os elementos concretos de cada infração, portanto, concernente à matéria fática.

Destacou que a Constituição Federal estabelece o dever de fundamentação das decisões judiciais, sendo o mesmo estabelecido aos Membros do Ministério Público em geral, pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e, no caso do Ministério Público de São Paulo, pela Lei Complementar nº 734/93. Nessa esteira, sustentou que é insuficiente invocar diplomas normativos internacionais, que sequer sustentam o fundamento invocado, sem argumentar em que medida as circunstâncias de lesividade do caso concreto são relevantes a ponto de inadmitirem determinada providência prevista como regra geral pela legislação.

Argumentou que isso está pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao vedar que legislação estabeleça, *a priori*, o regime inicial fechado ou a prisão preventiva obrigatória. Invocou os enunciados das Súmulas 718 e 719 do STF, para dizer que as consequências

Boletim Criminal Comentado 108- Setembro

-2020 -

jurídicas a serem aplicadas a cada caso não podem derivar de simples análise abstrata de cada tipo legal.

Diante disso, concluiu que dizer que o crime é de injúria racial e que, apenas por isso, as medidas compositivas são insuficientes ao imperativo de tutela e incompatíveis com infração penal dessa natureza viola o dever de fundamentação concreta exigido pela legislação, além do regramento geral a todo e qualquer tipo penal, porque não se fundamenta em circunstâncias concretas do caso, individualizando-o como de especial gravidade.

Pontuou que o caso concreto não envolveu difamação, calúnia ou violência física, ou seja, maior lesividade, tratando-se exclusivamente de injúria envolvendo cliente e atendente de uma farmácia, possuindo características que admitem acordo de não persecução penal e *sursis* processual.

Sustentou que a remessa pretendida não decorre exclusivamente do § 14 do art. 28-A do CPP, porque o sistema acusatório implica no controle da fundamentação das condutas que negam a o acusado o exercício de direitos, devendo ser realizado pelo próprio órgão superior do Ministério Público, a pedido da defesa, e não por iniciativa do juiz. Todavia, defendeu que, em caso de recusa, o magistrado é garantidor da máxima eficácia dos direitos fundamentais, dentre eles o controle da fundamentação concreta pela qual o Ministério Público não oferece os benefícios.

O § 5º do art. 28-A determina que o juiz deve controlar a abusividade das condições dispostas em acordo de não persecução penal, recusando-se a homologá-lo. Trata -se de função republicana de controle, de modo que, da mesma forma, nada impede o controle de omissão considerada infundada.

Diante disso, requereu a reconsideração da decisão, para encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, com fundamento no § 14 do art. 28-A do CPP e, em caso de recusa do órgão de acusação, com o retorno dos autos, pugnou pela aplicação de ofício, como forma de controle da legalidade do exercício de poder-dever do órgão de acusação (fls. 116/121).

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

O MM. Juiz manteve sua decisão anterior, por seus próprios fundamentos, mas constatou equívoco ao analisar a suspensão da eficácia da norma legal, que não é aplicável ao ponto debatido nos autos, de modo que, considerando o pedido da Defesa, com base no art. 28-A, § 14, do CPP, reconsiderou parcialmente a decisão, para remeter os autos a esta Chefia Institucional, para revisão da recusa em propor acordo de não persecução penal à ré (fls. 124).

É a síntese do necessário.

Com razão o Douto Promotor de Justiça, com a máxima vênia da Douta Defesa.

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:

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

- 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 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**;
- 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.

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;

Boletim Criminal Comentado 108- Setembro

-2020 -

- (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 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.

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

Inicialmente, cumpre destacar que **não houve confissão formal e circunstanciada dos fatos**, pressuposto para o acordo de não persecução penal.

A acusada, ouvida em solo policial, negou ter esmurrado o balcão e chamado V. de “preta miserável, você é ruim” (fls. 33). De igual modo, em juízo, uma vez que estava representada pela Defensoria Pública, portanto, dotada de defesa técnica adequada, e em momento algum ofereceu confissão detalhada dos fatos.

Ausente, portanto, **pressuposto objetivo indispensável ao cabimento do aventado acordo**.

Inexistindo tal formalidade, não há, para o Ministério Público, dever de intimar a acusada, a fim de oportunizar a ela que confesse o fato.

Não bastasse isso, **há outros impedimentos à acenada avença processual**, conforme a seguir aduzido.

Como bem observado pelo Douto Promotor de Justiça, é certo que a acusada incorreu em delito de injúria qualificada pelo emprego de elemento atinente à raça, ao dirigir-se a V. dizendo: “você é uma miserável, além de **preta** e ruim”. As ofensas proferidas foram confirmadas por testemunha presencial (fls. 42) e pelas declarações da vítima (fls. 07/08).

Esta Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público assentaram, na Orientação Conjunta 01/2020¹, o entendimento de que, em crimes de racismo (Lei n. 7.716/89) e injúria qualificada pelo emprego de elemento atinente à raça (CP, art. 140, § 3º), os

¹ **Aviso nº 0206/2020-PGJ, de 10 de junho de 2020 (DOE, Poder Executivo, Seção I, 27-06-2020).**

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, a pedido do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais – CAOCRIM, avisa que, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, publicaram **Orientação Conjunta nº 1/2020 – PGJ, no sentido de que 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**. Conforme arquivo disponibilizado na página do CAO Criminal, no link “Notícias”. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2020/DO_27-06-2020.html - acesso em 07 de agosto de 2020.

Boletim Criminal Comentado 108- Setembro

-2020 -

membros do Ministério Público devem evitar propor transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, por se tratar de delitos que atentam contra valores sociais fundamentais ao Estado Democrático de Direito.

Algumas considerações acerca do tratamento dispensado ao crime de racismo são pertinentes, em face da matéria objeto destes autos, consoante exposto a seguir.

Nos termos do art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988, *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.*

O mandamento constitucional, que impõe tratamento mais severo ao crime de racismo, tem por finalidade realizar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencado no art. 3º, IV, da Constituição Federal:

Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E um dos fundamentos da República, que antecede ao objetivo de eliminação dos preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação se encontra no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que consagra *a dignidade da pessoa humana.*

E o Brasil é signatário de vários tratados internacionais, nos quais se comprometeu a combater o racismo.

Assim, o Estado brasileiro, nesse momento atual de nossa história, não pode transigir com um crime de ódio como o racismo.

E o acordo de não persecução penal, em crimes de ódio como o racismo, passaria essa ideia de que há uma certa tolerância, complacência com crime que desperta tanta repulsa.

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

Por fim, cumpre lembrar que nossa Constituição Federal, ao conferir a cláusula de **imprescritibilidade** ao crime de racismo, emitiu mandamento claro no sentido de que esse tipo de delito há de ser tratado com maior rigor.

Nesse sentido, adequado o julgado da Suprema Corte, cuja ementa é abaixo transcrita, da lavra do Excelentíssimo Ministro MOREIRA ALVES:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam

repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. **6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo.** 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. **Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta.**

Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. **15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoo sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.** 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

(HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524) (destacamos).

O princípio constitucional da proibição da proteção deficiente de bens jurídicos assume transcendental importância no caso concreto.

Nesse sentido, mais uma vez manifestou-se a Suprema Corte brasileira, no julgamento do HC 104.410-RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, na Segunda Turma, realizado no dia 06 de março de 2012 e publicado no dia 27 de março de 2012, no sentido de que:

“A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes,

determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. **Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).** Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente...”

O direito à igualdade entre os povos configura um direito fundamental. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção **contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação.**

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, entre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo (CF, art. 4º, III e VII).

A Carta das Nações Unidas, além disso, baseia-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos, e todos os Estados-membros, entre eles o Brasil, comprometem-se a tomar medidas separadas e conjuntas, em cooperação com a Organização das Nações Unidas (ONU), 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.**

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 a Declaração sobre a Outorga da Independência aos Países e Povos Coloniais, de 14 de dezembro de 1960 (Resolução

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

1514 – XV da Assembleia Geral), **afirmou e proclamou solenemente a necessidade de levá-la a um fim rápido e incondicional.**

A Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 20 de dezembro de 1963 (Resolução 1904 – XVIII da Assembleia Geral), **afirma solenemente a necessidade de eliminar rapidamente a discriminação racial no mundo, em todas as suas formas e manifestações, e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana.**

A doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa e não existe nenhuma justificação para a discriminação racial, em teoria ou prática, em nenhum lugar do mundo.

A discriminação entre pessoas por motivos de raça, cor ou origem étnica constitui 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 mesmo dentro dos limites territoriais de um mesmo Estado.

A existência de barreiras raciais repugna os ideais de qualquer sociedade humana que se pretenda justa e igualitária.

Vale lembrar que nossos Tribunais Superiores têm conferido tratamento mais rigoroso até mesmo ao crime de injúria qualificada pelo preconceito racial (CP, art. 140, § 3º), não admitindo em tais situações o perdão judicial.

Confira-se, nesse sentido, do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.484.025 - SP (2019/0112202-4) RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

“...a pena-base no mínimo legal, vale dizer, um (1) ano de reclusão, com multa correspondente a dez (10) diárias, unidade no piso.

Sem notícia de causas modificadoras, a reprimenda acabou concretizada naquele patamar, estipulado o regime aberto diante da corporal, na hipótese substituída por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, solução não impugnada pelas partes.

Da análise dos trechos acima transcritos, verifica-se que as instâncias ordinárias, com fundamento no arcabouço fático-probatório dos autos, reconheceu comprovada a autoria e a materialidade do crime previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal (injúria racial), sobretudo considerando que as provas existentes são suficientes para embasar a condenação.

Desse modo, para rever a conclusão das instâncias ordinárias com o fim de reconhecer a ocorrência de retorsão imediata, consistente em outra injúria (figura prevista no art. 140, § 1º, inciso II, do Código Penal) e, assim, conceder o perdão judicial e extinguir a punibilidade com fundamento no art. 107, inciso IX, do CP, bem como para desclassificar a conduta prevista no art. 140, § 3º (injúria racial) para injúria simples, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, providência vedada em sede de recurso especial. Nesse sentido:

[...] 3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 354.175/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 25/9/2013).

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.605.766 - DF (2019/0315306-2) RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ AGRAVANTE: MARCOS DA SILVA VIANA ADVOGADOS: RAFAEL ALMEIDA PEREIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - DF045366 NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DO UNICEUB AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS DECISÃO

Trata-se de agravo apresentado por MARCOS DA SILVA VIANA contra a decisão que não admitiu seu recurso especial.

O apelo nobre, fundamentado no art. 105, inciso III, alínea "a", da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, assim resumido:

APELAÇÃO CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL. RETORSÃO IMEDIATA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Inviável aplicar-se o perdão judicial previsto para o crime de injúria (art. 140, § 1º, do CP), se não ficou demonstrado que a

Boletim Criminal **Comentado** 108- Setembro

-2020 -

vítima, de forma reprovável, provocou diretamente as ofensas ou deu causa à retorsão imediata.

Brasília, 13 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente (Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 3/2/2020).

Por tudo isso, **conclui-se que o acordo de não persecução penal, pela prática de conduta prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, injúria qualificada que envolva elementos de ordem racial, de origem ou etnia, não é suficiente e necessário à repressão e prevenção do fato.**

Além dos fundamentos acima alinhavados, cumpre lembrar, conforme já mencionado, que esta Procuradoria-Geral de Justiça firmou a Orientação Conjunta n. 01/2020, com a Douta Corregedoria-Geral do Ministério Público, recomendando a não formulação de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal em casos que envolvam injúria racial (CP, art. 140, § 3º), delito que, à semelhança do racismo (Lei n. 7.716/89), atenta contra valores sociais.

Diante do exposto, sempre com a renovada vênia da Ilustrada Defensoria Pública, insiste-se na motivada recusa de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal, e da Resolução n.º 1.187/2020 – PGJ – CGMP, restituindo-se os autos à Egrégia Vara de origem, para o regular prosseguimento da ação penal.

São Paulo, 7 de agosto de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 109, 9/2020
(semana nº 3)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. 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

Boletim Criminal Comentado 109- Setembro

-2020 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Lei 14.039/2020 e a retroatividade do complemento da norma penal em branco do art 89 da Lei de Licitações.

O art. 89 da Lei Licitações pune:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

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.

Como se sabe, excepcionalmente, é admitida a contratação direta com o Poder Público, nos casos em que há dispensa ou inexigibilidade de licitação, pelo que estamos diante de uma norma penal em branco, cujo complemento é feito por outras leis.

A licitação será **dispensada** quando a realização do certame em si é inconveniente. As hipóteses de dispensa estão expressamente previstas em lei, como o rol dos artigos 17 e 24 da Lei 8.666/1993, art. 5º, § 3º, da Lei 10.973/2004, art. 3º, § 1º, da Lei 12.850/2013 e art. 29 da Lei 13.303/2016, sendo vedado ao administrador a ampliação das hipóteses.

A licitação será **inexigível**, por outro lado, quando há inviabilidade de competição, porque não é possível garantir a pluralidade de interessados ou a fixação de critérios objetivos de julgamento. Resumidamente, entende-se que a inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos decorre da presença simultânea de quatro requisitos: 1) Serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei 8.666/1993; 2) Natureza singular do serviço, isto é, não seja serviço comum, rotineiro, que possa ser prestado por qualquer empresa; 3) Notória especialização do contratado; 4) O serviço não seja de publicidade ou divulgação. As hipóteses de inexigibilidade estão elencadas no rol exemplificativo dos artigos 25 da Lei 8.666/1993 e 30 da Lei 13.303/2016.

Assim, a dispensa ou inexigibilidade da licitação, fora dessas hipóteses configura o crime em análise. O crime incide também quando o agente, de modo fraudulento, simular a presença das hipóteses para a contratação direta.

Além disso, para dispensar ou inexigir a licitação, a legislação impõe **formalidades imprescindíveis ao ato** que, descumpridas, ensejam a caracterização da última figura prevista nesse tipo penal. A fim de evitar que desconformidades desimportantes sejam erigidas como objeto de tutela penal, é imprescindível que o descumprimento das formalidades produza uma substancial violação às

Boletim Criminal Comentado 109- Setembro

-2020 -

normas licitatórias, apta a caracterizar desvio de finalidade. As formalidades a que se refere o tipo são as previstas no artigo 7º, § 9º e 26, ambos da Lei 8.666/1993.

No que se refere a contratação de serviços advocatícios com inexigibilidade de licitação, sempre se decidiu imprescindível observar os seguintes parâmetros: a) necessidade de procedimento administrativo formal; b) notória especialização do profissional a ser contratado; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e e) cobrança de preço compatível com o mercado para o serviço. (STF - Inq 3074/SC, rel. Min. Roberto Barroso, 26.8.2014).

A Lei 14.039/20, ao alterar o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil e o Decreto-lei 9.295/46, reconheceu a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade. Essa opção legislativa retroage, alcançando fatos pretéritos. Contudo, apenas reconhecendo a natureza singular dos serviços, a retroatividade da novel Lei não pode ignorar a presença dos demais parâmetros acima delineados (repise-se: necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização do profissional a ser contratado; demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e cobrança de preço compatível com o mercado para o serviço).

2- Tema: Pedido de afastamento da reincidência reconhecida na sentença condenatória

Em regra, os termos da sentença transitada em julgado não podem ser alterados pelo juízo da execução criminal. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, além de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Excepcionalmente, contudo, admite-se reparos técnicos pelo juiz da execução. Por exemplo, é sabido que não existe “sursis” sem condições a serem observadas pelo beneficiário. Caso o magistrado sentenciante não determine as condições a serem obedecidas pelo condenado, deve o autor da ação opor Embargos de Declaração (art. 382, CPP ou art. 619, CPP, em sede de acórdão condenatório) a fim de sanar a omissão.

Não sanado o vício (ou não sendo opostos Embargos), nada impede que o juízo das execuções fixe as condições a serem observadas, com fulcro nos arts. 66, III, “d”, e 158, §2º, ambos da Lei de Execução Penal. Nesse sentido vem decidindo o STJ:

“se o juiz se omite em especificar as condições na sentença, cabe ao réu ou ao Ministério Público opor embargos de declaração, mas se a decisão transitou em julgado, nada impede que, provocado ou de ofício, o Juízo da Execução especifique as condições. Aí não se pode falar em ofensa à coisa

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

julgada, pois esta diz respeito à concessão do sursis e não às condições, as quais podem ser alteradas no curso da execução da pena” (RT 709/389).

Dentro desse espírito, pergunta-se: pode o juiz da execução penal afastar reincidência reconhecida na sentença condenatória?

Prevalece que não. Vejamos alguns julgados que se cuidaram do tema

TJMS- Agravo de Execução Penal - Nº 0040983-04.2018.8.12.0001 - Campo Grande

E M E N T A – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – CÁLCULO DE PENA - PEDIDO DE AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO EM SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DESPROVIDO.

1. O afastamento da reincidência devidamente reconhecida por sentença condenatória não pode ser realizado pelo Juízo das Execuções, devendo ocorrer por meio impugnativo próprio, seja Apelação Criminal ou Revisão Criminal, a depender da ocorrência, ou não, do trânsito em julgado.
2. De todo modo, conquanto registros de condenações criminais cujas penas tenham sido extintas há mais de cinco anos não sejam aptas a gerar reincidência quanto a novos crimes, é perfeitamente aplicável a referida agravante em relação àqueles praticados antes do decurso do período depurador, com irradiação de seus efeitos sobre o cálculo dos futuros benefícios da execução penal.
3. Com o parecer, agravo em execução penal desprovido.

TJMS- Agravo de Execução Penal - Nº 0031749-95.2018.8.12.0001 - Campo Grande

E M E N T A – AGRAVO EM EXECUÇÃO – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA NA SENTENÇA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Em execução definitiva, é defeso ao juízo da execução penal afastar a agravante da reincidência reconhecida em sentença transitada em julgado, sob pena de ofensa à coisa julgada material e à segurança jurídica que legitimamente se espera das decisões do Poder Judiciário.

TJES- Ag-ExPen 0019993-32.2017.8.08.0035; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 28/2/2018; DJES 9/3/2018)

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA NA SENTENÇA E PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. VIA INADEQUADA. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO OU REVISÃO CRIMINAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A reincidência é matéria relativa ao mérito da ação penal originária, não sendo passível de análise em execução penal.
2. Art. 1º da LEP. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Dessa forma, o juiz de execuções penais está adstrito ao que consta na sentença.
3. No presente caso, para que surtisse efeitos no Juízo de Execução Penal, a d. Defesa deveria ter impugnado a sentença por meio dos recursos cabíveis, quais sejam, a apelação ou revisão criminal.
4. Recurso não conhecido.

3- Nota Técnica do CAOCRIM nº 11: pesquisa relacionada com pessoas foragidas

O CAOCRIM atendeu a solicitação de colegas e elaborou, com apoio do CAEX e da Dra. Mylene Comploier, Nota Técnica para orientar as providências cabíveis para a localização de pessoas foragidas. Clique [aqui](#).

Boletim Criminal Comentado 109- Setembro

-2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Astreintes. Aplicabilidade subsidiária do CPC ao processo penal. Multa diária e poder geral de cautela. Teoria dos poderes implícitos.

INFORMATIVO 677 STJ- TERCEIRA SEÇÃO

É possível a fixação de astreintes em desfavor de terceiros, não participantes do processo, pela demora ou não cumprimento de ordem emanada do Juízo Criminal (REsp 1.568.445-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. Ac. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, por maioria, julgado em 24/6/2020, DJe 20/8/2020).

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

As normas de processo civil aplicam-se de forma subsidiária ao processo penal (art. 3º. CPP).

A jurisprudência do STJ, seguindo a doutrina majoritária, admite a aplicabilidade das normas processuais civis ao processo penal, desde que haja lacuna a ser suprida. Importante ressaltar que a lei processual penal não tratou, detalhadamente, de todos os poderes conferidos ao julgador no exercício da jurisdição.

Multa cominatória surge, no direito brasileiro, como uma alternativa à crise de inefetividade das decisões, um meio de se infiltrar na vontade humana até então intangível e, por coação psicológica, demover o particular de possível predisposição de descumprir determinada obrigação.

Assim, quando não houver norma específica, diante da finalidade da multa cominatória, que é conferir efetividade à decisão judicial, imperioso concluir pela possibilidade de aplicação da medida em demandas penais. Note-se que essa multa não se confunde com a multa por litigância de má-fé, esta sim refutada pela jurisprudência pacífica do STJ.

É importante observar que o poder geral de cautela, com previsão no Código de Processo Civil, também tem incidência no processo penal. Tanto é assim que, quanto à aplicabilidade desse poder no processo penal, é possível encontrar precedentes recentes do STF. Nos termos do entendimento do STF, ao juiz somente foi obstado pela Lei 12.403/11 o emprego de cautelares inominadas que atinjam a liberdade de ir e vir do indivíduo.

Ademais, a teoria dos poderes implícitos também é um fundamento autônomo que, por si só, justificaria a aplicação de astreintes pelos magistrados.

No ponto, poderia surgir a dúvida quanto à aplicabilidade das astreintes a terceiro não integrante da relação jurídico-processual. Entretanto, é curioso notar que, no processo penal, a irregularidade

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

não se verifica quando imposta a multa coativa a terceiro. Haveria, sim, invalidade se ela incidisse sobre o réu, pois ter-se-ia clara violação ao princípio do nemo tenetur se detegere.

Na prática jurídica, não se verifica empecilho à aplicação ao terceiro e, na doutrina majoritária, também se entende que o terceiro pode perfeitamente figurar como destinatário da multa. Ademais, não é exagero lembrar, ainda, que o Marco Civil da Internet traz expressamente a possibilidade da aplicação de multa ao descumpridor de suas normas quanto à guarda e disponibilização de registros conteúdos.

Por fim, vale observar, a propósito, a existência de dispositivos expressos, no próprio Código de Processo Penal, que estipulam multa ao terceiro que não colabora com a justiça criminal (arts. 219 e 436, § 2º).

DIREITO PENAL:

1-Tema: Teses do STJ sobre falta grave na execução penal

1) A decisão proferida pela autoridade administrativa prisional em processo administrativo disciplinar – PAD que apura o cometimento de falta grave disciplinar no âmbito da execução penal é ato administrativo, portanto, passível de controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar na execução penal é imprescindível a instauração de processo administrativo (PAD) pelo diretor do presídio, assegurado, inclusive, o direito de defesa, a ser exercido por advogado constituído ou defensor público. O tema já foi motivo de controvérsia no STJ, que editou a súmula 533, na qual conclui que o procedimento é obrigatório.

A decisão proferida no procedimento tem natureza de ato administrativo, que, portanto, pode sofrer controle de legalidade pelo Poder Judiciário. Há precedentes desta tese nos quais condenados questionavam atos judiciais que haviam modificado a conclusão do PAD para tornar mais severa a punição. Segundo o STJ, considerando que o condenado deve se defender dos fatos, e não da natureza legal da falta cometida, é possível que o juiz da execução, zelando pela correta aplicação da lei, faça o controle da decisão administrativa e imponha sanção mais severa:

“1. É possível o controle judicial sobre decisão administrativa do diretor do presídio que, no uso de suas atribuições, considerou a falta disciplinar cometida pelo sentenciado como de natureza média. 2. Inafastável, pois, a possibilidade de o Magistrado da execução, após requerimento do órgão ministerial, “zelar pelo correto cumprimento da pena” (art. 66, VI, da LEP), o que inclui a apreciação das penalidades administrativas aplicadas pelo diretor do presídio, no âmbito do controle de legalidade da referida decisão administrativa. 3. In casu, o agravante exerceu trabalho externo na Defensoria Pública da União até seu afastamento em razão de ter sido detectado que o registro de seu ponto de saída teria sido registrado por outro reeducando nos dias 3 e 13 de maio de 2016. Instaurado incidente de regressão de regime, a autoridade administrativa considerou que a conduta praticada consistiu em falta de natureza média. O Tribunal de origem, todavia, reconheceu que a falta cometida além de configurar ilícito penal (art. 299 do CP), também seria de natureza grave, consoante o disposto no art. 50, VI, c. c. art. 39, V, da Lei de Execução Penal. 4. “Assim, ainda que se reconheça certa discricionariedade da autoridade administrativa prisional no exercício de dosimetria da penalidade administrativa – conforme previsto no art. 59 da LEP -, não se pode admitir a convalidação dessa atividade em arbitrariedade e, ainda, retirar do Poder Judiciário a devida intervenção” (HC 365.431/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 8/11/2016)” (AgRg no AREsp 1.439.580/SP, j.15/10/2019).

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

2) A decisão que reconhece a prática de falta grave disciplinar deverá ser desconstituída diante das hipóteses de arquivamento de inquérito policial ou de posterior absolvição na esfera penal, por inexistência do fato ou negativa de autoria, tendo em vista a atipicidade da conduta.

Em regra, as apurações que tramitam nas esferas penal e administrativa são independentes, pois têm naturezas diversas. Há, no entanto, algumas situações em que a decisão proferida no procedimento administrativo é afetada pela conclusão do inquérito policial ou pela sentença na ação penal. Isso ocorre quando, reconhecida a falta grave no PAD, o procedimento criminal conclui que o fato não existiu ou que o condenado não foi seu autor. Nesses casos, não há possibilidade de subsistir a punição disciplinar:

“II – Em consulta ao processo instaurado para apuração do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, que supedaneou o reconhecimento da falta grave, verifica-se que o d. Juízo acolheu a promoção do Ministério Público estadual e determinou o arquivamento do inquérito policial, ao reconhecer a atipicidade da conduta. III – A falta grave suscitada nos autos teria ocorrido unicamente pela prática de fato previsto como crime doloso no curso da execução penal, nos termos do art. 52 da Lei de Execuções Penais. Logo, determinado o arquivamento do inquérito policial com fundamento na atipicidade, ou seja, na inexistência de crime, deve ser afastada a caracterização de falta grave. Precedentes” (HC 462.463/RS. j. 13/12/2018).

3) No processo administrativo disciplinar que apura a prática de falta grave, não há obrigatoriedade de que o interrogatório do sentenciado seja o último ato da instrução, bastando que sejam respeitados o contraditório e a ampla defesa, e que um defensor esteja presente.

Pode-se definir o interrogatório como sendo a resposta dada pelo acusado às perguntas que lhe são formuladas para esclarecimento do fato delituoso e suas circunstâncias. Seguindo moderna tendência, o interrogatório é o último ato da instrução processual penal, o que realça seu caráter de meio de defesa. Não obstante essa característica de meio de defesa, o STJ tem decidido que, no PAD, não é obrigatório que o interrogatório seja o último ato da instrução:

“2. No procedimento administrativo disciplinar que apura a prática de falta grave, não há obrigatoriedade de que o interrogatório do sentenciado ocorra no último ato da instrução, bastando que seja sempre respeitado o contraditório e a ampla defesa, além da presença de um defensor. (AgRg no HC 369.712/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 1º/6/2018) 3. Ademais, admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça (HC 117.952/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 27/5/2010, DJe 28/6/2010)” (HC 483.451/SP, j. 26/2/2019)

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

4) A palavra dos agentes penitenciários na apuração de falta grave é prova idônea para o convencimento do magistrado, haja vista tratar-se de agentes públicos, cujos atos e declarações gozam de presunção de legitimidade e de veracidade.

É um tanto controverso, no processo penal, o valor probatório a ser conferido ao depoimento de policiais. Parte da jurisprudência vê com enormes reservas essa espécie de depoimento. Afinal – argumentam – se o policial foi o responsável pela prisão do réu, buscará, sempre, conferir ares de legalidade ao seu ato. Não faria sentido, que, por exemplo, tendo prendido o acusado por tráfico de entorpecente, afirmasse que a droga não se encontrava em poder daquele primeiro. Há, de outra parte, posicionamento francamente favorável ao depoimento de policiais. É que, tendo participado diretamente da diligência que culminou na deflagração de processo contra o réu, mais do que ninguém se encontra preparado para depor sobre os fatos. Demais disso, importaria em verdadeiro contrassenso que o Estado, de um lado, habilitasse o agente a prestar-lhe serviços, mediante, inclusive, ingresso na carreira por um concurso público para, de outro, negar credibilidade a seu depoimento.

Debate semelhante existe sobre a possibilidade de admitir o depoimento de agentes penitenciários no procedimento que apura a prática de falta grave. O STJ admite o depoimento como prova idônea:

“Registre-se entendimento deste Tribunal no sentido de que a prova oral produzida, consistente em declarações coesas dos agentes de segurança penitenciária se mostraram suficientes para a caracterização da falta como grave *...+. A Jurisprudência é pacífica no sentido de inexistir fundamento o questionamento, a priori, das declarações de servidores públicos, uma vez que suas palavras se revestem, até prova em contrário, de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral. (HC n. 391.170, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, julgado em 1º/8/2017, publicado em 7/8/2017). Na mesma linha de entendimento: HCn. 334.732, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 17/12/2015, publicado em 1º/2/2016” (AgRg no HC 562.216/SP, j. 26/5/2020).

5) No processo administrativo disciplinar instaurado para apuração de falta grave supostamente praticada no curso da execução penal, a inexistência de defesa técnica por advogado na oitiva de testemunhas viola os princípios do contraditório e da ampla defesa e configura causa de nulidade do PAD.

6) A ausência de defesa técnica em procedimento administrativo disciplinar instaurado para apuração de falta grave em execução penal viola os princípios do contraditório e da ampla defesa e enseja nulidade absoluta do PAD.

Boletim Criminal Comentado 109- Setembro

-2020 -

A súmula 533 do STJ, que exige a instauração de procedimento administrativo para a imposição de sanção por falta disciplinar, é clara ao dispor também que deve ser assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. Todos os atos que, por sua natureza, admitem o contraditório e a ampla defesa devem ser praticados na presença do advogado do condenado. A falta de defesa acarreta a nulidade do procedimento:

“II – “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado” (REsp n. 1.378.557/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21/3/2014, grifei). III – O Plenário do col. Pretório Excelso, em julgamento do RE n. 398.269/RS, Rel. Exmo. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/2/2010, concluiu pela inaplicabilidade da Súmula Vinculante n. 5 aos procedimentos administrativos disciplinares realizados em sede de execução penal, ressaltando a imprescindibilidade da defesa técnica nesses procedimentos, sob pena de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, aos ditames da LEP e à legislação processual penal. IV – A apuração e aplicação de sanção disciplinar em procedimento administrativo disciplinar instaurado para apuração de falta grave supostamente praticada no curso da execução penal sem a presença de defesa técnica, viola os princípios do contraditório e da ampla defesa e configura causa de nulidade absoluta do PAD” (HC 517.663/MG, j. 1/10/2019).

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: ANPP. Recusa de formulação de acordo de não persecução penal. Discricionariedade regrada do promotor de Justiça – manutenção

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28-A, § 14

Autos n.º 00x0xxx-6x.201x.8.26.0050 – MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital

Ré: D.J.C.

Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – manutenção

1. BREVE HISTÓRICO

Cuida-se de ação penal proposta pelo Ministério Público contra D.J.C., imputando-lhe o crime do art. 155, parágrafo 4º, inciso II, por dezenove vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal.

O processo teve seu regular trâmite, sobrevivendo r. sentença, que julgou procedente a ação penal, condenando a ré ao cumprimento da pena de 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de valor equivalente a 18 (dezoito) dias-multa, arbitrados no mínimo legal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período, autorizada a redução desse prazo, nos moldes do art. 46, § 4º, do Código Penal, bem como pena de multa no valor correspondente a 100 UFESPs também para entidade a ser indicada pelo Juízo das Execuções (cf. fls. 192/198).

A Ilustre Defesa interpôs recurso de apelação (fls. 204/205 e 213/220).

O Ministério Público apresentou contrarrazões, manifestando-se pela manutenção da r. sentença em sua integralidade (fls. 226/228).

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

Parecer da Procuradoria de Justiça Criminal pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 235/238).

O Egrégio Tribunal de Justiça, por sua Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal, converteu o julgamento em diligência, ordenando a baixa dos autos à origem, para que seja examinada a possibilidade de proposta de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (cf. fls. 240/243).

Baixados os autos, a Douta Promotora de Justiça, motivadamente, deixou de oferecer o aventado benefício, por entendê-lo incabível no caso concreto. Argumentou, inicialmente, que a ré não confessou os fatos formal e circunstanciadamente e, além disso, os crimes foram praticados de modo continuado no tempo, forte indicativo de condutas reiteradas e profissionais, causadores de vultosos prejuízos à vítima, não se mostrando a medida suficiente à reprovação e à prevenção do crime em questão.

Frisou, ainda, que a propositura do acordo não é direito subjetivo da acusada, sendo prerrogativa institucional do Ministério Público (fls. 255/260).

A MM. Juíza, então, determinou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, para revisão da recusa ministerial (fls. 262).

É a síntese do necessário.

Com a máxima vênia da Douta Defesa e do Egrégio Tribunal de Justiça, não cabe acordo de não persecução penal à sentenciada, conforme será a seguir aduzido.

1.1. DA PRERROGATIVA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Calha frisar, de início, que o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo público do investigado, mas prerrogativa institucional do Ministério Público. Nesse sentido, inclusive, o Enunciado n.º 21, elaborado em conjunto pela Procuradoria-Geral de Justiça e pela Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

E nem poderia ser diferente, haja vista sua natureza jurídica similar à transação penal e à suspensão condicional do processo.

Quanto a estas, inclusive, sedimentou-se de há muito na jurisprudência o entendimento de que, uma vez negada a elaboração da proposta, cumpre aplicar o artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal, a fim de que o órgão ministerial de revisão possa dar a palavra final.

Essa solução encontra fundamento na Constituição Federal; em particular, no artigo 129, inciso I, o qual **atribui ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública**. Deveras, tratando-se do *dominus litis*, **aos membros desta Instituição incumbe aferir o cabimento das medidas despenalizadoras contidas na Lei n.º 9.099/95 e – igualmente – do acordo de não persecução penal**.

Nesse sentido, a **Súmula n.º 696 do Egrégio Supremo Tribunal Federal** e a **jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça**, que proclamam **cuidar-se a formulação das propostas de transação penal e suspensão condicional do processo de verdadeira prerrogativa funcional do Parquet** (STJ, HC n.º 150.416, rel. Ministro GILSON DIPP, 5.ª TURMA, DJe de 18/10/2010).

Muito embora o precedente utilizado acima seja referente a acórdão proferido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em *habeas corpus* julgado no ano de 2010, como se disse no início da fundamentação, tal entendimento encontra-se pacificado. Nessa esteira, a título exemplificativo, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO DOLOSA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PRERROGATIVA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO PELO MAGISTRADO. PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. INDEFERIMENTO LIMINAR.

1. Na esteira da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa do Ministério Público, sendo vedado ao Magistrado oferecê-la de ofício. Ademais, a

prerrogativa do seu oferecimento (ou não), nos termos da lei, é exclusiva do Ministério Público e deve sempre ser motivada, como de fato ocorreu no caso em questão. Precedentes do STF (Inq 3.438 – Rel. Min. Rosa Weber – 1ª T – j. 11.11.2014 – DJe 10.02.2015 e RE n. 468.161 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – 1ª. T – j. 14.03.2006 – DJe 31.03.2006) e do STJ (AgInt no RHC 66.292/PR – Rel. Min. Nefi Cordeiro – 6ª T – j. 02.06.2016 – DJe 16.06.2016; HC 150.416/SP – Rel. Min. Gilson Dipp – 5ª T – j. 28.09.2010 – DJe 18.10.2010; AgRg nos EDcl no REsp 825.208/RS – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ª T – j. 22.6.2010 – DJe 2.8.2010 e REsp 1.008.191/SP – Rel. Min. Félix Fischer – 5ª T – j. 24.4.2008 – DJe 9.6.2008

2. Indeferimento liminar do “habeas”.

(TJ-SP - HC 2002196-16.2017.8.26.0000-SP, Rel.: Airton Vieira, **j. em 31.1.2017**, 3ª Câmara de Direito Criminal, DJ 2.2.2017) – grifos acrescidos.

CRIME CONTRA A HONRA. PARLAMENTAR. OFENSAS IRROGADAS QUE NÃO GUARDAM NEXO COM O EXERCÍCIO DO MANDATO. CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 53 DA CF. CRIME DE INJÚRIA PRATICADO CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES. LEGITIMIDADE CONCORRENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 714 DESTES SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPRESENTAÇÃO. ATO QUE DISPENSA MAIORES FORMALIDADES. TRANSAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO CONCEDER O BENEFÍCIO SEM A PROPOSTA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO QUE ABRANGE TAMBÉM A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE DE DEPOIMENTOS COLHIDOS POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. INQUÉRITO PARA APURAR CRIME IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL. SUPERVISÃO QUE COMPETE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DENÚNCIA QUE, MESMO EXCLUÍDAS AS PROVAS PRODUZIDAS POR AUTORIDADE INCOMPETENTE, ESTÁ LASTREADA EM INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTES PARA SEU RECEBIMENTO.

(...)

4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade de o Poder Judiciário conceder os benefícios previstos no art. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 sem que o titular da ação penal tenha oferecido a proposta.

(...)

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

(STF, Inquérito n.º 3.438/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, **julgado em 11.11.2014**, DJe 10.2.2015) – grifos acrescidos.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. (ART. 89 DA LEI N. 9.099/95). RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. **A prerrogativa do oferecimento, ou não, da suspensão processual, nos termos da lei, é exclusiva do Ministério Público, devendo sempre ser motivada, como de fato ocorreria no caso em questão** (HC 40.511/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 833).

2. Na ausência de argumento apto a afastar as razões consideradas no *decisum* ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgInt no RHC 66.292/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, **julgado em 2.6.2016**, DJe 16.6.2016) – grifos acrescidos.

Destaque-se, por oportuno, que esse E. Tribunal de Justiça, em recente decisão da Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal, ao julgar *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, **denegou a ordem reconhecendo tratar-se de prerrogativa Institucional do *Parquet* a análise do cabimento do acordo de não persecução penal**, sendo consignado pelo eminente relator que o Poder Judiciário deve se abster de interferir na questão:

Habeas Corpus. Insurgência quanto à ausência de propositura de acordo de não persecução penal. Tráfico que supostamente viria a ser considerado privilegiado. PGJ que, provocada pelo juízo nos termos do art. 28-A CPP, manteve a recusa do Promotor de Justiça. **Posição institucional que deve ser preservada.** ORDEM DENEGADA. (TJ-SP, HC n. 2064200-84.2020.8.26.0000, Rel. Des. Xisto Rangel, julgado em **5 de maio de 2020**)

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

1.2. DAS RAZÕES EXPOSTAS PARA A NEGATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO CASO CONCRETO

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:

- 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.

O Código de Processo Penal exige, ainda, **requisitos materiais subjetivos**, consistentes em:

- a) que o investigado **não seja reincidente**;

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

- 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 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;**
- d) que a celebração do acordo atenda ao que seja **necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.**

Pois bem.

Deve-se destacar que, muito embora se cuide de crime cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, ao qual tenha sido aplicada pena inferior a quatro anos, há obstáculos insuperáveis à realização da proposta.

O acordo de não persecução penal é negócio jurídico pré-processual no qual o Ministério Público deixa de perseguir uma condenação, a despeito da viabilidade jurídica de propor a ação penal e, em contrapartida, o investigado confessa o fato e aceita cumprir as condições acordadas.

Como é inerente a qualquer negócio jurídico, é necessário que uma das partes abra mão de perseguir um bem material que ainda não possui.

Com a prolação de sentença condenatória, o Estado-Acusação já tem, consigo, título executivo, embora sujeito à confirmação, de tal maneira que nada justifica, sob a ótica ministerial, deixar de persegui-lo.

Essa postura, ademais, colidiria com o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, insculpido no artigo 42¹ do Código de Processo Penal.

A medida despenalizadora em análise relativiza o princípio da obrigatoriedade (CPP, art. 24), mas mantém íntegro o da indisponibilidade.

Cumpre observar que, interrogada em Juízo, D. negou a prática do crime.

¹Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

Nesse contexto, não se faz presente o pressuposto da confissão formal e circunstanciada, e ausente, portanto, requisito de natureza **objetiva** para o aventado acordo processual.

Inexistindo tal formalidade, não há, para o Ministério Público, dever de intimar a acusada a fim de oportunizar a ela que confesse o fato.

E não bastasse isso, na linha do entendimento desta Procuradoria-Geral de Justiça e do CAOCrim, **prolatada sentença condenatória, não é mais viável processualmente o acordo de não persecução penal.**

A doutrina de **Rodrigo Leite Ferreira Cabral** também é nesse sentido:

“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 visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo” (**Manual do Acordo de Não Persecução Penal: à luz da Lei Anticrime. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 213) (negrito nosso).**

Nessa direção, proferida sentença condenatória, assim decidiu a Suprema Corte acerca do não cabimento do *sursis* processual, exaurida a atividade jurisdicional em primeiro grau, cuidando-se de instituto que guarda similitude com o novo acordo de não persecução penal:

“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 precípua para o qual o instituto do “sursis” processual foi concebido, vale dizer, o de evitar a imposição da pena privativa de liberdade. (...)**”

(STF, HC n. 74.463, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, julgado em 10 de dezembro de 1996).

Mais recentemente e a propósito do novo acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A, com a redação da Lei nº 13.964/19), cumpre lembrar que **o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo** tem decidido no sentido de que, após a sentença, exaurida a jurisdição em primeiro grau e concluída a persecução penal, não se revela mais apropriado o momento para o acordo de não persecução penal. Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, MAS ADAPTADA, EQUIPARADA A USO RESTRITO – FATO TÍPICO – IRRELEVÂNCIA DE TERGIVERSAÇÃO SOBRE O DOLO – CRIME DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO – CIRCUNSTÂNCIA DE O RÉU NÃO CONHECER A ALTERAÇÃO DO ARMAMENTO QUE SE MOSTRA IRRELEVANTE – CAPITULAÇÃO DA CONDUTA NO CAPUT E NÃO NO PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DO ESTATUTO DE DESARMAMENTO – PENA MÍNIMA – REGIME PRISIONAL ABERTO – PENA ALTERNATIVA – **IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA** – RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 0009986-56.2018.8.26.0451; Relator (a): Euvaldo Chaib; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: **15/4/2020**).

Preliminar - Conversão do julgamento em diligência para que se determine a abertura de vista dos autos ao Ministério Público para avaliação da possibilidade do oferecimento de acordo de não persecução penal - Impossibilidade - Marco final para tal providência superado - Feito em fase recursal. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e pelo concurso de agentes tentado - Coesão e harmonia do conjunto probatório Condenação mantida. Penas (Réu Walmir) - Critérios dosimétricos inalterados (Réu Paulo) - Critérios dosimétricos alterados. Penas substitutivas - Pertinência. Apelos defensivos improvido (Réu Walmir), e parcialmente provido (Réu Paulo).

(TJSP, Apelação Criminal nº 0008922-84.2017.8.26.0050, Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal, Relator o Desembargador MAURICIO VALALA, julgado em 03 de junho de 2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA, EM CONTINUIDADE DELITIVA – OMISSÃO E EFEITO MODIFICATIVO, PARA QUE SEJA OFERTADO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – VÍCIOS INEXISTENTES – TODAS AS QUESTÕES APRESENTADAS FORAM SOPESADAS E DECIDIDAS – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NÃO É MAIS POSSÍVEL, POIS JÁ ENCERRADA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, COM EXAME DE MÉRITO – VIA INADEQUADA PARA ALTERAR O DECIDIDO – AUSÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO OU À LEGISLAÇÃO FEDERAL EM VIGOR – EMBARGOS REJEITADOS.

(TJSP, Embargos de Declaração Criminal nº 0058473-72.2013.8.26.0050/50000, 4ª Câmara de Direito Criminal, Relator o Desembargador Euvaldo Chaib, julgado em 27 de maio de 2020.)

Digno de transcrição, ainda, trecho do voto proferido na apelação criminal nº 0009986-56.2018.8.26.0451, acima citado, com referência a outras decisões **deste Egrégio Tribunal de Justiça**, negando aplicação do acordo de não persecução penal após a prolação de sentença:

“O momento processual não mais condiz com o acordo de não persecução penal (ANPP), que não mais alcançará seu fim, qual seja, evitar a propositura de ação penal, até porque já veio a ser

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

prolatada decisão monocrática terminativa de mérito, sendo irrelevante o fato desta não ter sido alcançada pelo trânsito em julgado, vez que, a se fazer valer a orientação delineada pelo ilustre parecerista, com a devida vênia, estar-se-á desnaturando o espírito do instituto e a natureza jurídica da nova ordem jurídica instituída pelo Pacote Anticrime” (Apelação Criminal nº 0009986-56.2018.8.26.0451, julgada em 15 de abril de 2020).

No mesmo sentido, pela impossibilidade de aplicação retroativa do instituto, uma vez proferida sentença condenatória:

“Em primeiro lugar porque, proferida sentença penal condenatória, já superada a etapa procedimental relativa ao acordo de persecução penal, que pressupõe exatamente o não desencadeamento da ação penal. Não faz sentido, dada a natureza do instituto, retroceder-se no procedimento, de sorte a volver-se a um estágio anterior à relação processual já encetada e finda em primeiro grau” (Apelação Criminal nº 1526083- 13.2019.8.26.0228, Relator o eminente Desembargador LAERTE MARRONE, julgada em 8 de maio de 2020).

Importante sublinhar, ainda, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça também se pronunciou nesse sentido, **ao apreciar petição nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 1.668.089/SP, Relator o Ministro Felix Fischer, aos 25 de junho de 2020**, negando a possibilidade de acordo de não persecução penal, depois da sentença condenatória, em grau de recurso, citando, inclusive, trecho de manifestação ministerial na mesma direção:

“...Assim é que, sob todos os vieses analisados, vê-se que não há como ser acolhido o pedido de sobrestamento e remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau para a análise da possibilidade de acordo de não persecução penal – ANPP, na forma da Lei nº 13.964/19, no caso, uma vez que o feito já se encontra em fase recursal, com condenação do ora requerente pelos crimes de dano, lesão corporal e desacato.” (fls. 531-536, grifos no original) ...”

Na mesma direção, também, a recentíssima decisão:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PECULIARIDADE DO CASO. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Segundo o § 1º do art. 28-A do Código de Processo Penal, 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.

2. Para serem consideradas as causas de aumento e diminuição, para aplicação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), essas devem estar descritas na denúncia, que, no presente caso, incorreu, não sendo possível considerar, no cálculo da pena mínima cominada ao crime imputado ao acusado, a causa de diminuição reconhecida apenas quando do julgamento do recurso especial. No caso do delito de tráfico, far-se-á necessário o curso da ação penal, em regra, para aferir os requisitos previstos no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, o que obsta a aplicação do benefício, que decorre, inclusive do tratamento constitucional e da lei que são rigorosos na repressão contra o tráfico de drogas, crime grave, que assola o país, merecendo um maior rigor estatal.

3. Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, cuja causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de drogas fora reconhecida somente neste STJ, com a manutenção da condenação. 4. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDcl no AgRg no AgRg no AREsp nº 1.635.787 – SP, Quinta Turma, Rel: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, **julgado em 4 de agosto de 2020**, DJe 13 de agosto de 2020).

2. CONCLUSÃO

Boletim Criminal **Comentado** 109- Setembro

-2020 -

Há, portanto, obstáculos insuperáveis à formulação da proposta à sentenciada D., com a renovada vênia do Eminentíssimo e Culto Desembargador-Relator, Doutor VICO MAÑAS, da Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

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 de oferta do acordo, restituindo-se os autos ao Egrégio Juízo de primeiro grau, para que os encaminhe ao Egrégio Tribunal de Justiça, para julgamento do recurso de apelação interposto pela Defesa.

São Paulo, 10 de setembro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 110, 9/2020
(semana nº 4)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 110- Setembro

-2020 -

AVISO

Não obstante ainda não tenha transitado em julgado o acórdão proferido no IRDR 2103746-20.2018.8.26.0000 - no qual se discute a natureza da decisão que defere a progressão de regime, bem como a fixação da data base para nova progressão - no Agravo em Execução Penal n.º 0007719-57.2020.8.26.0996, o Relator Desembargador Alberto Anderson Filho, em decisão monocrática, com fundamento no artigo 932, IV, "c", do CPC, c/c o artigo 3.º do CPP, deu provimento ao recurso do MP, mencionando a tese jurídica fixada no referido Incidente. Para a decisão, clique [aqui](#).

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: RELATÓRIO - introdução sobre o PLID

1. Do Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos (PLID)

Interessante conhecer o trabalho profissional e eficiente do nosso PLID.

Por meio do Protocolado nº 127.427/2012 foi instituído, no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, o **Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos (PLID)**, com o objetivo de uniformizar, integrar informações e instruir atividades ministeriais na busca e identificação de pessoas desaparecidas, não identificadas, submetidas ao tráfico de seres humanos ou em situações correlatas, a partir de experiência iniciada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o PLID/MPRJ.

O PLID/MPSP iniciou, efetivamente, suas atividades em novembro de 2013 e, desde então, direcionou-se à busca quanto ao entendimento do fenômeno social do desaparecimento de pessoas, bem como a desenvolver boas práticas voltadas ao seu enfrentamento.

Embora o Programa não tenha função de execução, ele atua em diferentes áreas de interesse dos membros do Ministério Público e em apoio à atividade-fim, conforme demonstrado a seguir.

2. Dos Casos atendidos pelo PLID

Dentro de suas atribuições, o Programa atende os seguintes casos:

a) Localização de Pessoa desaparecida

Sempre que houver uma notícia de desaparecimento de pessoa, por qualquer razão ainda a ser apurada, o PLID recebe tais solicitações.

Boletim Criminal Comentado 110- Setembro

-2020 -

Considera-se “*pessoa desaparecida: todo ser humano cujo paradeiro é desconhecido, não importando a causa de seu desaparecimento, até que sua recuperação e identificação tenham sido confirmadas por vias físicas ou científicas.*”¹.

Não é necessário aguardar por 24 (vinte e quatro) horas, ou qualquer outro intervalo de tempo, para se noticiar um desaparecimento. Essa e outras orientações acerca de como proceder, nesses casos, são encontradas na Cartilha de Prevenção e Enfrentamento ao Desaparecimento², material formulado pelo PLID.

b) Acompanhamento de Pessoa Encontrada Sem Identificação

Também podem ser encaminhados, para cadastro no PLID, casos de pessoas de identificação desconhecida (vivas³, ou falecidas⁴), a fim de que se tente, por meio de pesquisas, a identificação dessas e verificar se, eventualmente, há alguma notícia de desaparecimento em nome delas.

c) Recuperação de Contato Familiar

Por orientação do Comitê Gestor do SINALID (Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos) do CNMP, o PLID também atende casos em que não há boletim de ocorrência de desaparecimento, mas o solicitante procura pelo Programa na tentativa de localizar um familiar com quem perdeu contato, normalmente, há muitos anos. Esses casos também são atendidos (de forma não prioritária), com a expressa ressalva de que os dados da pessoa procurada apenas serão fornecidos caso ela seja encontrada e assim o autorize.

3. Como encaminhar solicitações ao Programa?

As Promotorias de Justiça e órgãos do MPSP voltados à atividade-fim podem encaminhar casos para acompanhamento pelo PLID das seguintes maneiras:

- ✓ Pelo Portal do MPSP na internet, por meio do preenchimento do formulário de cadastro (<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/plid/formulario>), com a possibilidade de envio de fotografia da pessoa desaparecida e/ou boletim de ocorrência, conforme instruções contidas no link. Obs.: nos casos em que o formulário de cadastro for preenchido por servidor do Ministério Público a pedido da pessoa atendida, é fundamental que sejam

¹ Lei Federal nº 13.812, de 16 de março de 2019, artigo 2º, inciso I.

²

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/plid/MaterialdeApoio/Cartilha%20de%20Preven%C3%A7%C3%A3o%20e%20Enfrentamento%20ao%20Desaparecimento.pdf>

³ Como, por exemplo, casos requerimento de registro tardio.

⁴ Corpos encontrados sem identificação

Boletim Criminal **Comentado** 110- Setembro

-2020 -

informados os dados de contato dessa (em especial, telefones e e-mail) e não do servidor responsável pelo preenchimento.

- ✓ Por envio de mensagem, contendo a respectiva documentação, para o e-mail cadastrodesaparecido@mpsp.mp.br.

[Relatório PLID - junho e julho/2020](#)

[Relatório PLID - agosto/2020](#)

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Crime de estelionato. Regra do § 5º do art. 171 do Código Penal acrescentada pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Ação penal pública condicionada à representação como regra. Nova lei mais benéfica. Retroatividade.

INFORMATIVO 677 STJ- SEXTA TURMA

A retroatividade da representação no crime de estelionato alcança todos os processos ainda não transitados em julgado.

Informações do Inteiro Teor:

Cinge-se a controvérsia a definir a aplicação retroativa ou não do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Uma análise necessária diz respeito ao caráter da norma que insere condição de procedibilidade, como regra, para persecução penal do delito de estelionato: se penal ou processual, e o consequente regime jurídico a que submetido, se penal ou processual.

Há razoável consenso doutrinário acerca da natureza dessa disciplina: as normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes no Código de Processo Penal, são de caráter misto, regidas assim pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva, como reconhecido pela Quinta Turma no HC 573.093/SC.

Assim, diante do advento de nova disciplina, a vigência da norma mais antiga ou mais nova será determinada pelos benefícios proporcionados ao réu no caso concreto. Caso a nova espécie de ação se apresente mais benéfica, deverá retroagir.

Boletim Criminal Comentado 110- Setembro

-2020 -

Entre as três espécies de ação penal há uma notória gradação: enquanto a ação penal de iniciativa privada obedece ao princípio da disponibilidade, estando submetida a causas específicas de extinção da punibilidade, como a renúncia, o perdão, a decadência, por exemplo, a ação penal pública incondicionada observa o princípio da indisponibilidade, sendo a persecução penal deflagrada de ofício pelo aparato oficial público. A ação penal pública condicionada à representação, por sua vez, observa o princípio da disponibilidade até o oferecimento da ação penal, que, uma vez instaurada, adquire o caráter de ação penal pública com desenvolvimento *ex officio*, não admitindo mais retratação.

Pode-se, assim, afirmar que a ação penal pública incondicionada é mais gravosa ao acusado, enquanto a ação privada é menos gravosa, estando a ação pública condicionada à representação em posição intermediária.

Diante de tal quadro, parece notório que o § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.694/2019, é norma mais benéfica em relação ao regime anterior. E, pelo caráter misto, alcança casos anteriores à sua vigência.

Há, no entanto, um claro limite à retroatividade do dispositivo: o trânsito em julgado da ação penal. A partir desse momento processual não há falar mais em exercício do direito de ação, que se esgota com o pronunciamento definitivo sobre o mérito da ação; instaura-se a pretensão executória, no qual o direito de punir já é juridicamente certo, não havendo espaço para discussão sobre a natureza da ação penal do título. O direito de executar a pena, saliente-se, não se submete a tais condicionantes, tampouco pode ser exercido de forma privada, cabendo apenas ao Estado exercê-lo, sem influência da vontade privada.

Considerado tal limite, a retroação da norma em questão alcança todos os processos em curso, sem trânsito em julgado. Tal retroação não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal.

Verifica-se, entretanto, uma omissão legislativa ao disciplinar os conflitos decorrentes da lei no tempo, passíveis de solução pela via interpretativa. A Lei n. 9.099/1995, em seu art. 91, trouxe disciplina para questão semelhante. Ao transformar a ação penal dos crimes de menor potencial ofensivo de ação pública incondicionada para pública condicionada à representação, determinou a intimação do ofendido ou do seu representante legal para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência.

Tal solução, é mais equânime com os cânones do direito penal e do processual penal. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado

Boletim Criminal **Comentado** 110- Setembro

-2020 -

como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.

Processo: HC 583.837-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 4/8/2020, DJe 12/8/2020.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A decisão em comento não acompanha a tese do MP/SP, já adotada pela 5ª. T do STJ e 2ª. T do STF. Se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento no sentido 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).

Em suma, temos que perceber o que retroage e em qual fase da persecução atua. Retroage condição de procedibilidade (representação da vítima). Existe para atuar antes do oferecimento da denúncia. Esta premissa não pode ser ignorada, como foi pela 6ª. T do STJ.

Por fim, a representação da vítima não demanda maiores formalidades. Tal condição de procedibilidade estará atendida com a mera manifestação de vontade da vítima no sentido de que quer ver processado aquele que a ofendeu. Fatos anteriores à Lei 13.964/19 que já tenham essa intenção inequívoca, dispensa nova oitiva da vítima para ratificar a vontade já externada.

2- Tema: Para Sexta Turma, prisão em flagrante pode, excepcionalmente, ser convertida em preventiva sem pedido do MP ou da polícia

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Para a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em situações excepcionais, é possível a conversão da prisão em flagrante em medida cautelar pessoal, inclusive a prisão preventiva, mesmo sem pedido expresso do Ministério Público ou da autoridade policial.

O colegiado, por maioria, negou habeas corpus a um indivíduo acusado de homicídio tentado, cuja prisão em flagrante fora convertida em preventiva pelo juiz plantonista, com fundamento na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública.

Boletim Criminal Comentado 110- Setembro

-2020 -

A defesa sustentou a ilegalidade do decreto de prisão preventiva, por não ter havido requerimento do MP nem representação policial – o que seria contrário ao [artigo 311](#) do Código de Processo Penal (CPP), com a nova redação dada pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Segundo consta do processo, a audiência de custódia deixou de ser realizada com base em orientações oficiais para a prevenção do novo coronavírus.

O ministro Rogério Schietti Cruz – autor do voto que prevaleceu no julgamento – afirmou que, com a edição da Lei 13.964/2019, não mais se permite que o juiz, mesmo no curso da ação penal, adote a prisão preventiva sem provocação do MP. Para o ministro, a imparcialidade do juiz que conduz a causa – ou, mais ainda, daquele que supervisiona a investigação preliminar – poderia ser colocada em risco caso lhe fosse autorizado decretar a prisão ou outra medida cautelar sem pedido do órgão com atribuição legal para tanto.

Situação distinta

Schietti ressaltou, porém, que o [artigo 282](#), parágrafo 5º, do CPP permite ao juiz, com ou sem pedido das partes, revogar medidas cautelares ou substituí-las se verificar que não mais há motivo para sua manutenção, bem como voltar a decretá-las caso encontre razões para isso.

A propósito, o ministro lembrou que a redação anterior do artigo 311 do CPP autorizava a decretação da preventiva de ofício, no curso da ação. Com o Pacote Anticrime, passou a ser indispensável o pedido do MP, da polícia ou do querelante (no caso da ação penal privada).

No entanto – apontou –, a conversão do flagrante em prisão preventiva é uma situação à parte, que não se confunde com a decisão judicial que simplesmente decreta a preventiva ou qualquer outra cautelar.

Quando há o flagrante – explicou o ministro –, a situação é de urgência, pois a pessoa já está presa e a lei impõe ao juiz, independentemente de qualquer provocação, a obrigação imediata de verificar a legalidade dessa prisão e a eventual necessidade de convertê-la em preventiva ou de adotar outra medida.

Açodamento

Para Schietti, a conversão nem deveria ser vista propriamente como um ato de ofício, já que a lei obriga o juiz a optar entre uma das hipóteses indicadas no CPP. Essa decisão, em regra, será adotada em uma audiência de custódia, com a presença de representantes do MP e da defesa, ocasião em que as partes, inevitavelmente, irão se manifestar sobre a eventual conversão da prisão – porém, como destacou Schietti, a audiência pode não se realizar no prazo legal por alguma razão justificável, a exemplo do que ocorreu no caso em julgamento.

Boletim Criminal **Comentado** 110- Setembro

-2020 -

Em tais situações, a providência mais prudente – na opinião do ministro – seria abrir vista ao órgão do Ministério Público, para se pronunciar sobre o flagrante e sua possível conversão em preventiva ou outra cautela, mas isso implicaria atraso na decisão, em prejuízo do atuado.

Schietti alertou que simplesmente conceder liberdade provisória ao preso, independentemente do risco que isso venha a representar para a sociedade, seria desconsiderar outros fatores que estão em jogo além do interesse individual do atuado. Assim, "a conversão do flagrante em prisão preventiva e o envio imediato dos autos ao MP, em contraditório diferido, não se mostra medida ilegal ou arbitrária".

Mesmo reconhecendo que esta não é a solução ideal, o ministro comentou que ela atende à exigência de uma decisão no prazo legal. Ele apontou que o parágrafo 4º do [artigo 310](#) do CPP, que manda relaxar a prisão caso não seja realizada a audiência de custódia em 48 horas após o flagrante, está suspenso por liminar do Supremo Tribunal Federal. Enquanto não houver uma definição sobre tal questão, disse Schietti, a pura e simples anulação da prisão preventiva, por ausência de requerimento expresse para a conversão, pode ser uma "providência açodada", diante da falta de clareza sobre as inovações legais.

O voto do ministro Schietti foi seguido pela ministra Laurita Vaz e pelo ministro Antonio Saldanha Palheiro, ficando vencidos os ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro.

Leia a [íntegra](#) do voto.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):[HC 583995](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A prisão em flagrante será convertida em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão. Diante da nova redação do art. 311 do CPP, que impede o juiz de decretar a prisão preventiva de ofício, há doutrina no sentido de que o Magistrado, por consequência, também não poderia converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem o prévio requerimento do Ministério Público ou sem a representação da autoridade policial nesse sentido. Tal conversão, com efeito, equivaleria a uma indireta decretação de ofício da preventiva. Não é a posição que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça. Antes da Lei 13.964/19, o Tribunal era uníssono em admitir a conversão:

“O magistrado singular, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código” (RHC 80.740/MG, 5ª Turma, j. 20/06/2017).

Boletim Criminal **Comentado** 110- Setembro

-2020 -

“O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva pelo Juízo monocrático, independentemente de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, encontra respaldo no art. 310, II, do Código de Processo Penal. Precedentes” (RHC 79.655/MG, 6ª Turma, j. 04/04/2017).

Com o advento da LEI ANTICRIME, a regra é não admitir, mas somente em casos excepcionais, como se percebe do julgado em comento.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Inimputabilidade e semi-imputabilidade só podem ser reconhecidas mediante incidente de insanidade mental

Informativo: 675 do STJ – Direito Penal e Processo Penal

O reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu depende da prévia instauração de incidente de insanidade mental e do respectivo exame médico-legal nele previsto.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A imputabilidade pode ser definida como a capacidade de imputação, ou seja, a possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal. É o elemento sem o qual “entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, como o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral, p. 434).

São dois os elementos que devem se fazer presentes para que haja imputabilidade: intelectual, consistente na higidez psíquica que permita ao agente ter consciência do caráter ilícito do fato; e volitivo, em que o agente domina sua vontade, ou seja, exerce controle sobre a disposição surgida com o entendimento do caráter ilícito do fato, e se determina de acordo com este entendimento.

O caput do art. 26 do Código Penal dispõe ser isento de pena quem “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Boletim Criminal Comentado 110- Setembro

-2020 -

Trata-se da inimizabilidade por anomalia psíquica. O Código Penal adota, nesse caso, o critério biopsicológico, segundo o qual não basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável. Para que alguém seja considerado inimputável a enfermidade mental deve levar à incapacidade de entendimento e de autodeterminação.

O parágrafo único do artigo 26 anuncia a hipótese de imputabilidade com responsabilidade penal diminuída (semi-imputabilidade). Trata-se do agente que “em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

A consequência jurídica, no caso da inimputabilidade, é a absolvição combinada com a imposição de medida de segurança. No caso da semi-imputabilidade, é a condenação com redução de pena (de um a dois terços) ou substituição da pena por medida de segurança (art. 98 do CP). O juiz, depois de condenar, deve analisar o que é mais adequado à finalidade da sanção penal: se a pena (reduzida) ou se a medida de segurança.

Para que se apure a existência de doença mental que afasta ou diminui a responsabilidade penal existe um procedimento denominado incidente de insanidade mental – disciplinado a partir do art. 149 do CPP –, por meio do qual se submete o acusado a exame médico-legal.

O juiz, por conta de expressa disposição legal, “não ficará adstrito ao laudo” (art. 182 do CPP). Significa que pode acatá-lo ou não. Pensar de forma diferente importaria, em última instância, em transformar o experto em juiz, caso este fosse obrigado a acatar todas as conclusões periciais. De se ver, contudo, que o juiz não tem conhecimento técnico para analisar se um indivíduo tem uma doença mental que o incapacita para responder penalmente por seus atos. Por isso, apenas em situações excepcionais deve contrariar a conclusão dos peritos, estes sim dotados de conhecimento técnico sobre o tema. Daí a correta observação de Câmara Leal, para quem “o laudo pericial dos médicos tem um valor capital, não devendo ser desprezado pelo julgador, porquanto representa a palavra da ciência, cujas conclusões devem ser sempre acatadas pela justiça” (Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, vol. 1, p. 422).

Ainda que o juiz não esteja absolutamente vinculado ao resultado, o exame é imprescindível para a correta formação de sua convicção:

“Inicialmente, salienta-se que a questão ora suscitada não guarda identidade com aquela veiculada em inúmeros julgados desta Corte, que subsidiaram a orientação no sentido de que a mera alegação de que o acusado é inimputável não justifica a instauração de incidente de insanidade mental, providência que deve ser condicionada à efetiva demonstração da sua necessidade, mormente quando há dúvida a respeito do seu poder de autodeterminação (AgRg no HC n.

Boletim Criminal **Comentado** 110- Setembro

-2020 -

516.731/GO, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 20/8/2019), pois o que se discute, aqui, é a possibilidade de reconhecimento da semi-imputabilidade do réu sem exame médico-legal.

No processo penal brasileiro, em consequência do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 155 do CPP). Assim, em regra, não há falar em prova legal ou tarifada no processo penal brasileiro. Contudo, com relação à inimputabilidade (art. 26, caput, do CP) e semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, do CP), não há como ignorar a importância do exame pericial, considerando que o Código Penal adotou expressamente o critério biopsicológico.

Ora, o magistrado não detém os conhecimentos técnicos indispensáveis para aferir a saúde mental do réu, tampouco a sua capacidade de se autodeterminar. Atento a essa questão, o legislador estabeleceu o incidente de insanidade mental (art. 149 do CPP).

A relevância desse incidente não sobressai apenas do conteúdo técnico da prova que se almeja produzir, mas também da vontade do legislador que, especificamente nos arts. 151 e 152 do CPP, estabeleceu algumas consequências diretas extraídas da conclusão do exame pericial, como a continuidade da presença do curador e a suspensão do processo.

Cumprir destacar, ainda, a medida cautelar prevista no art. 319, IV, do Código de Processo Penal, que prevê a internação provisória para crimes praticados com violência ou com grave ameaça, quando os peritos concluírem pela imputabilidade ou semi-imputabilidade.

Todos esses aspectos, embora insuficientes para sustentar a tese de que o magistrado ficaria vinculado às conclusões do laudo pericial – o que é expressamente rechaçado pelo art. 182 do CPP (“o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”) – autorizam a conclusão de que o exame médico-legal é indispensável para formar a convicção do órgão julgador para fins de aplicação do art. 26 do CP” (REsp 1.802.845/RS, j. 23/6/2020).

2- Tema: Prestação de contas a destempo. Prefeito. Art. 1º, VII, do Decreto-Lei n. 201/1967. Dolo não configurado. Crime de responsabilidade. Inexistência.

INFORMATIVO 677 STJ-SEXTA TURMA

O crime previsto no art. 1º, VII, do Decreto-Lei nº 201/1967 se perfectibiliza quando há uma clara intenção de descumprir os prazos para a prestação de contas.

Informações do Inteiro Teor

Boletim Criminal **Comentado** 110- Setembro

-2020 -

No caso, ocupante do cargo de Prefeito, teria deixado de prestar contas, no prazo definido no convênio firmado entre as partes, acerca dos recursos federais. Por tais razões, o Ministério Público considerou caracterizada, ao menos em tese, a prática do crime previsto no art. 1º, VII, do Decreto-Lei n. 201/1967.

Existem precedentes desta Corte que abrem espaço para que sejam avaliadas as circunstâncias do caso concreto e que, embora reconheçam a intempestividade da prestação de contas pelo Prefeito, afastam a prática de crime, por ausência do elemento volitivo, especificamente o dolo, em situações em que o atraso seja mínimo, ou plenamente justificável.

Em sessão realizada em 13/5/2020, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.195.566, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, manteve a decisão que determinou o recebimento da denúncia por crime de responsabilidade (art. 1º, VII, do Decreto-Lei n. 201/1967), em razão de atrasos reiterados na prestação de contas do município nos quatro anos de gestão.

No caso julgado pela Seção, não foram demonstradas justificativas concretas para esses atrasos, circunstâncias que levaram esta Corte à conclusão, ao menos para fins de recebimento da denúncia, de que estariam presentes elementos passíveis de caracterizar o dolo na conduta do agente.

Na hipótese dos autos, diversamente, não transparecem sinais de dolo na conduta da recorrida, quanto ao tipo em apreço, ou mesmo sua intenção de não prestar contas e de causar prejuízo ao erário municipal, uma vez que houve descumprimento do prazo somente em relação à prestação de duas contas, sendo certo, inclusive, que uma delas se deu aproximadamente apenas 6 meses após o tempo devido.

Assim, embora tenha havido a entrega da prestação de contas em momento posterior ao estipulado, tudo sugere que o atraso na prestação de contas ocorreu muito mais por uma falha ou mesmo por uma desorganização administrativa, do que por uma vontade livre e consciente de sonegar informações necessárias e obrigatórias à aplicação de recursos transferidos ao Município.

Processo: REsp 1.695.266-PB, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 23/06/2020, DJe 10/08/2020

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O crime do art. 1º, VII, do Dec. Lei 210/6767 pune o Prefeito que deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos, subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título.

Boletim Criminal Comentado 110- Setembro

-2020 -

Trata-se de crime omissivo, visto que o núcleo verbal é deixar de prestar, que significa sonegar, omitir ou deixar de fazer ou de cumprir com a obrigação de prestar contas, a qual deve ser feita nos prazos fixados nos contratos ou atos administrativos bilaterais celebrados com outras pessoas, como contratos, convênios ou consórcios.

O elemento subjetivo é o dolo. Por tratar-se de crime omissivo, não admite o dolo eventual. Não existe elemento subjetivo específico como eventual vontade de causar prejuízo ao patrimônio público ou outro fim especial.

O Superior Tribunal de Justiça, em crimes da mesma natureza, já entendeu que não afasta o dolo o fato de o Prefeito realizar a prestação de contas tardia (STJ. Resp. 707.314 MA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJE 01.01.2010).

Porém, o mesmo tribunal, no julgado em comento, afastou o elemento subjetivo diante de pequeno atraso. A Corte indica que serão avaliadas as circunstâncias do caso concreto. Ainda que reconheçam a intempestividade da prestação de contas pelo Prefeito, pode ficar afastada a prática de crime, por ausência do elemento volitivo, especificamente o dolo, em situações em que o atraso seja mínimo, ou plenamente justificável.

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Subsunção dos fatos ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher, com reflexo na atribuição funcional

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Conflito de Jurisdição n.º 0025436-63.2020.8.26.0000 – Colenda Câmara Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo

Origem: Autos n.º 1501407-25.2020.8.26.0047 – MM. Juízo do Juizado Especial Criminal da Comarca de Assis

Suscitante: Promotor de Justiça oficiante na 2ª Vara Criminal e da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Assis

Suscitado: Promotor de Justiça que atua perante o Juizado Especial Criminal da Comarca de Assis

Assunto: subsunção dos fatos ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher, com reflexo na atribuição funcional

Cuida-se de investigação penal instaurada para apurar a conduta de L.P.S., praticada em face de sua filha, J.S.C., criança com 06 (onze) anos de idade ao tempo dos fatos.

Segundo consta dos autos, a avó da criança, S. , compareceu à Delegacia de Polícia, na data de 6 de janeiro de 2020, noticiando que, no dia anterior, a pretexto de dar um corretivo na vítima, a investigada se excedeu batendo na criança, com as mãos e depois com um chinelo, bem como segurando-a pelo maxilar de maneira muito forte causando-lhe lesões corporais. Além disso, noticiou que a investigada tem um jeito agressivo de educar a vítima, gritando muito com a criança e batendo também (fls. ½ dos autos de origem).

Submetida a exame de corpo delito, o laudo pericial descreveu que a vítima apresentava escoriação em braço direito e região posterior da coxa esquerda e em braço esquerdo, caracterizando lesões de natureza leve (fls. 25/26 dos autos de origem).

Boletim Criminal Comentado 110- Setembro

-2020 -

No curso das investigações, a investigada L.P.S., genitora da vítima, foi ouvida e declarou que sua filha J. estava resistente em obedecê-la, quando da ocasião dos fatos. Esclareceu que naquele momento, acabou por pegá-la pelos braços e bater com o chinelo nas nádegas da filha, mas não soube dizer se acertou as pernas ou as nádegas. Negou ter segurado sua filha com força pelo maxilar. Acrescentou que, depois dos fatos, J. ficou sob os cuidados da avó, passando algum tempo do dia com a filha. Negou, ainda, o hábito bater na criança (fls. 05 dos autos de origem).

Concluídas as providências de polícia judiciária, os autos foram distribuídos originalmente à Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Assis.

O Douto Promotor de Justiça que recebeu os autos, oficiante no JECRIM, entendeu tratar-se de eventual prática de crime de lesão corporal dolosa em situação de violência doméstica e familiar, motivo pelo qual postulou a redistribuição dos autos.

A manifestação ministerial foi encampada pela Digna Magistrada que, tendo em vista os conceitos elencados nos artigos 5º e 7º da Lei 11.340/2006 e a inaplicabilidade da Lei 9.099/95 aos casos de violência doméstica contra a mulher, conforme artigo 41 da citada Lei 11.340/2006, remeteu os autos para redistribuição à 2ª Vara Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Assis (fls. 32/33 dos autos de origem).

O Douto Promotor de Justiça que oficia na 2ª Vara Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Assis, recebeu os autos e considerando inexistentes indícios de violência baseada no gênero feminino, notadamente porque os elementos constantes dos autos estão a indicar que a genitora agrediu a criança a pretexto de impor-lhe corrigenda, requereu ao MM. Juiz daquela Vara suscitasse conflito negativo de competência (fls. 45/49 dos autos de origem), o que foi atendido (fls. 50, 56/59 dos autos de origem), originando os presentes autos, que foram remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Então, sobreveio v. acórdão que não conheceu do conflito, entendendo a Colenda Corte Bandeirante que, em não havendo denúncia ofertada, existiria, em tese, conflito negativo de

Boletim Criminal **Comentado** 110- Setembro

-2020 -

atribuição entre promotores de justiça, a ser dirimido por esta Chefia Institucional, determinando-se a remessa (fls. 62/73).

Eis a síntese do necessário.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se configurado o incidente supramencionado 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, que 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 officiar nos autos.

Pois bem.

A razão se encontra com o Douto Suscitante, com a máxima vênua do Ilustre Suscitado; senão, vejamos.

O cerne da questão reside em determinar se a ação perpetrada pela investigada em face de *J.* se subsume ao tipo penal insculpido no art. 136, *caput*, do CP.

Este crime de perigo se dá quando o agente expõe a vida ou saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, privando-a de sua alimentação ou cuidados indispensáveis ou, ainda, sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado ou, por fim, abusando dos meios de correção e disciplina.

Boletim Criminal Comentado 110- Setembro

-2020 -

Peculiariza-se tal delito, portanto, pelos seguintes elementos:

- a) Cuida-se de crime próprio, pois somente pode figurar como sujeito ativo o detentor da autoridade, guarda ou vigilância sobre o ofendido;
- b) Possui elemento subjetivo específico, pois o autor deve necessariamente agir com o propósito de educar, ensinar, tratar ou custodiar a vítima;
- c) Reside em delito de ação vinculada, pois há de ser perpetrado mediante privação de alimentação ou cuidados indispensáveis, sujeição a trabalho excessivo ou inadequado ou, finalmente, excesso nos meios de correção e disciplina.

No feito em análise, depreende-se dos elementos de informação amealhados que a investigada, genitora da vítima, a agrediu, com chineladas e tapas, com a intenção de corrigi-la e exagerando nos meios necessários, acabou por causar-lhe as lesões corporais mencionadas no laudo de fls. 25/26.

Registre-se que a própria autora deixou transparecer sua intenção de corrigir a filha, ao dizer que J. estava resistente em obedecê-la (fls. 5 dos autos de origem).

Nesse contexto, evidencia-se que a intenção de L. não era a de agredir ou subjugar a criança, por ser do sexo feminino, ao contrário, os elementos informativos apontam, até o presente momento, para ânimo de correção e disciplina.

Acrescente-se a isso que a avó da criança ofendida, também, em suas declarações, ressaltou que “a pretexto de dar um corretivo na vítima, a autora se excedeu batendo na criança, com as mãos e depois com um chinelo” (fls. 2 dos autos de origem).

O contexto de abuso no emprego dos meios de correção e disciplina se revela suficientemente corroborado não só pelo teor do boletim de ocorrência, como pela confissão da própria agente, além do laudo pericial acostado.

Boletim Criminal **Comentado** 110- Setembro

-2020 -

Pode ser identificada, portanto, a presença dos requisitos acima apontados: há relação de autoridade, guarda e vigilância entre eles; a ação visava a punir a criança por seu comportamento tido como inadequado; ocorreu, em tese, abuso nos meios de correção e disciplina.

Os elementos carreados, portanto, conferem suporte à imputação pelo delito de maus-tratos majorado, capitulado no art. 136, *caput* e §3.º, do CP a L., pois a conduta da autora extrapolou, em tese, os meios de correção e disciplina que lhe seriam lícitos empregar, dado o excesso na conduta, o que acabou gerando lesão corporal na vítima.

Diante do exposto, conhece-se deste incidente para dirimi-lo, a fim de declarar que a atribuição para oficiar nos autos compete ao Douto Suscitado, oficiante junto ao JECRIM local.

Para que não haja menoscabo à sua independência funcional, já que a presente decisão colide com sua *opinio delicti*, designa-se outro promotor de justiça para atuar na causa, requerendo o que de direito, facultada a observação do disposto no art. 4-A da Resolução n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução n.º 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

Protocolize-se esta decisão nos autos de origem e nos autos que tramitam perante o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, com nossas homenagens, para conhecimento das duas instâncias.

São Paulo, 17 de setembro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº111,10/2020

(semana nº 1)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro - 2020 -

AVISOS

1 – Ranking e radiografia das promotorias criminais que mais elaboraram o ANPP.

O Acordo de Não Persecução Penal tem sido medida de política criminal do MPSP e manejado nos delitos de pequena e média monta. Para além de modelos, roteiros e parceria com a SPA, por meio da Central de Penas e Medidas Alternativas (CPMAs), temos fornecido subsídios e incentivado o consenso penal materializado no ANPP. E muitos foram celebrados: 4.672 ANPPs. Apresentamos abaixo um pequeno ranking e uma radiografia das promotorias criminais que mais elaboraram o ANPP.

MUNICÍPIO	TOTAL
SÃO PAULO	504
PRESIDENTE PRUDENTE	321
CARAPICUÍBA	316
JUNDIAÍ	176
BIRIGUI	134
GUARULHOS	134
DRACENA	119
AVARÉ	109
OSASCO	102
SANTO ANDRÉ	100

MUNICÍPIO	2020
SÃO PAULO	478
JUNDIAÍ	174
PRESIDENTE PRUDENTE	137
GUARULHOS	133
OSASCO	93
SANTO ANDRÉ	90
DRACENA	90
CATANDUVA	88
CARAPICUÍBA	87
ATIBAIA	80

MUNICÍPIO	2019
CARAPICUÍBA	198
PRESIDENTE PRUDENTE	184
BIRIGUI	59
ORLÂNDIA	37
INDAIATUBA	34
DRACENA	29
TABOÃO DA SERRA	28
AVARÉ	27
SÃO PAULO	24
GUARARAPES	17

2 – Resolução 1.229/2020 PGJ-CGMP - Disciplina o Protesto e a Execução da Certidão da pena de multa e dá outras providências

[Clique aqui](#)

A Resolução resultou dos trabalhos do GT criado pela Portaria PGJ n.º 5.363/2020, de 13 de maio de 2019, para realizar estudos e oferecer propostas relacionadas à cobrança da pena de multa; e confere ao Promotor a faculdade de, ao receber a certidão de sentença, optar por ajuizar a execução ou encaminhá-la para protesto.

O Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM, por meio dos Colegas, Paulo de Palma e Fernanda Narezi, elaborou a Minuta do Primeiro Termo Aditivo ao Acordo de Cooperação Técnica n.º 015/2019, celebrado em 21 de maio de 2019, entre o Ministério Público e o

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro - 2020 -

Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil, a fim de ampliar o objeto do referido Acordo, viabilizando o envio das certidões de sentença online para protesto.

A Minuta, cadastrada no SEI 29.0001.0071379.2020-62, já conta com a anuência do IEPTB e foi encaminhada à Diretoria-Geral, para os fins do artigo 3.º da Resolução n.º 764/13. Na sequência, será remetida à Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica para análise, nos moldes do artigo 7.º da Resolução mencionada.

Sem prejuízo, é importante ressaltar que, mesmo antes da assinatura do Termo Aditivo, nada obsta que o Promotor de Justiça realize tratativas com o Tabelião da cidade onde oficia a fim de viabilizar o envio imediato das certidões de sentença para protesto, valendo ressaltar que os Juízes Assessores da Corregedoria-Geral da Justiça - Equipe de Correição Extrajudicial estão cientes do teor da Resolução n.º 1.229/2020-PGJ-CGMP.

Registramos nossos cumprimentos ao Grupo de Trabalho, que foi instalado no Gabinete da -Procuradoria-Geral, para o estudo da vigente Resolução Conjunta 1229/2020, em especial ao seu Secretário, Dr. Paulo de Palma.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Mensagem para e-mail corporativo pode ser usada como prova sem autorização judicial, decide Sexta Turma

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Para a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não é preciso autorização judicial para a obtenção de provas a partir do registro de mensagens de WhatsApp enviadas para e-mail corporativo em computador de trabalho, de propriedade da empresa.

O colegiado confirmou acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) que condenou um casal por crimes contra o patrimônio e furto qualificado. Segundo a corte local, conversas entre marido e mulher encontradas no servidor da empresa, vítima de desvio de valores de suas contas, podem ser usadas como prova sem que isso viole o direito à intimidade ou à privacidade dos funcionários ou de outras pessoas que não trabalhem ali.

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro - 2020 -

Segundo os autos, a mulher enviou os diálogos incriminadores para o seu e-mail corporativo, e tais conversas – após serem recuperadas na lixeira do e-mail utilizado por ela – foram disponibilizadas ao empregador.

No recurso especial, os réus pediram a anulação do processo ao argumento de nulidade absoluta e cerceamento de defesa, em razão da utilização de provas que seriam ilícitas, obtidas pela empresa sem autorização judicial.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1875319](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O relator, ministro Nefi Cordeiro, observou que a jurisprudência do STJ, com fundamento no art. 157 do CPP, considera obtida ilicitamente a prova oriunda de devassa de dados – inclusive das conversas de WhatsApp – feita diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

No entanto, segundo o ministro, no caso em comento, o arquivo contendo as mensagens de WhatsApp foi localizado no servidor do sistema utilizado pela empresa, depois de ter sido encaminhado por uma das corréis para o seu e-mail corporativo.

Diante desse quadro, como o arquivo com o registro das mensagens encontrava-se no computador da empresa, é perfeitamente possível que o empregador tenha acesso a essas e outras informações ali existentes, sem a necessidade de autorização judicial.

Para o ministro relator, o e-mail corporativo "não se equipara às correspondências pessoais, não havendo falar em violação à intimidade quando o empregador acessa arquivo de mensagens que se encontrava em computador utilizado como ferramenta de trabalho e de propriedade da empresa".

2- Tema: Terceira Seção examinará competência para desclassificar homicídio doloso imputado a motorista

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afetou para julgamento sob o rito dos [recursos repetitivos](#) um recurso especial no qual se discute se a competência para desclassificar o crime de homicídio doloso imputado a motorista embriagado é exclusiva do tribunal do júri.

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro - 2020 -

Cadastrada como **Tema 1.063**, a controvérsia tem relatoria da ministra Laurita Vaz. A questão submetida a julgamento é a seguinte: "Examinar se é competência do tribunal do júri a desclassificação da modalidade dolosa para a culposa do crime de homicídio praticado na direção de veículo automotor, quando comprovados a embriaguez e o desrespeito às regras de trânsito".

O acórdão de afetação não suspendeu os processos pendentes. Segundo a relatora, a medida não é necessária, pois o repetitivo será julgado em data próxima.

Homicídio culposo

O recurso representativo da controvérsia foi interposto pelo Ministério Público de Goiás (MPGO) após o Tribunal de Justiça desclassificar o crime de homicídio doloso para culposo no caso de um homem acusado pelo atropelamento de duas pessoas.

Para o MP, a decisão da corte estadual usurpou a competência do tribunal do júri, que seria o responsável por decidir sobre a desclassificação do crime. Segundo a ministra Laurita Vaz, o recurso preenche os requisitos legais para a afetação, sendo recomendável a definição da tese jurídica sob o rito dos recursos repetitivos.

Recursos repetitivos

O Código de Processo Civil de 2015 regula, nos **artigos 1.036** e seguintes, o julgamento por amostragem, mediante a seleção de recursos especiais que tenham controvérsias idênticas. Ao afetar um processo – ou seja, encaminhá-lo para julgamento sob o rito dos repetitivos –, os ministros facilitam a solução de demandas que se repetem nos tribunais brasileiros.

A possibilidade de aplicar o mesmo entendimento jurídico a diversos processos gera economia de tempo e segurança jurídica.

No **site do STJ**, é possível acessar todos os temas afetados, bem como conhecer a abrangência das decisões de sobrestamento e as teses jurídicas firmadas nos julgamentos, entre outras informações.

Leia o **acórdão** de afetação do REsp 1.863.084.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): **REsp 1863084**

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Os tribunais superiores, majoritariamente, vinham entendendo que o crime cometido na condução de veículo automotor sob o efeito de álcool ou substância de efeitos análogos devia ser tratado como crime culposo (culpa consciente), não doloso (dolo eventual), a não ser que as circunstâncias

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro - 2020 -

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.

A entrada em vigor da Lei 13.546/17 encerra 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 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 – repita-se – é que devem determinar a qualidade da imputação.

Importante alertar que o STJ, por meio da Terceira Seção, não visa discutir a possibilidade (ou não) de imputar homicídio doloso ao motorista embriagado que mata alguém, mas se o tribunal pode, a depender do caso, antecipar-se à análise dos jurados, desde logo desclassificando o crime para outro diverso dos crimes dolosos contra a vida, ou, se assim agindo, estaria invadindo indevidamente no mérito.

3- Tema: Revisão da prisão preventiva em 90 dias só se aplica ao juiz ou tribunal que a determinou

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A determinação do Código de Processo Penal (CPP) para que seja feita uma revisão, a cada 90 dias, da necessidade de manter a prisão preventiva é imposta apenas ao juiz ou ao tribunal que decretou a medida. Com esse entendimento, a Sexta Turma, por unanimidade, negou habeas corpus em que a defesa pediu a revogação da prisão preventiva ao argumento de que o seu cliente estaria encarcerado há mais de um ano por causa do descumprimento da regra do CPP.

No caso, o juiz converteu a prisão em flagrante em preventiva, em 7 de maio de 2019, e manteve a medida na sentença condenatória, em 22 de agosto daquele ano. Ao negar provimento à apelação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina nada decidiu sobre a prisão preventiva, até porque a defesa não fez requerimento algum a esse respeito.

Boletim Criminal Comentado 111- Outubro - 2020 -

Ao STJ, a defesa alegou constrangimento ilegal pelo fato de que, desde a data da sentença, não foi revista a necessidade de manutenção da prisão preventiva, como determina o parágrafo único do [artigo 316](#) do CPP.

Literalidade

A relatora do pedido, ministra Laurita Vaz, afirmou que a Lei 13.964/2019 – que acrescentou o parágrafo único ao artigo 316 do CPP – atribui expressamente ao "órgão emissor da decisão" a obrigação de revisar a necessidade de manutenção da preventiva a cada 90 dias, "sob pena de tornar a prisão ilegal".

Segundo a ministra, a norma explicita literalmente que a obrigação de revisar a custódia cautelar é imposta apenas ao juiz ou ao tribunal que a decretou. "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", disse.

No entanto, a relatora ressaltou que, depois de exercidos o contraditório e a ampla defesa, na prolação da sentença penal condenatória, o CPP prevê que "o juiz 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" ([parágrafo 1º](#) do artigo 387).

Acervo recursal

Dessa forma, Laurita Vaz esclareceu que, encerrada a instrução criminal, e prolatada a sentença ou o acórdão condenatórios, a impugnação à prisão cautelar – decorrente, a partir daí, de novo título judicial – continuará sendo possível pelas vias recursais ordinárias, sem prejuízo do manejo do habeas corpus a qualquer tempo.

Para a relatora, pretender que a obrigação de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no prazo de 90 dias, e em períodos sucessivos, seja estendida por toda a cadeia recursal, "impondo aos tribunais (todos abarrotados de recursos e de habeas corpus) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexecutável, 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".

A ministra ressaltou a importância de instrumentos processuais eficientes para que a pessoa em prisão preventiva possa impugnar decisões que lhe pareçam injustas. Para tanto, lembrou que a defesa dispõe de farto acervo recursal no processo penal brasileiro, além da inesgotável possibilidade de arguir ilegalidades e atentados ao direito de locomoção pela via do habeas corpus.

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro - 2020 -

Nenhuma ilegalidade

"Não se pode olvidar, entretanto, que também coexiste no mesmo contexto o interesse da sociedade em ver custodiados aqueles cuja liberdade represente risco à ordem pública ou econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal", afirmou.

Como a apelação da defesa não incluiu pedido algum acerca da situação prisional do condenado, Laurita Vaz concluiu que o tribunal de segunda instância não tinha a obrigação legal de revisar, de ofício, a necessidade da custódia cautelar reafirmada na sentença, e por isso "não há nenhuma ilegalidade a ensejar a ingerência deste Superior Tribunal de Justiça".

A relatora destacou ainda que, em julgamento recente, a Quinta Turma, ao analisar pedido semelhante para a revisão da prisão cautelar, chegou à mesma conclusão de que a determinação do artigo 316 se aplica somente ao órgão emissor da decisão.

Nos debates na Sexta Turma, o ministro Rogério Schietti Cruz disse que votava pela denegação do habeas corpus porque, no caso, havia a peculiaridade de já ter sido julgada a apelação. No entanto, ele ressaltou seu ponto de vista em relação à tese principal, por entender que o dever de revisão das prisões cabe a qualquer juiz ou tribunal onde a ação penal esteja em curso.

Leia o **acórdão**.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): **HC 589544**

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Segundo dispõe o art. 316 do CPP, de ofício ou a pedido das partes o juiz pode revogar a prisão preventiva se, no curso da investigação ou do processo, constatar a inexistência de motivo para que subsista a cautelar, assim como pode de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Em suma, o juiz pode, a requerimento das partes ou por sua iniciativa, revogar a prisão preventiva por ele mesmo decretada, desde que surja fato novo que não mais justifique a segregação cautelar. Não se estabelece, assim, uma situação irrevogável, mas, antes, uma apreciação da causa no estado em que se encontra (rebus sic stantibus). De acordo com a parte final do dispositivo, nada impede, ainda, que, revogada a medida, surjam posteriormente motivos que autorizem nova decretação. Neste caso, porém, diferentemente da decisão que revoga, sempre deve haver provocação, vedada que é a decretação de ofício.

O dispositivo reforça a ideia de transitoriedade 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 CPP. Daí seu caráter de exceção, que a faz

Boletim Criminal Comentado 111- Outubro - 2020 -

cabível apenas nas situações taxativamente elencadas na lei e impõe, ademais, a revisão a todo o tempo, seja para 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 em 2009 a Resolução nº 66, na qual determina que, estando o réu preso provisoriamente há mais de três meses, com o processo ou inquérito parado, 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).

Para reforçar o caráter transitório da prisão cautelar e garantir que os fatos utilizados para justificar a prisão lhe sejam contemporâneos, a Lei 13.964/19 acrescentou ao art. 316 do CPP um parágrafo que, seguindo o espírito da resolução do CNJ, obriga que o órgão emissor da decisão revise a necessidade de sua manutenção a cada noventa dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de se caracterizar o constrangimento ilegal que pode resultar na concessão de habeas corpus.

Em decisão proferida recentemente, a 6ª Turma do STJ (seguindo o que já havia decidido a 5ª Turma) concluiu que a obrigação imposta atinge apenas o próprio órgão que decretou a prisão. Com efeito, o parágrafo único do art. 316 dispõe que “deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção”. Por isso, se, por exemplo, o juiz decide pela manutenção da prisão preventiva na sentença condenatória, o Tribunal de Justiça (ou o TRF, conforme o caso) não é obrigado a revisar a necessidade de manter a prisão enquanto tramita o recurso de apelação:

“1. A obrigação de revisar, a cada 90 (noventa) dias, a necessidade de se manter a custódia cautelar (art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal) é imposta apenas ao juiz ou tribunal que decretar a prisão preventiva. Com efeito, a Lei nova atribui ao “órgão emissor da decisão” – em referência expressa à decisão que decreta a prisão preventiva – o dever de reavaliá-la.

2. Encerrada a instrução criminal, e prolatada a sentença ou acórdão condenatórios, a impugnação à custódia cautelar – decorrente, a partir daí, de novo título judicial a justificá-la – continua sendo feita pelas vias ordinárias recursais, sem prejuízo do manejo da ação constitucional de habeas corpus a qualquer tempo.

Boletim Criminal Comentado 111- Outubro - 2020 -

3. Pretender o intérprete da Lei nova que essa obrigação – de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no exíguo prazo de noventa dias, e em períodos sucessivos – seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (todos abarrotados de recursos e de habeas corpus) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexequível, sob pena de tornar a prisão preventiva “ilegal”, data maxima venia, 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.

4. Esse mesmo entendimento, a propósito, foi adotado pela QUINTA TURMA deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020: “Nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP, a revisão, de ofício, da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a cada 90 dias, cabe tão somente ao órgão emissor da decisão (ou seja, ao julgador que a decretou inicialmente) *...+ Portanto, a norma contida no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não se aplica aos Tribunais de Justiça e Federais, quando em atuação como órgão revisor.”

5. Na hipótese dos autos, em sessão realizada em 24 de março de 2020, o Tribunal de origem julgou as apelações (da Defesa e da Acusação) e impôs ao Réu, ora Paciente, pena mais alta, fixada em mais de 15 (quinze) anos de reclusão – o Magistrado singular havia estabelecido a pena em mais de 13 (treze) anos de reclusão.

6. No acórdão que julgou as apelações, nada foi decidido acerca da situação prisional do ora Paciente, até porque a Defesa nada requereu nesse sentido. Assim, considerando que inexistente obrigação legal imposta à Corte de origem de revisar, de ofício, a necessidade da manutenção da custódia cautelar reafirmada pelo juízo sentenciante, não há nenhuma ilegalidade a ensejar a ingerência deste Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Ademais, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, vê-se que o recurso especial e o recurso extraordinário interpostos pela Defesa do Paciente foram inadmitidos em 03/07/2020; em 13/07/2020 foi interposto agravo em recurso especial e eventual juízo de retratação ainda não foi realizado. Desse modo, os autos ainda não foram encaminhados a esta Corte Superior.

8. Ordem de habeas corpus denegada” (HC 589.544/SC, j. 08/09/2020).

DIREITO PENAL:

1-Tema: Homicídio qualificado praticado contra a gestante e provocação de aborto

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.860.829 - RJ

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PRONÚNCIA. FEMINICÍDIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA GESTANTE. PROVOCAÇÃO DE ABORTO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO. 1. Caso que o Tribunal de origem afastou da pronúncia o crime de provocação ao aborto (art. 125 do CP) ao entendimento de que a admissibilidade simultânea da majorante do feminicídio perpetrado durante a gestação da vítima (art. 121, § 7º, I, do CP) acarretaria indevido bis in idem. 2. A jurisprudência desta Corte vem sufragando o entendimento de que, enquanto o art. 125 do CP tutela o feto enquanto bem jurídico, o crime de homicídio praticado contra gestante, agravado pelo art. 61, II, h, do Código Penal protege a pessoa em maior grau de vulnerabilidade, raciocínio aplicável ao caso dos autos, em que se imputou ao acusado o art. 121, § 7º, I, do CP, tendo em vista a identidade de bens jurídicos protegidos pela agravante genérica e pela qualificadora em referência. 3. Recurso especial provido.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A Lei 13.104/15 acrescentou ao art. 121 o § 7º, que, por sua vez, anuncia majorantes que elevam de um terço até a metade a pena do feminicídio.

Uma das circunstâncias majorantes previstas pelo citado parágrafo se dá quando o crime é praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto. Aplica-se a majorante, portanto, desde o momento em que gerado o feto até três meses após o nascimento.

O aumento da pena se justifica inclusive nas situações em que demonstrada a inviabilidade do feto, pois o objeto da proteção especial é a mulher em fase de gestação, não exatamente o feto.

Ressaltamos que o aborto não é pressuposto da causa de aumento, e, caso do homicídio decorra a morte, querida ou aceita, do ser humano em gestação, o agente responderá, em concurso formal, pelo homicídio majorado e pelo aborto. É exatamente a tese adotada pelo STJ no julgado em comento.

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro - 2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: uso de atestado médico falso. Arquivamento indireto. Recusa de remessa ao JECRIM. Divergência acerca do enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28

Autos n.º 1502216-08.2020.8.26.0114 – MM. Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas

Investigada: A.V.J.

Assunto: arquivamento indireto (recusa de remessa ao JECRIM: divergência acerca do enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional)

Cuida-se de investigação criminal instaurada para apurar a conduta de A.V.J., que fez uso de atestado médico falso, supostamente emitido pela clínica “P.NC”.

Segundo o apurado, a investigada era funcionária do estabelecimento “X” e, no dia 16 de outubro de 2019, por volta das 14h00, apresentou no local um atestado médico falso, para justificar uma falta ao trabalho, mas o estabelecimento entrou em contato com o médico signatário, que afirmou não ter emitido o documento.

No boletim de ocorrência, os fatos foram capitulados pela d. autoridade policial como falsidade de atestado médico, delito previsto no art. 302 do CP (fls. 03/04, 06 e 07).

Auscultada na Delegacia, A. disse que trabalhou no Restaurante B., estabelecimento vítima, por cerca de 08 (oito) meses, exercendo a função de *hostess*. Questionada acerca dos fatos, confessou que o atestado médico em nome do médico Dr. N. Watanabe, CRM 4x.57x, que apresentou em seu local de trabalho para justificar uma falta, é falso. Além disso, informou que adquiriu o documento falso pela *internet*, ocasião em que pagou R\$ 100,00 (cem reais), mas não se recorda em qual *site*. Por fim, salientou que está arrependida de seus atos, inclusive perdeu o emprego pelo erro cometido (fls. 24).

Boletim Criminal Comentado 111- Outubro - 2020 -

Relatado o feito (fls. 25), a Douta Promotora de Justiça oficiante argumentou que se trata de inquérito policial instaurado para apurar o crime de uso de atestado médico falso, que tem pena máxima de um ano de detenção, de modo que, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, a competência para a persecução penal pertence ao Juizado Especial Criminal, razão por que requereu a respectiva remessa dos autos (fls. 29).

A MM. Juíza, contudo, discordou do pleito, por entender que o entendimento exarado deve ser tido como ultrapassado, reconhecendo-se que os fatos em análise configuram delito de uso de documento falso, aplicando-se, no caso concreto, a pena do art. 298 do CP, que é de 01 a 05 anos de reclusão e multa, porque o atestado médico em questão é um documento particular.

Ponderou que não seria acertada a aplicação do art. 302 do Código Penal, por se tratar de crime próprio, não havendo nos autos nenhum indício de que o médico concorreu para a emissão do documento. Pontuou, ainda, que, em alguns casos, aquele MM. Juízo acabou por acolher entendimento no sentido exposto pela Ilustre Representante Ministerial, mas não é o melhor enquadramento, invocando recente decisão do TJSP.

Diante disso, concluindo que o caso concreto trata do delito tipificado no art. 304, c.c. art. 298, ambos do CP, que é de competência do juízo criminal comum, determinou a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, com fulcro no art. 28 do CPP, para análise (fls. 30/32).

Eis a síntese do necessário.

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.

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro - 2020 -

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 assiste à Digníssima Magistrada, com a máxima vênia da Douta Promotora de Justiça.

O delito a considerar, com efeito, não é o do art. 304, c.c. art. 302, ambos do Código Penal. Isso porque o tipo penal de falsidade de atestado médico é crime próprio, cometido por sujeito ativo que seja médico, o que não é o caso da investigada, que é particular que fez uso de documento falso.

Ressalte-se, ainda, que também não se trata do crime art. 304, c.c. art. 301, §1.º, ambos do Código Penal (infração de menor potencial ofensivo). Isso porque a vantagem objetivada pela

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro - 2020 -

agente não era de natureza pública, mas de justificativa de ausência perante a empresa na qual trabalhava ao tempo dos fatos.

Desse modo, a conduta se subsume, em tese, ao disposto no art. 304, c.c. o art. 298, ambos do Código Penal, porque evidenciado que a investigada fez uso de documento particular falsificado, supostamente emitidos pela clínica “Plastic North Center” (cf. fls. 07).

Percebe-se que a jurisprudência caminha, atualmente, nesse sentido; confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FALSIDADE MATERIAL DE ATESTADO OU CERTIDÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

A jurisprudência desta Corte Superior possui o entendimento de que “O especial fim de agir exigido pelo art. 301 do Código Penal refere-se à obtenção de vantagem de natureza pública. Sendo assim, se a Corte de origem afirmou que não foi esse o objetivo perseguido pelo agente no caso concreto, não há como admitir a pretendida desclassificação” (AgRg no REsp n. 1.279.507/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 3/8/2015).

No caso, a Corte estadual considerou que a ré, ao usar atestado médico falsificado para justificar falta no trabalho, tentou obter vantagem de natureza privada, de modo que inviável a desclassificação pleiteada.

Para rever o entendimento firmado, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ.

Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 1520560/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, **julgado em 22/10/2019**, DJe 30/10/2019) – grifo nosso.

RECURSO ESPECIAL. ART. 304 C/C 297, AMBOS DO CP. FALSIFICAÇÃO DE ATESTADO MÉDICO. DOCUMENTO COM O TIMBRE DA SECRETARIA DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL. ASSINATURA DE MÉDICO NÃO PERTENCENTE AO SUS. DOCUMENTO

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro -
2020 -

PARTICULAR. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A conduta de apresentar à empresa privada atestado médico com o timbre da rede pública de saúde, ainda que conste a identificação de médico não pertencente ao serviço público, configura o delito de uso de documento público falso.

2. Recurso especial improvido.

(STJ, R.Esp. 1.757.386/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, 6.^a TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019) – grifo nosso.

EMBARGOS INFRINGENTES – **USO DE DOCUMENTO FALSO** – pretendida a prevalência do voto vencido. E **DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 304, C.C. O ART. 302, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – USO DE ATESTADO MÉDICO FALSIFICADO PARA JUSTIFICAR AUSÊNCIA NO TRABALHO** – NÃO CARACTERIZADO O CRIME PREVISTO NO **ART. 302 DO CÓDIGO PENAL – CRIME PRÓPRIO** - INEXISTENTE PROVA DE QUE O MÉDICO FOI RESPONSÁVEL PELO FALSO DOCUMENTAL – NECESSÁRIA, CONTUDO, A CORREÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO – ATESTADO MÉDICO É DOCUMENTO PARTICULAR E NÃO PÚBLICO – PRECEDENTES - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O **ART. 304, C.C. O ART. 298, DO CÓDIGO PENAL** - REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM, PARA OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – ACOLHIMENTO – PENA MÍNIMA IGUAL A UM ANO - REQUISITOS DO ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95, EM TESE, PREENCHIDOS – APLICAÇÃO DO ART. 383, §1º, DO CÓDIGO PENAL, E SÚMULA Nº 337 DO COL. STJ - EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

(TJSP, Embargos Infringentes e de Nulidade 0005036-53.2018.8.26.0079, Relator (a): Amaro Thomé, Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal, Foro de Botucatu - 1ª Vara Criminal, **Data do Julgamento: 07/08/2020**, Data de Registro: 07/08/2020) – grifo nosso.

Conflito negativo de jurisdição. **Denúncia que imputa à ré o crime de uso de atestados médicos falsos emitidos por Unidade Básica de Saúde. Conduta que se subsume aos artigos 304 c.c. 297 ambos do Código Penal, e não ao artigo 301, §1º, do mesmo Diploma Legal.** Competência dos Juizados Especiais Criminais que se cinge às

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro - 2020 -

infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Inteligência do artigo 61 da Lei nº 9.099/95. Súmula nº 82 deste Egrégio Tribunal de Justiça. Pena máxima em abstrato prevista no crime de uso de documento público falso que é de 6 (seis) anos, nos termos do artigo 297 do Código Penal. Cômputo que supera o limite legal previsto no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Conflito conhecido. Competência do Juízo da 20ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

(**TJSP**, Conflito de Jurisdição 0015794-66.2020.8.26.0000, Relator(a): Daniela Maria Cilento Morsello, Órgão Julgador: Câmara Especial, Foro Central Criminal Barra Funda - Vara do Juizado Especial Criminal, **Data do Julgamento: 20/07/2020**, Data de Registro: 20/07/2020) – grifo nosso.

Embargos Infringentes. **Uso de falso documento. Embargante condenada como incurso no art. 304 combinado com o art. 297, ambos do Código Penal. Pleito objetivando o prevalecimento do voto vencido que desclassificou a conduta para o art. 304 combinado com o art. 301, § 1º, do mesmo diploma. Inviabilidade.** Em que pese ter ocorrido a falsificação de atestado médico, a referida contrafação foi fornecida pela embargante, perante a empresa particular empregadora, com o fito de abonar faltas no trabalho, mas não com a finalidade específica de obter qualquer vantagem relativa ao setor público. Figura do art. 301 que exige dolo específico, voltado ao prejuízo no âmbito público. Exata tipificação conferida pelo voto vencedor. Precedentes do STJ. Embargos rejeitados.

(**TJSP**, Embargos Infringentes e de Nulidade 0005477-78.2015.8.26.0066, Relator (a): Guilherme de Souza Nucci, Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Barretos - 1ª Vara Criminal, **Data do Julgamento: 04/07/2020**, Data de Registro: 04/07/2020) – grifo nosso.

Tendo em vista essa evolução da jurisprudência, no caso concreto, esta Chefia Institucional reviu o posicionamento anterior, em que se pautava pela configuração do delito do art. 304, c.c. art. 301, §1.º, ambos do CP.

Boletim Criminal **Comentado** 111- Outubro -
2020 -

A conduta perquirida neste expediente, portanto, se adequa ao disposto no art. 304, c.c. o art. 298, ambos do Código Penal.

Diante do exposto, conhece-se da remessa para declarar que a atribuição para oficiar nos autos incumbe à Douta Promotora de Justiça de Campinas que oficia perante o juízo criminal comum.

Para que não haja menoscabo à sua independência funcional, tendo em vista a *opinio delicti* exarada, designa-se outro Representante Ministerial para atuar no feito, a quem fica facultado valer-se da compensação prevista no art. 4-A da Resolução n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução 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 n. 13.964/19.

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

São Paulo, 15 de setembro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº112,10/2020

(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – CADASTRO NACIONAL DE CONDENADOS POR ESTUPRO. LEI 14.069, de 1 de outubro de 2020

A Lei 14.069 com vigência a partir de 1º de outubro de 2020, instituiu o **CADASTRO NACIONAL DE PESSOAS CONDENADAS POR CRIME DE ESTUPRO**, que deverá conter as seguintes informações: características físicas e identificação datiloscópica, identificação do perfil genético, fotos. Para condenados em livramento condicional, devem constar o local de moradia e atividade laboral nos últimos 3 anos.

A inclusão das informações, bem como o acesso às informações, deverá constar de termo de cooperação firmado entre União e Estados.

Trata-se de um banco de DADOS nacional e específico para crimes de estupro, contendo informações de pessoas já condenadas. Não se trata de uma lista pública de agressores sexuais, mas de dados de identificação criminal armazenados para uso de autoridades públicas, o que afasta qualquer alegação de inconstitucionalidade.

A coleta de material genético de pessoas condenadas por crimes dolosos de natureza grave contra a pessoa, ou por crime hediondo ou assemelhado, consta da Lei de Execução Penal desde 2012, quando foi introduzido o artigo 9º-A pela Lei 12.654/2012.

No STF, a constitucionalidade da coleta de perfil genético está sob julgamento no RE 973837, em que se reconheceu a repercussão geral (Tese 905).

De se notar, contudo, que em decisão de 2020 o STJ entendeu NÃO HAVER constrangimento ilegal na coleta de perfil genético de condenado:

PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. **COLETA DE MATERIAL GENÉTICO**. PACIENTE CONDENADO POR CRIME COM VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA E CRIME HEDIONDO. **PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL**. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil **genético**, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.
2. No caso em exame, o paciente cumpre pena pela prática dos crimes de homicídio qualificado (duas vezes), ocultação de cadáver, crueldade contra animais e posse irregular de arma de fogo de uso permitido, restando atendidos, assim, os requisitos legais estatuídos pelo dispositivo supracitado: condenação por crime com violência de natureza grave contra pessoa ou aqueles constantes do rol do art. 1º da Lei n. 8.072/1990.
3. Habeas corpus denegado. (HC 536114/MG, 6ª Turma, Relator Ministro Nefi Cordeiro, j. 4.2.20).

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

No Brasil, ocorrem **66.000 estupros por ano**, 180 por dia, contra 81,8% vítimas do sexo feminino. São 4 estupros de meninas por hora (Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019). Apesar da hediondez desse crime, há muita dificuldade de se coletar provas seguras de autoria e materialidade, ou mesmo traçar estratégias que impeçam a reincidência do agente.

O cadastro nacional permitirá concentrar informações de todos os Estados, relacionar casos de vários locais e até mesmo esclarecer ou demonstrar crimes de estupro, já que grande parte desses agressores pratica crimes contra diversas vítimas.

Vale lembrar que o projeto desenvolvido pelos Núcleos de Gênero e de Execuções Criminais do CAO CRIMINAL, em parceria com SENASP, permitiu a coleta de mais de **10.000** perfis genéticos e resultou no esclarecimento de **65 casos, sendo 64** matches estaduais e **1 NACIONAL**.

A coleta de perfil genético é indolor, não causa constrangimento ao condenado, mas pode ser de grande importância para a sociedade, como o esclarecimento do estupro e assassinato da menina Raquel Genofre, há 11 anos, em Curitiba, em que o agressor somente foi identificado graças à coleta de perfil genético em razão de condenação por outro caso em São Paulo.

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Suspensão condicional da pena. Recusa na audiência admonitória: possibilidade?

PESQUISA PRONTA- STJ

No julgamento do AgRg no AREsp 1.428.394, a Quinta Turma lembrou que "a Corte possui a orientação de que somente após o trânsito em julgado e designada audiência admonitória pelo juízo da execução penal é que poderá o apenado renunciar ao sursis, caso não concorde com as condições estabelecidas e entenda ser mais benéfico o cumprimento da pena privativa de liberdade".

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Reza o art. 160 da LEP:

“Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas”.

Tratando-se de benefício condicionado, é necessário que o condenado fique ciente das condições atreladas ao “sursis” e, embora não haja expressa previsão, deve assinar termo declarando ciência.

A leitura da decisão e das condições a que o condenado ficará submetido é feita em audiência (admonitória), presidida pelo Juiz das execuções da comarca da residência do condenado.

Caso o sentenciado não concorde com as condições impostas, poderá pleitear, justificadamente, a alteração (art. 158, § 2º) ou apelar para que o Tribunal as modifique. Sendo mantidas, poderá recusar o benefício, situação que o levará ao regime estipulado na sentença condenatória (aberto, semiaberto ou fechado).

Essa recusa, como bem decidindo o STJ, não pode ser antecipada, mas somente na citada audiência.

Se, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de 20 (vinte) dias, o réu não comparecer injustificadamente à audiência admonitória, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena (art. 161 da LEP).

Como bem assinala Mirabete:

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

“Não prevê a lei o restabelecimento do sursis quando tornado sem efeito pelo não- comparecimento à audiência admonitória. Entretanto, para se evitarem sequelas socialmente desfavoráveis e incidência de *summum ius* tem a jurisprudência abrandado a inteligência do dispositivo, para deixar ao bom critério dos magistrados a possibilidade de restauração do sursis nessa hipótese. Como essa hipótese equivale à concessão do benefício, da decisão cabe recurso. Nos termos do art. 197 da LEP, o recurso cabível é o agravo em execução” (Lei de Execução Comentada, p. 672).

2- Tema: Relator afasta prisão preventiva fundamentada apenas na reprovabilidade do crime

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Por considerar que a prisão preventiva é medida excepcional que exige fundamentação concreta, o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Rogerio Schietti Cruz concedeu liminar para colocar em liberdade – até o julgamento do habeas corpus pela Sexta Turma – um homem que havia sido preso sob a acusação de plantar maconha em casa. Segundo o ministro, a ordem de prisão foi justificada apenas com base na reprovabilidade do crime, não ficando demonstrado que a restrição à liberdade antes da condenação seria imprescindível.

O acusado foi preso em casa, no dia 20 de março, porque manteria no local produtos destinados ao cultivo de maconha. Após a conversão do flagrante em prisão preventiva, o Tribunal de Justiça da Paraíba negou o habeas corpus impetrado pela defesa.

Ao STJ, a defesa alegou que a prisão já se estende por quase seis meses – embora o acusado preencha todos os requisitos para ter a liberdade provisória – e apontou que nem há previsão para a audiência de instrução.

Circunstâncias da prisão

Relator do pedido de habeas corpus, o ministro Rogerio Schietti destacou que o acusado foi preso em flagrante delito – nas palavras do juiz de primeiro grau – "após ter sido encontrado com uma certa quantidade de dinheiro, 116 pequenos pés de uma planta semelhante à *Cannabis*, além de recipientes contendo fertilizantes".

Schietti lembrou que o STJ possui entendimento de que "a prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (**artigo 313**, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal)".

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

Além disso – afirmou –, a decisão judicial que decreta a preventiva "deve se apoiar em motivos e fundamentos concretos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (**artigos 312 e 315** do CPP)".

Para o relator, no caso, o juiz se limitou a apontar que "as circunstâncias da prisão indicam que a droga apreendida seria destinada à comercialização", mas não especificou quais seriam essas circunstâncias capazes de evidenciar a destinação das plantas.

"Tal afirmação contrasta veementemente com a conjuntura do flagrante, visto que o paciente não foi preso em situação de mercancia, não foram apreendidos entorpecentes prontos para consumo ou acondicionados, bem como não foram encontrados registros de comércio da substância, a enfraquecer o suporte fático real da medida cautelar", declarou o ministro.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): **[HC 610936](#)**

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No caso em comento, O Min. Schietti observou que, por ser medida excepcional de natureza cautelar, a prisão preventiva só pode ser aplicada quando demonstrada a sua absoluta necessidade, única hipótese em que o Estado é autorizado a restringir a liberdade do cidadão antes de uma condenação com trânsito em julgado.

Ao citar precedente recente da Quinta Turma, o ministro apontou que tanto a jurisprudência do STJ quanto a do Supremo Tribunal Federal – e agora também a Lei 13.964/2019 – exigem que a preventiva seja fundamentada em fatos concretos que revelem sua imprescindibilidade, "vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime".

Além da quantidade de pés de maconha apreendidos – assinalou o relator –, o magistrado de primeiro grau fundamentou sua decisão na consideração de que o crime de tráfico de droga demonstra "a periculosidade e a ousadia do agente de modo indúvidoso".

De acordo com Schietti, esse argumento sobre os efeitos sociais deletérios das drogas não é equivocado. "Porém, ao transportar-se o discurso para o terreno do processo penal, ele legitima a prisão cautelar apenas se evidenciado que, no caso examinado, é possível fazer o prognóstico de que o investigado ou réu voltará a delinquir ou que irá perturbar a instrução ou mesmo furtar-se à aplicação da lei penal, não bastando, para tanto, invocar a modalidade criminosa que lhe é atribuída, sob pena de se institucionalizar a prisão preventiva obrigatória, automática, decorrente de todo crime hediondo", concluiu.

Leia a **[decisão](#)**.

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

3- Tema: No processo penal, prazo para o MP como parte e fiscal da lei é único

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Mesmo quando atua concomitantemente como fiscal da lei (*custos legis*) e titular da ação penal, o prazo para o Ministério Público é único. Com esse entendimento, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acompanhou o voto do ministro Reynaldo Soares da Fonseca e considerou intempestivo um recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) fora do prazo de 15 dias previsto no Código de Processo Penal (CPP).

No caso analisado pelos ministros, o MPDFT recorreu pedindo a anulação de acórdão que reconheceu a conduta culposa em homicídio e afastou a competência do tribunal do júri.

A defesa do denunciado alegou que o recurso seria intempestivo, pois o órgão ministerial obteve vista dos autos em 9 de julho de 2018, quando o acórdão já estava disponibilizado. Na ocasião, a procuradora optou por não recorrer, limitando-se a emitir parecer favorável à revogação, em parte, das medidas cautelares impostas ao réu.

Após o relator no TJDFT determinar que fosse certificado o trânsito em julgado, a secretaria enviou novamente o processo ao MPDFT, em 13 de agosto, "para ciência do acórdão" – embora o órgão já houvesse tido vista dos autos na sequência da decisão colegiada. No dia 22 de agosto, foi interposto o recurso especial.

Ciência inequívoca

Segundo o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o **artigo 798** do CPP estabelece que os prazos passam a correr "do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho".

Ele lembrou que os membros do Ministério Público e os defensores públicos ou dativos possuem a prerrogativa da intimação pessoal, "cuja finalidade é dar ao profissional a ciência inequívoca do ato processual praticado, para que, nos limites discricionários de atuação, possa exercer a sua função da forma mais eficiente possível".

O ministro esclareceu que é a partir da ciência ou do conhecimento pelas partes que se viabiliza o início do prazo, cujo curso independe da maneira ou da forma pela qual a parte tenha tomado conhecimento do ato processual praticado.

Intimação automática

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

Reynaldo Soares da Fonseca verificou que o MPDFT obteve vista dos autos em 9 de julho de 2018, por 15 dias, quando já se encontrava disponibilizado o acórdão que deu provimento ao pedido da defesa; portanto, foi intempestivo o recurso especial protocolado em 22 de agosto.

Para ele, não se pode alegar que a primeira remessa do processo ao MP tenha sido apenas para que o órgão emitisse parecer sobre as cautelares impostas ao denunciado, uma vez que, na oportunidade, o acórdão completo já estava juntado aos autos e publicado.

Além disso, o ministro observou que a intimação do MP da decisão final do colegiado é automática (decorrente da lei) e não depende sequer de despacho da autoridade judicial dirigente. "O fato de o relator ter mandado ouvir também o MP sobre a petição da defesa quanto à flexibilização das cautelares não desnatura a realidade de o MPDFT (parte e *custos legis*) ter tomado ciência inequívoca do referido acórdão", afirmou.

O ministro ainda ponderou que não há sucessividade de prazo para o MPDFT, como fiscal da ordem jurídica e como parte, uma vez que "a lei determina a vista pessoal, e isso foi feito".

Atuação concomitante

O magistrado ressaltou que não se está diante da atuação concomitante de dois órgãos ministeriais – o que poderia ocorrer no STJ, com o Ministério Público Federal (MPF) e um MP estadual, havendo nesse caso duas vistas pessoais. Segundo Reynaldo Soares da Fonseca, a hipótese em discussão é de intimação pessoal de um órgão ministerial único (MPDFT) sobre acórdão lavrado e publicado, bem como sobre despacho referente a outras cautelares em curso (CPP, [artigo 319](#)).

No âmbito do STJ – destacou o relator –, quando o MPF atua como parte e como fiscal da lei, a remessa dos autos é única, e sua entrada no protocolo do órgão ministerial define o início da contagem de prazos, tanto para o fiscal da lei quanto para o titular da ação penal. "Se necessário, dois subprocuradores-gerais atuam em posições diferentes", explicou.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1786450](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Um dos pressupostos recursais é a tempestividade, que importa na interposição do recurso dentro do prazo legal. Claro, o processo consiste em um caminhar adiante, sem retrocessos. E, para que possa prosseguir nessa marcha, é de rigor que se estabeleçam prazos que devem ser obedecidos, sob pena de preclusão.

No processo penal, são vários os prazos recursais. Há 5 dias para apelação e recurso em sentido estrito; 2 dias para embargos de declaração; 48 horas para carta testemunhável; 10 dias para embargos infringentes; 15 dias para recurso extraordinário e especial.

Boletim Criminal Comentado 112- Outubro - 2020 -

Há situações, no entanto, em que os prazos recursais são contados em dobro, como ocorre em favor da Defensoria Pública (art. 128, inc. I, da Lei Complementar 80/94):

“São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”.

E para o Ministério Público, aplica-se a mesma prerrogativa?

O STJ, por meio de ambas as turmas com competência criminal, tem decidido que o prazo dobrado concedido aos defensores não se estende ao Ministério Público:

“O Ministério Público não goza de prazo em dobro no âmbito penal, sendo intempestivo o recurso de agravo regimental interposto fora do quinquídio previsto no art. 258 do Regimento Interno do STJ.” (AgRg no HC 392.868/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 6/2/2018, DJe 15/2/2018)” (AgInt no REsp 1.658.578/MT, 5ª Turma, DJe 02/05/2018).

Em um caso, no entanto, o STJ decidiu, com fundamento na súmula 116 do próprio tribunal, ter sido tempestivo um recurso interposto pelo Ministério Público fora do prazo normal.

Tratava-se, no caso, de recurso especial interposto para que o STJ reconhecesse a incidência da causa de aumento relativa ao art. 40, inc. III, da Lei 11.343/06. O recurso foi inicialmente rejeitado, mas, opostos embargos de declaração – que foram recebidos como agravo regimental com fundamento no princípio da fungibilidade –, acabou tendo seguimento. A defesa dos acusados alegou que o segundo recurso fora interposto fora do prazo, pois o Ministério Público não desfruta da mesma prerrogativa conferida à Defensoria Pública.

O STJ refutou a tese da intempestividade sob o fundamento de que seu verbete de número 116 estabelece que “A fazenda pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça”.

Diante disso, a Defensoria Pública da União impetrou habeas corpus no STF, que concedeu a ordem por considerar intempestivo o recurso, pois a prerrogativa do prazo em dobro se aplica tão somente à Defensoria Pública.

O relator – ministro Marco Aurélio – fez referência à jurisprudência da 1ª Turma do STF no sentido de que o Ministério Público de fato não desfruta da prerrogativa do prazo em matéria criminal, mas apenas quando atua em favor da Administração Pública, razão pela qual o recurso interposto foi tido por intempestivo e a majorante reconhecida pelo STJ foi afastada.

Boletim Criminal Comentado 112- Outubro - 2020 -

A nosso ver, a orientação que vem sendo adotada é equivocada.

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

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

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

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

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

“(…) Dito isto, entendemos que o argumento utilizado para a concessão de prazo em dobro para a Defensoria Pública é justificável e fundado, conforme exige a doutrina, em motivação objetiva (excesso de serviço) e razoável (possibilitar aos desfavorecidos economicamente uma defesa técnica de qualidade), mas a ela somente não se aplicam. Junto ao Ministério Público também ele encontra guarida, e até com muito mais força. Já se disse acima que o Parquet atua em todo e

Boletim Criminal Comentado 112- Outubro - 2020 -

qualquer feito criminal, o que ocorre desde a fase pré- processual, como é o caso do inquérito policial. De sua consciência, não cremos que alguém duvide que, entre as partes existentes na esfera criminal, alguém atue mais do que o órgão ministerial, que, inclusive, pode fazer sua própria investigação criminal.

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

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

Em sendo assim, merece correção tal inversão de valores e discriminação ocorrentes no processo penal. E, segundo entendemos, passa dita correção pela concessão do prazo em dobro também ao Ministério Público”.

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

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

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

4- Tema: Gravidade do tráfico basta para negar acordo de não persecução penal, diz STJ

STJ- HABEAS CORPUS Nº 612.449 - SP

EMENTA

EMENTA HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE OFERTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENA E RECUSA DE ENVIO À PGJ. RECUSA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELO PARQUET. ANUÊNCIA DO MAGISTRADO. PROPOSTA DE REVISÃO REQUERIDA A DESTEMPO PELA DEFESA. DOSIMETRIA DA PENA. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO

Inteiro teor- Clique [aqui](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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, leia-se, 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 investigado.

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 transacional, 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).

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

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 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.

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Tráfico de drogas nas imediações de locais especialmente protegidos. Comprovação de venda aos frequentadores: necessidade?

PESQUISA PRONTA- STJ

No AgRg no HC 583.833, sob relatoria do ministro Felix Fischer, a Quinta Turma estabeleceu que "no que se refere à causa de aumento de pena descrita no inciso III, do artigo 40 da Lei 11.343/2006, esta Corte tem o entendimento de que 'é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária comprovação da efetiva mercancia aos frequentadores dessas localidades", afirmou o ministro ao citar entendimento do ministro Ribeiro Dantas no HC 450.926.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O tráfico de drogas, dentre outros crimes da Lei 11.343/06, terá sua pena majorada 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 (agregações de estudantes, como sede da UNE), sociais, culturais (museus, exposições), recreativas (clubes, parques), esportivas (hipódromo, estádios, ginásios), ou beneficentes (orfanatos, asilos, casas de caridade), de locais de trabalho coletivo (empresas em geral, fazendas), de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza (cinema, teatro, shows, mesmo que ao ar livre), de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social (ambulatorios ou casas de recuperação), de unidades militares (batalhão) ou policiais (delegacias) ou em transportes públicos (ônibus, rodoviárias, pontos de táxi).

No que concerne ao tráfico cometido em transportes públicos, os tribunais superiores têm decidido que a majorante só pode ser aplicada se o transporte 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 deste Superior Tribunal é de que, para a caracterização da majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é necessária a efetiva oferta ou a comercialização da droga no interior do veículo público, não bastando, para a sua incidência, o só fato de o agente ter se utilizado dele como meio de locomoção e transporte da substância ilícita.” (HC 455.652/SP, j. 04/09/2018).

É também a orientação seguida pelo STF:

Boletim Criminal Comentado 112- Outubro - 2020 -

“TRÁFICO DE DROGAS – CAUSA DE AUMENTO – TRANSPORTE PÚBLICO. O que previsto no inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006, relativamente ao transporte público, pressupõe o tráfico no respectivo âmbito, e não a simples locomoção do detentor da droga.” (HC 120.275/PR, j. 15/05/2018).

Já para as demais situações que envolvam locais especialmente protegidos, o STJ tem decidido que a majorante incide nos crimes cometidos nas imediações, ainda que não envolva os frequentadores:

“O Superior Tribunal de Justiça 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.” (HC 450.926/RJ, j. 07/08/2018)

“Para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que o tráfico se dava naquelas entidades ou que a mercancia se destinava a seus frequentadores, bastando apenas que o crime seja cometido em suas imediações, conforme comprovado pelo laudo pericial. Precedentes.” (AgRg no HC 488.403/SP, j. 19/3/2019).

Por outro lado, a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n 11.343/2006 pode ser excepcionalmente afastada na hipótese de não existir nenhuma indicação de que houve o aproveitamento da aglomeração de pessoas ou a exposição dos frequentadores do local para a disseminação de drogas, verificando-se, caso a caso, as condições de dia, local e horário da prática do delito. Assim, é possível que o tráfico de drogas ocorra no interior ou nas imediações de um dos locais mencionados no inciso III do art. 40 mas as circunstâncias não indiquem ter havido aproveitamento do grande número de pessoas ou não ter ocorrido a exposição dos frequentadores à atividade do comércio ilegal. É o que ocorre, por exemplo, no tráfico cometido nas redondezas de uma escola às duas horas da madrugada. A essa hora o estabelecimento não é frequentado por alunos e, normalmente, pessoas não se aglomeram nas suas proximidades, razão por que a causa de aumento pode ser afastada. Note-se, contudo, que a regra é a incidência da majorante em razão do lugar em que o crime é cometido. Como deixa claro a tese anterior, trata-se de circunstância objetiva que é afastada apenas excepcionalmente, a depender das circunstâncias do caso concreto. Confira o entendimento do STJ:

“1. A razão de ser da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais a que se refere o dispositivo, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluído quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

Lei n. 11.343/2006), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares.

2. Como, na espécie, não ficou evidenciado nenhum benefício advindo ao paciente com a prática do delito nas proximidades ou nas imediações de estabelecimento de ensino – o ilícito foi perpetrado, tão somente, em um domingo, de madrugada – e se também não houve uma maximização do risco exposto àqueles que frequentam a escola (alunos, pais, professores, funcionários em geral), deve, excepcionalmente, em razão das peculiaridades do caso concreto, ser afastada a incidência da referida majorante.” (HC 451.260/ES, j. 7/8/2018).

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: divergência sobre a atribuição para promover a execução de acordo de não persecução penal – atribuição do promotor de justiça que atua perante a VEC do juízo do domicílio do acusado

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 000xx35-xx.201x.8.26.01xx – MM. Juízo da Vara Única do Foro de Cardoso

Suscitante: Promotora de Justiça de Cardoso

Suscitado: xº Promotor de Justiça de Votuporanga

Assunto: divergência sobre a atribuição para promover a execução de acordo de não persecução penal – atribuição do promotor de justiça que atua perante a VEC do juízo do domicílio do acusado.

Cuida-se de conflito negativo de atribuição entre a Douta Promotora de Justiça de Cardoso em face do Douto x.º Promotor de Justiça de Votuporanga, incidente em que divergem sobre a atribuição para promover a execução de acordo de não persecução penal.

Apurou-se que, nos autos do processo criminal nº **000xx35-xx.201x.8.26.01xx**, em trâmite na Vara Única da Comarca de Cardoso, os réus B.E.S., R.V.B.N. e L.G.S., foram denunciados como incurso no art. 1º caput, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967 c/c art. 29, caput, e art. 71, caput, ambos do Código Penal.

Durante o trâmite processual, no entanto, em razão do advento das novas disposições normativas previstas na Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), os acusados R. e L. foram beneficiados com o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), tendo sido devidamente homologado pelo juízo do conhecimento.

Visando o cumprimento da avença, a Douta Suscitante deu início à fase executiva perante o Juízo das Execuções Criminais de Cardoso, formando-se os autos nº 1000xxx-xx.20xx.8.26.0128,

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

oportunidade em que a serventia certificou que o executado R.V.B.N. possui domicílio atual na Comarca de Votuporanga – SP (cf. fls. 04 dos referidos autos).

Diante disso, invocando as normas de competência judiciária, nos termos do que dispõe o art. 28-A, §6º, do Código de Processo Penal, c.c. Art. 65, da Lei 7.210/84 e Art. 528 das NSCGJ do Tribunal de Justiça de São Paulo, a Douta Suscitante expediu carta precatória para o Órgão de Execução do Ministério Público da Comarca de Votuporanga/SP, a fim de dar início ao cumprimento do ANPP em relação ao beneficiário R.

No entanto, o Douto Promotor de Justiça que recebeu os autos, entendeu não possuir atribuições para executar o acordo e devolveu a carta precatória sob o argumento de que a competência para sua execução é do Juízo das Execuções da comarca por onde tramitou o processo de conhecimento, nos termos do art. 65, da LEP, ante a falta de previsão normativa específica diversa na Lei de Organização Judiciária, e considerou, portanto, que a atribuição é do Membro do Ministério Público dessa comarca.

A Ilustre Representante Ministerial que oficia na Comarca de Cardoso, então, houve por bem suscitar o presente conflito negativo de atribuições perante esta Procuradoria-Geral de Justiça.

É a síntese do necessário.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se configurado, portanto, o conflito negativo 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).

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

Considere-se, outrossim, que em semelhantes situações, o Procurador-Geral de Justiça não se converte no promotor natural do caso, de modo que 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 officiar nos autos.

Pois bem.

Razão assiste à Ilustre Suscitante, com a máxima vênia do Douto Suscitado, para efeito de solução do presente conflito negativo de atribuição; senão, vejamos.

Desde a modificação legislativa operada pela Lei n.º 13.964/19, estabeleceu-se controvérsia acerca da atribuição para promover a execução da pena pecuniária, dos acordos de não persecução penal e, na mesma medida, do juízo competente para tanto.

Diante de tal quadro, até o dia 31 de julho de 2020, esta Procuradoria-Geral de Justiça, ao dirimir vários conflitos de atribuição sobre execução de multa criminal, decidiu que esta deveria ser promovida pelo Promotor de Justiça da Vara de Execução Penal do domicílio do condenado, isto é, do local em que se encontrava recolhido para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Contudo, esta Chefia Institucional constatou que o Egrégio Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido, ao dirimir conflitos de competência acerca da matéria, no sentido de que a competência para execução da multa criminal é da vara de execução criminal do juízo da condenação, ou seja, do juízo originário da condenação, não do juízo da execução da comarca onde se dá o cumprimento da pena, alterando a orientação até então adotada de que a execução se daria no foro do domicílio do condenado, ou onde ele cumpre pena, nos termos do art. 46, § 5º, do Código de Processo Penal, e nos termos da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80).

A execução da multa criminal perante a vara de execução penal da mesma comarca do juízo de conhecimento em que proferida a condenação afigura-se mais razoável e adequada, uma vez que não é incomum que o sentenciado seja transferido a outros estabelecimentos prisionais ou

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

progrida de regime, o que, em princípio, acarreta a necessidade de remessa do processo de execução a outros juízos.

Esse entendimento de que o foro competente é a vara de execução criminal do lugar da condenação confere mais segurança e eficiência ao processo executivo da multa criminal.

Contudo, em relação a execução do novo acordo de não persecução penal, o cenário é outro.

O art. 28-A, §6º, do CPP, estabelece:

“Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.”

O cerne da questão está em identificar qual Representante Ministerial tem atribuição para promover a execução do ANPP: aquele que oficia onde tramita o processo de conhecimento ou aquele que oficia no local do domicílio do autor do fato.

Conforme se verifica do termo de audiência realizada nos autos n. 0001xx5-xx.201x.8.26.0xx8, o Ministério Público propôs o acordo de não persecução com as seguintes condições, que foram aceitas pelo acusado e a avença devidamente homologada pelo E. Juízo: a) comparecimento mensal por 06 (seis) meses em Juízo para informar e justificar suas atividades; b) pagamento mensal de 01 salário mínimo, durante 06 meses, a ser depositado em conta bancária judicial indicada no respectivo termo; c) proibição de frequentar determinados lugares; d) proibição de se ausentar da comarca onde reside, por mais de 08 dias, sem prévia autorização do Juízo.

Verifica-se que o acordo celebrado no curso da ação penal englobou o cumprimento, pelo denunciado, de condições que importam, ao mesmo tempo, no pagamento de prestação pecuniária, mas também em condições de demandam condutas comissivas (comparecimentos em Juízo) e omissivas (proibição de frequentar determinados lugares).

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

Muito embora no âmbito dessa nova modalidade de Justiça Negocial não se possa dizer que o acusado se obriga ao cumprimento de pena, é notório que algumas condições impostas para a efetivação da avença encontram fundamento no Código Penal e Lei de Execução Penal, tanto assim que os incisos III e IV do art. 28-A do Código de Processo Penal, ao elencarem como condições possíveis para a celebração do acordo a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária, mencionam expressamente os artigos 45 e 46 do Código Penal.

Nessa ordem de ideias, com a máxima vênia do Ilustre Suscitado, não há como se afastar a conclusão de que as regras estabelecidas para a execução de penas restritivas de direitos devem ser adotadas para as hipóteses de execução do acordo de não persecução penal.

O art. 65 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), estabelece que “A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”.

Por sua vez, as normas de serviço da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, prescrevem:

Art. 379-B. Homologado o acordo de não persecução penal no juízo competente, o ofício de justiça abrirá vista ao Ministério Público e, após, providenciará a intimação da vítima; ciência à Delegacia de Polícia; anotará, para a parte beneficiada pelo acordo, no histórico de partes, o “evento” “Cód. 19 - Homologação de Acordo de Não Persecução Penal”, que alterará automaticamente o tipo de participação para “Beneficiado - Art. 28-A CPP”, o que obstará o apontamento nas certidões de distribuição para fins civis e eleitorais, sendo a parte baixada dos autos; e decidirá sobre os objetos apreendidos, na forma da Seção XXV, do Capítulo IV, destas Normas.

§1º O processo deverá permanecer na fila específica disponível no fluxo do sistema informatizado, pelo prazo de 30 dias, aguardando a comunicação da distribuição da execução do acordo de não persecução penal pela Vara de Execução Criminal ou pelo juízo com competência em execução criminal.

§2º Nas hipóteses em que as condições fixadas sejam cumpridas de forma instantânea (v.g. renúncia a bens e direitos; restituição do bem à vítima; prestação pecuniária etc.) dispensa-se o

ajuizamento de ação de execução perante o Juízo das Execuções Criminais. Nesse caso, o Juízo que homologar o acordo de não persecução penal extinguirá, desde logo, a punibilidade do agente. (g.n.)

Observa-se, assim, que quando a condição estipulada pelo *Parquet* para a celebração do negócio jurídico consistir em obrigação que pode ser cumprida instantaneamente, como o pagamento de prestação pecuniária, não é exigido o ajuizamento de ação de execução perante a Vara de Execuções Criminais, competindo ao Juízo do conhecimento a homologação do acordo e posterior declaração de extinção de punibilidade pelo cumprimento.

De outro lado, quando existir na celebração da avença condição que importa em cumprimento de obrigações não instantâneas pelo autor do fato, a regra será outra, demandando o início de execução perante a Vara de Execuções Criminais competente.

Nesse ponto, releva destacar uma vez mais, porque pertinente, as normas de serviço da Corregedoria-Geral da Justiça que regem a execução de penas:

Art. 528. A competência do juízo da execução penal é estabelecida pelo local do cumprimento da pena imposta.

Parágrafo único. A fuga do preso não implica modificação da competência do juízo da execução com jurisdição sobre o apenado, contra o qual se expedirá mandado de recaptura, observando o art. 113 do Código Penal.

Art. 530. Sempre que o condenado passar a cumprir pena ou fixar residência em localidades diversas daquele onde teve início a execução, os respectivos autos serão imediatamente remetidos ao juízo competente para o prosseguimento. (g.n.)

Parágrafo único. Enquanto processado o recurso de agravo, a transferência do condenado para base territorial de jurisdição

Boletim Criminal Comentado 112- Outubro - 2020 -

distinta não implicará remessa dos respectivos autos, caso em que o feito só será remetido após eventual juízo de retratação.

Verifica-se, assim, que as normas administrativas que regulamentam a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos no Estado de São Paulo determinam que o sentenciado deverá cumprir sua reprimenda no local em que fixar sua residência, já que tal proximidade entre o condenado e o juízo da execução torna mais efetiva a fiscalização do cumprimento da sanção penal e ainda evita impor ao sentenciado o ônus de cumprir sua condenação em local diverso de seu domicílio.

Especificamente sobre a execução do acordo de não persecução penal, as Normas de Serviço ainda estabelecem que, cumprido integralmente o acordo, o juízo das execuções declarará a extinção da punibilidade e comunicará o cumprimento ao juízo do conhecimento, assim como, em caso de descumprimento da avença, o próprio juízo da execução rescindir o acordo e comunicará ao juízo de conhecimento (arts. 530-B e 530-C).

Nesse cenário, conclui-se que o beneficiário da Justiça Negocial, caso tenha que cumprir as condições de cumprimento não instantâneo, como por exemplo, a prestação de serviços à comunidade, comparecimentos ou ainda a limitação de final de semana, em local diverso de seu domicílio, estaria sujeito a um ônus maior do que o sentenciado que foi condenado criminalmente, o que não encontra fundamento no princípio da razoabilidade.

Basta verificar que, no caso concreto, a prevalecer a tese do Douto Suscitado, R.V.B.N. teria, por seis meses, que se deslocar de Votuporanga (local de sua residência) a Cardoso (local que tramita o processo de conhecimento) e comparecer ao Fórum para justificar suas atividades, sem falar que as outras obrigações que importam em restrições (proibição de frequentar determinados locais e proibição de se ausentar da comarca sem prévia autorização do Juízo) seriam de difícil fiscalização em razão da distância existente entre as duas Comarcas.

Além disso, tal regra ainda poderia causar impeditivo para a celebração do acordo não previsto em lei, na medida em que o autor da infração penal, residente em local diverso do

Boletim Criminal **Comentado** 112- Outubro - 2020 -

cometimento do delito e impossibilitado de comparecer perante o Juízo de conhecimento, recusaria o negócio jurídico.

Nesses casos, portanto, a solução mais adequada é seguir a regra já estabelecida e sedimentada para a fiscalização do cumprimento do *sursis* processual (art. 89, Lei n. 9.099/95) quando o acusado reside em local diverso da tramitação da ação penal, qual seja, a expedição de carta precatória à Comarca do domicílio do autor do fato para a necessária e efetiva fiscalização da benesse.

Assim, a orientação desta Procuradoria-Geral de Justiça é no sentido de que seja sempre promovida a execução do acordo de não persecução penal, pelo Ministério Público, no local do domicílio do sujeito ativo do delito, salvo nos casos em que a condição da avença importar em cumprimento instantâneo da obrigação, hipótese em que será desnecessário ajuizar a execução.

Diante do exposto, conhece-se deste conflito para dirimi-lo e declarar que a atribuição para promover a execução do acordo de não persecução penal é do Douto Promotor de Justiça de Votuporanga, local do domicílio do denunciado.

A controvérsia se refere apenas a atribuição para promover a execução do acordo de não persecução penal, e não propriamente ao enquadramento legal dos fatos, motivo por que se afigura desnecessária a designação de outro Membro do *Parquet* para atuar em seu lugar.

Providencie-se o protocolo desta decisão nos autos n. 0001xxx5-x0.201x.8.26.0xx8 da Vara Única da Comarca de Cardoso, para conhecimento da Ilustre Promotora de Justiça e do MM. Juiz.

São Paulo, 28 de setembro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº113,10/2020
(semana nº 3)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA

A redação conferida ao artigo 51 do Código Penal pela Lei n.º 13.964/19 tem provocado discussões doutrinárias acerca da prescrição da pena de multa.

Alguns defendem a aplicação das regras do Código Penal no tocante ao prazo prescricional e a incidência das causas interruptivas e suspensivas da prescrição e, subsidiariamente, as causas interruptivas e suspensivas que regem a execução fiscal (CTN: artigo 151; parágrafo único do artigo 155 e artigo 174; Lei de Execução Fiscal: parágrafo 2.º do artigo 8.º).

Os que assim entendem conferem ao artigo 51 do Código Penal interpretação conjugada com uma das teses fixadas no julgamento da ADI 3.150, no sentido de que a multa conserva sua natureza de pena, invocando, ainda, o Provimento 4/2020 CGJ, que estabelece em seu artigo 538-A, §2.º, que a ação de execução da pena de multa deverá tramitar pelo rito da LEP, com aplicação subsidiária da Lei n.º 6.830/80, especialmente no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Há segunda corrente no sentido de que, quanto ao prazo prescricional, devemos observar as regras do Código Penal (artigos 109 e 114) e, com relação às causas suspensivas e interruptivas da prescrição, as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública. Os adeptos desse entendimento sustentam que a lei não contém palavras inúteis, de modo que se a intenção do legislador fosse a aplicação integral das normas que regem a execução fiscal, no tocante ao prazo e causas interruptivas e suspensivas da prescrição, não teria feito a ressalva na parte final “... inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.”

Por fim, há entendimento de que as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública são aplicáveis seja quanto ao prazo prescricional seja com relação às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

É o que se infere do Enunciado 1 GNCCRIM Pacote Anticrime:

“Cabe preferencialmente ao membro do Ministério Público com atribuição para execução penal ingressar com a ação para a execução da pena de multa perante o juízo das execuções penais, sob o rito da Lei 6.830/80. “

Dentro dessa corrente há, ainda, uma divergência quanto ao termo inicial da prescrição. Alguns sustentam que a contagem dos 5 anos tem início com o trânsito em julgado da condenação, ao passo que outros mencionam a inscrição na dívida ativa.

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE FLUXO DO PROTESTO DA MULTA:

A Resolução n.º 1.229/2020-PGJ/CGJ, de 24 de setembro de 2020, possibilita o protesto da multa.

O Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM elaborou Minuta do Primeiro Termo Aditivo ao Acordo de Cooperação Técnica n.º 15/2019, firmado em 21 de maio de 2019, entre o MPSP e o IEPTB, visando ampliar o objeto do referido convênio, possibilitando o envio online das certidões de sentença para protesto por meio do sistema denominado “Resgate de Valores”.

A Minuta, que já conta com a anuência do IEPTB, constitui objeto do expediente registrado no SEI 29.0001.0071379.2020-62 e segue os trâmites previstos na Resolução n.º 764/13-PGJ.

Sem prejuízo, é importante mencionar que, antes mesmo da assinatura do Termo Aditivo, nada obsta que o Promotor de Justiça ajuste com o tabelião da comarca respectiva o envio das certidões de sentença para protesto. Para tanto, sugerimos o fluxo constante do Anexo 1 da Resolução n.º 1.229/2020-PGJ/CGJ, disponibilizado na página do CAOCRIM ([clique aqui](#)).

Uma vez ajustado o envio da certidão de sentença para protesto, é importante ressaltar que, no tríduo previsto no artigo 12 da Lei n.º 9.492/97, o pagamento somente poderá ser feito no Tabelionato competente, nos termos do artigo 19 do referido Diploma legal.

De outra parte, registrado o protesto, a extinção da pena de multa somente ocorrerá depois de efetuado seu pagamento e dos emolumentos devidos ao Tabelionato competente.

Boletim Criminal Comentado 113- Outubro - 2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Realização de audiência por vídeo durante a pandemia não configura cerceamento de defesa

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de sessões de julgamento, audiências e perícias por sistema audiovisual durante a pandemia de Covid-19 não configura cerceamento de defesa. Para o colegiado, o contexto atual de crise sanitária autoriza a adoção da medida excepcional.

A decisão veio no julgamento de habeas corpus impetrado em favor de réu acusado de roubo e que cumpre prisão preventiva desde dezembro de 2019. A defesa alegou constrangimento ilegal em razão da designação de audiência de instrução e julgamento por videoconferência.

Com o início da pandemia, o juízo de primeiro grau designou audiência por vídeo, mas a defesa, alegando razões técnicas, manifestou-se pela realização de audiência presencial, o que foi indeferido. Ao negar o pleito, o juiz afirmou que a audiência por videoconferência tem previsão no ordenamento jurídico e, por isso, não configuraria prejuízo ao réu.

Isolamento social

Em habeas corpus no segundo grau, foi concedida liminar para suspender a audiência virtual marcada, porém, no julgamento de mérito, a ordem foi denegada.

No STJ, a defesa sustentou que o procedimento de videoconferência não garante a paridade de armas nem o contato do acusado com seu advogado durante o depoimento das testemunhas de acusação. Asseverou ainda que a audiência presencial propicia maior efetividade da defesa em seu esforço para garantir o contraditório e coibir a contaminação da produção de provas na origem.

O ministro relator do habeas corpus, Sebastião Reis Júnior – que havia concedido liminar para suspender a nova audiência designada na segunda instância –, destacou que, embora a regra geral seja a realização de audiências presenciais, com o réu sendo interrogado pessoalmente pelo juiz, o contexto de pandemia e a exigência de isolamento social justificam a prática desses atos por videoconferência.

"É preciso viabilizar a continuidade da prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, garantir a preservação da saúde de magistrados, agentes públicos, advogados, além de usuários do sistema de Justiça em geral", afirmou.

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

Leia o [acórdão](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 590140](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No julgado em comento, o STJ entendeu que a conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa.

Assim, “embora a regra geral – que deve sempre prevalecer – seja de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo Juiz, o contexto atual justifica a realização desses atos por videoconferência.”

Para o ministro, não há cerceamento de defesa se a audiência ocorre em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes. O juiz – acrescentou – precisa observar os parâmetros fixados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na [Resolução 329/2020](#).

"A conjuntura atual é excepcionalíssima e não há perspectiva de alteração do quadro, tanto que o CNJ até deixou à disposição dos magistrados brasileiros uma plataforma emergencial para realização de atos processuais por meio de videoconferência", afirmou Sebastião Reis Júnior.

O relator lembrou que, ao editar a resolução, o então presidente do CNJ, ministro Dias Toffoli, mencionou que as audiências virtuais devem buscar a máxima equivalência com os atos realizados presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade do procedimento e a segurança da informação e da conexão.

2 - Tema: 2ª Turma reconhece impossibilidade de prisão preventiva sem requerimento do MP ou da Polícia Judiciária

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

De acordo com o voto do ministro Celso de Mello, seguido por unanimidade, a autoridade judiciária não pode converter prisão em flagrante em prisão preventiva sem prévia e expressa provocação formal do MP ou da autoridade policial.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento unânime, concedeu, de ofício, o Habeas Corpus (HC) 188.888/MG, de relatoria do ministro Celso de Mello. Em seu voto, o ministro

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

deixou assentado que qualquer pessoa presa em flagrante tem direito público subjetivo à realização, sem demora, da audiência de custódia, que pode ser efetivada, em situações excepcionais, mediante utilização do sistema de videoconferência, sob pena de não subsistir a prisão em flagrante.

O ministro Celso de Mello também firmou o entendimento, em seu voto, de que o magistrado competente não pode converter, *ex officio*, a prisão em flagrante em prisão preventiva no contexto da audiência de custódia, pois essa medida de conversão depende, necessariamente, de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público.

Nesse mesmo julgamento, também por votação unânime, reconheceu-se a impossibilidade jurídica de o magistrado, mesmo fora do contexto da audiência de custódia, decretar, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida a atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial), "tendo em vista as inovações introduzidas nessa matéria pela recentíssima Lei nº 13.964/2019 ("Lei Anticrime"), que deu particular destaque ao sistema acusatório adotado pela Constituição, negando ao Juiz competência para a imposição, *ex officio*, dessa modalidade de privação cautelar da liberdade individual do cidadão (CPP, art. 282, §§ 2º e 4º, c/c art. 311)", conforme o voto do relator.

[Leia a íntegra da ementa, relatório e voto do ministro Celso de Mello.](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A prisão em flagrante será convertida em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão. Diante da nova redação do art. 311 do CPP, que impede o juiz de decretar a prisão preventiva de ofício, há doutrina no sentido de que o Magistrado, por consequência, também não poderia converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem o prévio requerimento do Ministério Público ou sem a representação da autoridade policial nesse sentido. Tal conversão, com efeito, equivaleria a uma indireta decretação de ofício da preventiva.

Comentamos, no Boletim 110, o mesmo tema, mas sob a ótica do STJ. Alertamos que o Tribunal, antes da Lei 13.964/19, era uníssono em admitir a conversão:

“O magistrado singular, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código” (RHC 80.740/MG, 5ª Turma, j. 20/06/2017).

“O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva pelo Juízo monocrático, independentemente de representação da

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

autoridade policial ou do Ministério Público, encontra respaldo no art. 310, II, do Código de Processo Penal. Precedentes” (RHC 79.655/MG, 6ª Turma, j. 04/04/2017).

Com o advento da LEI ANTICRIME, a regra é não admitir, mas somente em casos excepcionais.

O STF foi mais rigoroso, não admitindo qualquer exceção. Por votação unânime, reconheceu-se a impossibilidade jurídica de o magistrado, dentro ou fora da audiência de custódia, decretar, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida a atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial), "tendo em vista as inovações introduzidas nessa matéria pela recentíssima Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), que deu particular destaque ao sistema acusatório adotado pela Constituição, negando ao Juiz competência para a imposição, *ex officio*, dessa modalidade de privação cautelar da liberdade individual do cidadão (CPP, art. 282, §§ 2º e 4º, c/c art. 311)".

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Inimputável. Crime Punido Com Reclusão - Tratamento

NOVA PESQUISA PRONTA- STJ

Pesquise sobre este tema na base de Acórdãos do STJ: **Inimputável. Crime Punido Com Reclusão: Tratamento.**

STJ- HC 584.154/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2020, DJe 14/8/2020.

Ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. INTERNAÇÃO. ANÁLISE DA PERICULOSIDADE DO INDIVÍDUO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Via de regra, consoante a diretriz do art. 97 do CP, se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação. Caso o fato previsto como crime seja punível com detenção, poderá o indivíduo ser submetido a tratamento ambulatorial.

2. O critério não é inflexível. Mesmo acontecido um delito apenado com reclusão, o juiz poderá, excepcionalmente, à luz do princípio da proporcionalidade, sujeitar o inimputável a tratamento ambulatorial, desde que constate, indene de dúvidas, a desnecessidade da internação para o fim de cura da periculosidade.

3. Na hipótese, o tratamento foi proposto ao paciente depois de cuidadosa análise das peculiaridades do caso, havendo sido constatada a necessidade da internação, dada a quantidade e a variedade das substâncias encontradas, bem como o fato de ser o réu reincidente específico e ter sido a ele imposto anterior tratamento ambulatorial que sequer foi iniciado.

4. Habeas corpus denegado.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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.

Boletim Criminal Comentado 113- Outubro - 2020 -

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:

“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 decide 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, admite 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:

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

“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”.

O posicionamento foi reafirmado no julgado em comento.

2- Tema: Progressão especial para mães deve considerar definição da Lei de Combate ao Crime Organizado

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Para a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o requisito "não ter integrado organização criminosa" previsto no inciso V do **parágrafo 3º** do artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP), para progressão de regime da mulher gestante, mãe ou responsável por criança ou pessoa com

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

deficiência, deve ser interpretado de acordo com a definição de organização criminosa da [Lei 12.850/2013](#), a chamada Lei de Combate ao Crime Organizado.

O colegiado aplicou o entendimento ao julgar habeas corpus impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que indeferiu a progressão ao regime semiaberto de uma apenada com filho de seis anos, sob o argumento de que não teria sido preenchido o requisito da LEP, já que a paciente cumpre pena pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas.

No habeas corpus apresentado ao STJ, a defesa alegou que ela faz jus à progressão de regime especial prevista na LEP. Requereu ainda a retificação do cálculo da pena, visando a adoção da fração de 1/8 estabelecida na nova redação do artigo 112.

Organização criminosa

A relatora do caso, ministra Laurita Vaz, lembrou que a [Lei 13.769/2018](#) incluiu o parágrafo 3º no artigo 112 da LEP para instituir a progressão de regime especial. Segundo ela, a norma exigiu a presença de cinco requisitos cumulativos para a concessão do benefício – entre eles, a circunstância de "não ter integrado organização criminosa".

Para a ministra, o argumento adotado pelo TJSP de que o termo "organização criminosa" não se refere ao crime previsto na Lei 12.850/2013, pois seria uma expressão genérica capaz de abranger todas as espécies de sociedades criminosas, não se coaduna com a correta interpretação da norma.

"Com efeito, a referida regra tem conteúdo material (norma híbrida), porquanto trata de progressão de regime prisional, relacionado com o *jus libertatis*, o que impõe ao intérprete a submissão a todo o conjunto de princípios inerentes às normas penais", afirmou.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Na decisão em comento, o STJ alertou que o inciso V do §3º do artigo 112 da LEP é exemplo de norma penal em branco com complemento normativo, pois o próprio legislador, respeitando o princípio da taxatividade (decorrente do princípio da estrita legalidade), encarregou-se de apresentar a definição de organização criminosa ao editar a Lei 12.850/2013.

"Não é legítimo que o julgador, em explícita violação ao princípio da taxatividade da lei penal, interprete extensivamente o significado de organização criminosa a fim de abranger todas as formas de *societas sceleris*. Tal proibição fica ainda mais evidente quando se trata de definir requisito que restringe direito executório implementado por lei cuja finalidade é aumentar o âmbito de proteção às crianças ou pessoas com deficiência, reconhecidamente em situação de vulnerabilidade em razão de suas genitoras ou responsáveis encontrarem-se reclusas em estabelecimentos prisionais", explicou a relatora.

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

A relatora destacou, ainda, ser vedada a interpretação extensiva de normas penais para prejudicar o réu, frisando que o propósito da legislação e a existência de complemento normativo impõem "exegese restritiva e não extensiva".

"O legislador, quando teve o intuito de referir-se a hipóteses de sociedades criminosas, o fez expressamente, conforme previsão contida no artigo 52, parágrafo 1º, inciso I, parágrafo 3º, parágrafo 4º, inciso II, e parágrafo 5º, da Lei 7.210/1984, que distinguem organização criminosa de associação criminosa e milícia privada", esclareceu a ministra.

Ao conceder o habeas corpus por unanimidade, a turma determinou que o juízo das execuções penais retifique o cálculo da pena e se abstenha de considerar a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas na análise do requisito contido no inciso V do parágrafo 3º do artigo 112 da LEP.

Leia o [acórdão](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 522651](#)

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: divergência quanto ao enquadramento dos fatos com reflexo na atribuição funcional

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 151xx-x8.2019.8.26.00x0 – MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda (Comarca da Capital)

Suscitante: Promotor de Justiça do Juizado Especial Criminal da Capital

Suscitado: xx1.º Promotor de Justiça Criminal da Capital

Assunto: divergência quanto ao enquadramento dos fatos com reflexo na atribuição funcional

Cuida-se de investigação penal instaurada visando à apuração da suposta prática do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (CTB, art. 303), cometido, em tese, por R.P.O. em face de J.P.

Consta dos autos que, no dia 30 de setembro de 2018, por volta das 13h50, na Av. Alcantara Machado, altura do nº 1025, na cidade e comarca de São Paulo, o investigado, na condução do veículo de transporte coletivo de passageiros da empresa “Via xxx Transportes Urbanos Ltda”, de placas FxL-5xx4/SP, atropelou a vítima que sofreu as lesões corporais descritas no laudo de fls. 8/9.

O ofendido declarou que, no dia dos fatos, estava sentado no passeio público e quando foi atravessar a rua perto da faixa de pedestres, o sinal estava aberto mas, de repente, fechou e veio o ônibus e atingiu sua perna, provocando sua queda e desmaio. Foi socorrido e levado ao hospital onde permaneceu internado por aproximadamente 02 meses e foi submetido a cirurgias. Ofereceu representação contra o investigado (fls. 5).

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

As declarações prestadas pelo investigado foram acostadas às fls. 30/32, negando ele responsabilidade pelo acidente.

No curso das investigações, o Douto Promotor de Justiça pugnou pelo envio do expediente ao Juizado Especial Criminal (fls. 15).

Relatado o feito, a Douta Promotora de Justiça destinatária, contudo, discordou de seu antecessor, destacando que a conduta do autor configura, em tese, lesão culposa na direção de veículo automotor majorada (art. 303, parágrafo único, c.c. art. 302, §1.º, inc. IV, ambos da Lei n.º 9.503/97), não se cuidando, portanto, de infração de menor potencial ofensivo; em consequência, suscitou conflito negativo de atribuição (fls. 100/102).

Eis a síntese do necessário.

A remessa encontra supedâneo no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, estando configurado, destarte, o incidente supramencionado 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.

Pois bem.

Boletim Criminal Comentado 113- Outubro - 2020 -

A razão se encontra com a Doutra Suscitante, com a devida vênia do Ilustre Suscitado; senão, vejamos.

Como se narrou anteriormente, a conduta do averiguado constitui, em tese, lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, agravada pelo fato de se cuidar de conduta cometida por agente exercendo a profissão de motorista de veículo de transporte de passageiros.

Entre as causas de aumento de pena aplicáveis à lesão corporal culposa de trânsito, encontra-se a seguinte circunstância: *“no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros”* (inciso IV do § 1.º do art. 302 do CTB).

Os fatos constituem, portanto, delito de competência do Juízo Criminal Comum.

Destaque-se que doutrina e jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que as causas de aumento de pena devem ser consideradas em conjunto com a sanção prevista em abstrato para se verificar a possibilidade de aplicação dos institutos da Lei n.º 9.099/95.

Bem por isso, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça aprovaram súmulas vedando a suspensão condicional do processo em casos de concurso de crimes em que a pena mínima, em abstrato, exceda um ano (súmulas n.º 723 do STF e 243 do STJ). O mesmo raciocínio deve ser adotado em relação ao conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, o pensamento do C. Superior Tribunal de Justiça:

COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. CAUSA DE AUMENTO. INCIDÊNCIA. PENA MÁXIMA ABSTRATA SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

3 - Para fins de fixação de competência do Juizado Especial, será considerada a soma das penas máximas cominadas ao delito com a causa de aumento que lhe seja imputada igualmente em patamar máximo, resultado que, ultrapassado o patamar de 2 (dois) anos, afasta a competência do Juizado Especial Criminal (...)

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

(RHC 46.646/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 15/4/2016)

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL CULPOSA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. A pena máxima prevista para o crime capitulado na denúncia (art. 303, parágrafo único, c/c o art. 302, parágrafo único, inciso III, da Lei n.º 9.503/97) é de três anos, não se enquadrando, portanto, no conceito de crime de menor potencial ofensivo, mesmo com a ampliação dada pela Lei n.º 10.259/01. Competência da Justiça Comum Estadual.

2. Recurso conhecido e provido. (REsp 390.651/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2004, DJ 5/4/2004, p. 305).

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, igualmente assim decidiu:

PRELIMINAR - nulidade do feito - alegação de incompetência - feito que teria que tramitar em juizado especial criminal – **hipótese em exame que cuida de infração penal cuja pena máxima, em tese, excede o prazo de dois anos, em virtude da causa de aumento de pena prevista no parágrafo único do artigo 303 do Código de Trânsito Brasileiro - causa que obsta a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal - preliminar afastada.**

LESÃO CORPORAL NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - materialidade boletim de ocorrência, laudo e prova oral confirmam que se praticou lesão corporal culposa na direção de veículo automotor.

LESÃO CORPORAL NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – autoria - revelia do réu vítima que narra como se deu a prática delitiva e tem versão endossada pela testemunha presencial - prova da autoria e do descuido por parte do acusado.

MAJORANTE - não prestação de socorro – mantença – majorante que se revela compatível com a Constituição Federal.

Boletim Criminal **Comentado** 113- Outubro - 2020 -

PENA - primeira fase - base fixada acima do mínimo legal - circunstância judicial desfavorável ao réu - segunda fase - presente agravante da reincidência - mantido o aumento da pena - terceira fase - causa de aumento (deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal) - regime inicial semiaberto - reincidência do réu - necessidade substituição que não se mostra cabível - não provimento ao recurso.

(TJSP, Apelação nº 0002577-11.2016.8.26.0318, Relator: Lauro Mens de Mello, data de julgamento: 22.07.2020, 6.ª Câmara de Direito Criminal, data de publicação: 22.7.2020).

Ante o exposto, conhece-se do incidente para declarar que a atribuição para funcionar nos autos é do Douto Promotor de Justiça Suscitado, que atua perante o juízo criminal comum.

Visando, porém, evitar menoscabo ao princípio da independência funcional, pois diversa sua opinião delitiva acerca do fato, designa-se outro Promotor de Justiça para intervir em seu lugar, facultada ao Ilustre Promotor de Justiça designado valer-se da compensação prevista em conformidade com as Resoluções nº 302/2003 e 488/2006 (CSMP, CGMP, PGJ).

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

São Paulo, 9 de outubro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº114,10/2020
(semana nº 4)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

AVISOS

1 - Iniciativa para registro de acordos de não persecução penal será replicado em todo o país

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) selecionou o projeto do MPSP voltado ao aprimoramento dos registros relacionados a acordos de não persecução penal para o ***Banco de Boas Práticas da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública***.

Foram criados campos para o registro dos acordos homologados no Instituto de Identificação Gumbleton Daunt (IRGD) e também no INFOSEG, que contempla o controle dos crimes de competência da Justiça Federal. Com a sua inclusão no banco de dados, o projeto poderá ser replicado em todo o país.

A iniciativa do Centro de Apoio Operacional Criminal foi impulsionada pelo colega Fernando Pascoal Lupo, a quem os integrantes do CAOCRIM renovam os agradecimentos.

2 – Novos modelos na página do CAO-CRIM

Na página do CAOCRIM, no campo MODELOS, foram inseridas manifestações bem sucedidas da colega Thelma Thais Cavarzere, promotora de Justiça de São Bernardo do Campo, na defesa dos direitos dos animais. Confiram: (Rese - [clique aqui](#)); (Acórdão TJSP- clique [aqui](#)); (Apelação- [clique aqui](#)); (Parecer- [clique aqui](#)); (Acórdão TJSP- [clique aqui](#))

3 - Boletins do CAO-CRIM agora em formato E-book

No evento virtual realizado na tarde desta sexta-feira (16/10) para o lançamento do e-book "Boletim do Centro de Apoio Criminal", o procurador-geral de Justiça, Mario Sarrubbo, afirmou que os informativos do CAOCRIM representam mais um passo para uma atuação estratégica no dia a dia do MPSP visando a uma maior resolutividade em favor da sociedade, que tanto precisa da instituição. "Estamos caminhando para um Ministério Público cada vez melhor", constatou o PGJ. A publicação reúne estudos e teses adotadas pelo MPSP de forma a orientar a atuação de promotores de Justiça com atuação na esfera criminal. Em sua fala, Sarrubbo ainda classificou como inestimável a colaboração da Associação Paulista do Ministério Público (APMP) para a viabilização da iniciativa.

O presidente da APMP, Paulo Penteado, considerou que o lançamento do e-book é importante para todos que fazem o Ministério Público. "É o trabalho de anos disponibilizado a todos os integrantes da carreira. Parabenizo o MPSP e digo que é uma honra poder colaborar com os debates que envolvem nosso trabalho", comemorou.

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

Para o secretário especial de Políticas Criminais, Arthur Pinto de Lemos Jr., a cooperação da APMP foi fundamental para viabilizar a publicação que compila os boletins do CAOCRIM. Ele destacou o apoio incondicional da atual gestão, "que acredita no potencial de cada membro do Centro de Apoio".

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Lei nº 14.071, de 13 de outubro de 2020 - Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para modificar a composição do Conselho Nacional de Trânsito e ampliar o prazo de validade das habilitações; e dá outras providências.

Publicada no Diário Oficial da União de 14 de outubro de 2020, para se tornar eficaz depois de decorridos 180 dias da publicação (em 12 de abril de 2021), além de várias modificações na esfera administrativa, como ampliação do prazo de validade da CNH, aumento da pontuação para suspensão do direito de dirigir, entre outras mudanças, a Lei nº 14.071/20 trouxe importante modificação na parte criminal do Código de Trânsito, mais precisamente no tratamento dado aos crimes de homicídio culposo (CTB, art. 302, § 3º) e lesão corporal culposa grave ou gravíssima (CTB, art. 303, § 2º), qualificados pela influência do álcool ou embriaguez do condutor, por qualquer substância psicoativa que determine dependência. Reza o art. 312-B:

"Art. 312-B. Aos crimes previstos no § 3º do art. 302 e no § 2º do art. 303 deste Código não se aplica o disposto no **inciso I do caput do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** (Código Penal)."

A intenção do legislador, anunciada e repetida pelo Congresso e pelo Executivo Federal, é não mais permitir a aplicação de penas restritivas de direitos se o condutor estiver sob influência do álcool ou de outra substância psicoativa ao incorrer nos crimes dos arts. 302, § 3º e 303, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97).

Trata-se de medida de política criminal importante, pois, apesar de todos os alertas e campanhas educativas, e não obstante o agravamento das punições nas esferas administrativa e criminal, tais crimes, decorrentes da combinação de álcool (e outras drogas) e direção de veículos automotores, têm triplicado as taxas de mortalidade em nosso Estado.

A nova norma é mais rigorosa, valendo somente para casos futuros, ocorridos a partir de sua vigência, respeitando o disposto no art., 5º, XL, da Constituição Federal.

Já existem críticas relacionadas à técnica legislativa empregada para excluir a possibilidade de substituição. O legislador, ao invés de vedar "a substituição da pena privativa de liberdade por

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

restritiva de direitos”, modelo usado em outras leis, como na Lei de Drogas, preferiu, na lei em comento, vedar a incidência do art. 44, I, do CP para os crimes de lesão e homicídio culposos no trânsito quando embriagado seu autor. Contudo, o referido inciso jamais fora utilizado para permitir a substituição. Trata-se de inciso restritivo somente para crimes dolosos.

Não bastasse essa crítica, para muitos a mudança não escapará de julgamento pelo Supremo. É que o STF, em várias oportunidades, entendeu inconstitucional a vedação da substituição com fundamento na gravidade em abstrato.

Por fim, já antevemos que a modificação certamente terá reflexos na seara do acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A). Hoje o ANPP é aplicado em crimes violentos no trânsito, com base, inclusive, em Enunciado do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Criminal:

ENUNCIADO 23 (ART. 28-A, § 2º) 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.

Com a nova Lei, nasce campo fértil para não mais se admitir o ANPP nesses casos. O homicídio culposo, estando o motorista embriagado, jamais admitiu o benefício em razão da sua pena mínima superior a 4 anos. A lesão culposa, nas mesmas circunstâncias, em que pese a pena mínima autorizar o ajuste, com a proibição de penas alternativas fomenta-se a postura de recusa por parte do órgão do Ministério Público. Recomendamos, contudo, sempre fundamentar o não oferecimento do ANPP com base nas circunstâncias do caso concreto.

[Clique aqui](#) para ter acesso à nova Lei.

2-Tema: A TUTELA PENAL DOS ANIMAIS NO CONTEXTO DA NOVA LEI Nº 14.064/2020

Monique Mosca Gonçalves¹

No dia 29 de setembro de 2020, entrou em vigor a Lei nº 14.064/2020, que adicionou o §1º-A ao art. 32 da Lei nº. 9.605/98 para criar a figura qualificada do crime de maus-tratos, em atenção unicamente à espécie biológica do animal atingido com a conduta. A partir de então, praticar de ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar cão ou gato deixa de constituir crime de menor potencial

¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ex-membro do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Direito Penal pela Anhanguera/UNIDERP. Email: monique@mpmg.mp.br

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

ofensivo para ensejar a aplicação de pena de reclusão, de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, além de multa e proibição da guarda.

Ao majorar bruscamente a pena do crime quando se tratar de cão ou gato, fugindo do cenário das penas cominadas aos crimes ambientais, e ainda, estabelecer uma grave distinção em relação às demais espécies, a alteração legal deu ensejo a críticas quanto à sua constitucionalidade e provocou controvérsia em relação à aplicação de institutos despenalizadores.

Para a compreensão adequada da nova figura delitiva, é preciso primeiramente conhecer seus antecedentes e os trâmites legislativos, especialmente no contexto da recente evolução da tutela jurídica dos animais como um todo, a partir de um olhar animalista do Direito Penal.

Como é tradição do legislador penal brasileiro, o recrudescimento das penas do crime de maus-tratos a animais é fruto de movimento social reativo a fatos recentes que ganharam repercussão nacional, revelando forte anseio social por uma reprimenda mais rigorosa para atos de violência contra animais. Na própria justificativa do PL nº 1.095/19, apresentado em fevereiro de 2019, encontra-se a expressa referência a um fato específico que gerou grande comoção social (“caso Manchinha”). A aprovação do PL seguiu a mesma linha e foi especialmente impulsionada por um novo crime ocorrido em Minas Gerais, em que o cão Sansão teve suas duas patas traseiras decepadas, mediante o emprego de uma foice. Não coincidentemente, a nova lei foi batizada de Lei Sansão.

É relevante destacar que o texto de lei sofreu modificações significativas durante a tramitação legislativa, ainda na Câmara dos Deputados. A proposta inicial previa a alteração do art. 32, caput, da Lei nº. 9.605/98 para fins de majorar a pena aos patamares de 01 (um) a 04 (quatro) anos, direcionando o mesmo tratamento a todos os animais, tal qual ainda previsto no tipo básico atual. Duas alterações relevantes, portanto: o aumento dos limites mínimo e máximo da pena e a restrição do novo tratamento apenas para cães e gatos.

Em relação aos patamares da reprimenda, a alteração realizada durante a tramitação buscou alinhar o texto da proposta legislativa ao seu escopo principal, qual seja, direcionar uma proteção penal mais eficiente aos animais, por meio de punição com maior rigor. Ao estabelecer a pena de reclusão, de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, verifica-se o claro intento de obstar o cabimento de medidas despenalizadoras, a exemplo da suspensão condicional do processo, bem como facilitar, em tese, o cabimento de prisão preventiva, retirando da autoridade policial a possibilidade de aplicação de fiança em caso de flagrante, dentre outras consequências na fixação da pena².

² Vide os seguintes dispositivos legais: art. 33, §2º, do CP; art. 322 e art. 313, I, ambos do CPP; art. 28 da Lei nº 9.605/98.

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

O significativo recrudescimento das penas deu ensejo a uma vertente crítica, que sustenta a inconstitucionalidade da lei, com fundamento no princípio da proporcionalidade, na sua face de vedação de excesso³. Tal entendimento parte da análise sistemática do ordenamento penal, no comparativo com o preceito secundário de outros tipos, a exemplo da violência doméstica (art. 129, §9º, do CP), no sentido de que o ordenamento penal passaria a considerar mais reprovável a agressão a um cão do que a agressão a uma mulher no contexto doméstico, o que seria incompatível com a hierarquia de valores da Constituição da República⁴.

Não há dúvidas de que o resultado proclamado não se alinha à correspondente valoração dos bens jurídicos na Lei Maior, sendo certo que constitui aspecto crítico da nova lei a não realização de distinção de reprimenda em relação à gravidade da ofensa, equiparando, na mesma figura delitiva e com penas substanciais, um ato de maus-tratos simples à mutilação e outros tipos de lesão grave e permanente ao animal⁵.

A precisa análise da constitucionalidade das novas penas estabelecidas no art. 32, §1º-A, da Lei nº 9.605/98, à luz do princípio da proporcionalidade, não prescinde da identificação do bem jurídico tutelado pela norma penal, haja vista que, como se sabe, a função primordial do Direito Penal reside na tutela dos valores fundamentais da sociedade e a eleição das reprimendas penais deve observar, por óbvio, a valoração do bem jurídico tutelado em cada caso e o grau da lesão extraído do tipo penal (desvalor do resultado).

Não se pode olvidar, ainda, que a legitimidade e a forma de intervenção do sistema penal deve considerar o contexto social em relação aos atos de violação do bem jurídico cuja tutela se propõe, em atenção ao caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal (*ultima ratio*), aspecto que denota a justificabilidade do recrudescimento das penas para o crime em questão, diante da escalada dos registros da prática de violência contra animais, o que indica a ineficiência do sistema de prevenção e responsabilização como um todo, incluindo-se a tutela penal⁶.

³ Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade ao sistema penal e sua dupla face (vedação de excesso e proibição de proteção deficiente), ver o clássico julgado do STF, RE 418376-MS, Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 31.03.2005.

⁴ Neste sentido, por exemplo, veja Bruno Salles. *As inconstitucionalidades da nova lei de cães e gatos e o populismo penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-03/bruno-salles-inconstitucionalidades-lei-caes-gatos> Acesso em 18 de out. 2020.

⁵ No Código Penal de Portugal, por exemplo, o art. 387º (morte e maus-tratos de animal de companhia) estabelece a distinção em relação ao grau de lesão provocada ao animal e, ainda, distingue o resultado morte provocado a título de dolo ou culpa.

⁶ Segundo dados da Delegacia Eletrônica de Proteção Animal – DEPA, somente no Estado de São Paulo, denúncias de violência contra animais aumentaram 81% no comparativo do período de janeiro a junho de 2020 em relação ao ano anterior. Fonte: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/09/aumento-da-pena-para-quem-maltratar-caes-e-gatos-vai-a-sancao> Acesso em 18 de outubro de 2020.

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

Por sua vez, a compreensão do bem jurídico tutelado no crime de maus-tratos a animais passou por uma profunda alteração, como corolário da mudança do estatuto jurídico do animal, a fim de reconhecer a sua natureza *sui generis* de ser senciente, portador de valor intrínseco e dignidade condizente com a sua condição biológica e emocional, ou seja, sujeito de direitos.

Sabe-se que ainda predomina na doutrina penal a concepção clássica de matriz antropocêntrica, seja para considerar o meio ambiente como objeto jurídico categorial ou para incorporar a tese do transbordamento moral, no sentido de considerar que o fim último da figura delitiva é a prevenção da violência entre seres humanos. Contudo, esta posição não mais se sustenta diante da ascensão do Direito Animal, especialmente a partir da releitura do sentido do preceito constitucional anticrueldade animal, na ótica de consistente doutrina e do guardião e intérprete máximo da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal.

Recorde-se que a compreensão jurídica do tratamento dispensado aos animais passou por uma profunda mudança nas últimas décadas, como consequência de uma verdadeira revolução do pensamento filosófico dominante em relação aos animais⁷, acompanhada pela evolução da neurociência animal, que passou a afirmar capacidades a determinadas espécies antes atribuídas exclusivamente aos seres humanos, reveladoras de autonomia, senciência, consciência e inteligência⁸.

A alteração do estatuto moral dos animais e a mudança da própria conformação sociocultural na relação humano-animal, especialmente com a intensificação dos laços de afeto formados com animais de companhia, provocaram, paulatinamente, a mudança do pensamento doutrinário e jurisprudencial predominante acerca da natureza jurídica do animal, fenômeno que foi acompanhado por consistente atividade legislativa de âmbito estadual e municipal, a exemplo do Código Estadual de Proteção aos Animais de Santa Catarina (Lei nº 12.854/03), do Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba (Lei nº 11.140/18) e do recentíssimo Código Estadual do Meio Ambiente do Rio Grande do Sul (Lei nº 15.434/2020), que, cada um a seu modo, reconhecem expressamente a condição de sujeito de direitos aos animais.

Contudo, independentemente de qualquer inovação legislativa, o maior fundamento para o reconhecimento da alteração da natureza jurídica do animal proveio da própria Constituição da República, a partir da releitura do preceito que proíbe a submissão dos animais a crueldade para

⁷ Peter Singer foi o principal arquiteto dessa mudança de perspectiva e foi com base no pensamento do filósofo australiano que se consolidou a ideia de que os animais, enquanto seres vivos dotados de capacidade de sentir e de sofrer, possuem interesses dignos de consideração e proteção, numa lógica de igualdade de consideração entre interesses semelhantes. SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010, p. 14.

⁸ Como documento científico de referência mundial, veja a aclamada *Declaração de Cambridge sobre a Consciência Animal*, de 7 de julho de 2012. Disponível em:

<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

considerar que o dispositivo constitucional reconheceu que os animais são seres sencientes e, conseqüentemente, reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer, objetivando, com isso, a tutela da vida e dos interesses fundamentais dos animais, pelo seu próprio valor.

Na jurisprudência do STF, o maior exemplo dessa mudança de paradigma é o célebre julgado de inconstitucionalidade da “vaquejada”, que primou por um olhar essencialmente senciocêntrico do ordenamento constitucional, o que resta evidente a partir da análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, com destaque para as seguintes passagens:

Existe uma relevante quantidade de literatura contemporânea sobre bem-estar e direitos dos animais. Trata-se de um domínio em franca evolução, com mudanças de percepção e entronização de novos valores morais. O próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro - ‘bens suscetíveis de movimento próprio’ (art. 82, caput, do CC) - revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão. Nesse ambiente de novos valores e de novas percepções, o STF tem feito cumprir a opção ética dos constituintes de proteger os animais contra práticas que os submetam a crueldade, em jurisprudência constante e que merece ser preservada. (...)

Ao vedar práticas que submetam animais a crueldade (CF, art. 225, §1º, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão-somente para a proteção do meio ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios⁹.

O posicionamento retratado também tem ganhado progressiva aceitação na doutrina, com base na compreensão de uma noção de dignidade própria para os animais e o reconhecimento do Direito Animal enquanto ramo jurídico autônomo. Tal corrente de pensamento parte do pressuposto de que os animais, enquanto seres sencientes, são dotados de uma identidade natural, de uma personalidade própria decorrente da sua natureza biológica e emocional, da qual exurgem interesses jurídicos tuteláveis, concepção que não se aplica à preservação do meio ambiente. Impõe, por isso, a dissociação da proteção dos animais enquanto bens coletivos, de forma a atrair a aplicação de um sistema de proteção dedicado ao indivíduo.

Nas palavras de Vicente Ataíde Júnior, professor de Direito Animal da Universidade Federal do Paraná:

Portanto, para o Direito Animal, o animal não-humano é relevante enquanto indivíduo, portador de valor e dignidade próprios, dada a sua capacidade de sentir dor e experimentar sofrimento, seja físico, seja psíquico. É o fato da senciência animal, valorado pela Constituição, que revela a

⁹ ADI nº 4.983/CE, voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

dignidade animal, incompatível com as equiparações tradicionais entre animais e coisas, animais e bens ou com a consideração dos animais como simples meios para o uso arbitrário desta ou daquela vontade humana. Em outras palavras, o Direito Animal opera com a transmutação do conceito civilista de animal como coisa, para o conceito animalista de animal como sujeito de direitos¹⁰.

Sob outro viés, em março de 2019, em decisão paradigmática, o STJ reconheceu o estatuto constitucional de sujeito de direito ao animal, com fundamento na dimensão ecológica do princípio da dignidade da pessoa humana¹¹. No âmbito dos Tribunais de Justiça, também se vislumbra o fortalecimento da tese de reconhecimento do estatuto constitucional de sujeito de direitos aos animais, em jurisprudência progressivamente constante, revelando-se clara tendência de posicionamento¹².

Destarte, há uma crescente mudança de visão da natureza jurídica do animal na doutrina e na jurisprudência, com fundamento na própria Constituição da República. A releitura do ordenamento constitucional, especialmente a partir da interpretação atual conferida pelo STF, impõe a releitura do tipo penal de maus-tratos a animais, para o alinhamento da compreensão em torno do bem jurídico-penal, que não poderá se distanciar da ótica senciocêntrica.

Concebe-se, então, que, no crime de maus-tratos, o bem jurídico protegido é a vida e a integridade psicofísica do animal, enquanto ser vivo senciente, de forma que os animais são protegidos per se, independentemente de qualquer benefício para a fauna e o interesse ecológico em sentido amplo. Ou seja, os animais são protegidos pelo Direito Penal não em função do ser humano, mas em função de si mesmos¹³.

O titular do bem jurídico lesado no caso é o próprio animal, que passa a figurar como vítima do crime, como consequência lógica e imediata do reconhecimento da dignidade animal e consequente condição de sujeito de direitos. Sob esta ótica, não se vislumbra desproporcionalidade, por excesso, nas penas estabelecidas no novíssimo §1º-A do art. 32 da LCA, devendo-se considerar, em acréscimo, a condição de hipervulnerabilidade dos animais, o que confere maior reprovabilidade ao comportamento criminoso.

¹⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente. Princípios do Direito Animal Brasileiro. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 30, n. 01, 2020, p. 116.

¹¹ STJ, REsp nº 1797175, voto do Ministro Relator Og Fernandes, j.20/03/2019.

¹² Veja-se, como exemplos, no TJSP: *Apelação nº 1000109- 48.2017.8.26.0439*, Des. Rel. José Luiz Gavião de Almeida, j. 12/12/2017; e *Agravo de Instrumento nº 2139566-66.2019.8.26.0000*, Des. Rel. Souza Meirelles, j. 17/06/2020.

¹³ GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In: *Revista Liberdades*, n. 3, janeiro-abril 2010. Pág. 53. No mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio Luiz. *Lei de Crimes Ambientais. Comentários à Lei 9.605/1998*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 144.

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

A condição de vulnerabilidade dos animais, não apenas impacta no desvalor da conduta, como acresce relevância ao dever de intervenção penal imposto pela Constituição da República, tornando mais grave a omissão ou a deficiência no cumprimento do dever estatal de proteção. É exatamente o caso do tipo básico estabelecido no art. 32, caput, da LCA, que, ao estabelecer pena de detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, para o crime de maus-tratos praticados contra todas as espécies de animais, com exceção de cão e gato, configura manifesta proteção penal deficiente e, conseqüentemente, violação do princípio da proporcionalidade.

Não se pode entender suficiente a proteção dos interesses fundamentais de um ser senciente, portador de valor intrínseco e dignidade própria, através da eleição de penas de detenção inferiores a um ano, de forma a equiparar a violência contra sujeitos de direitos a figuras delitivas de menor expressividade, a exemplo do crime de dano (art. 163 do CP). A manutenção do tipo básico do art. 32, caput, da LCA na seara dos crimes de menor potencial ofensivo alinha-se ao escopo de coisificação ainda presente no Código Civil (art. 82), mas não ao paradigma constitucional atual de proteção dos animais.

Em relação ao outro aspecto ocorrido durante a tramitação do projeto de lei, referente à limitação para cão e gato, trata-se de autêntica manifestação do fenômeno sociocultural chamado de especismo afetivo, que designa a escancarada preferência protetiva aos animais de companhia, em desconexão com o fundamento maior do Direito Animal, qual seja, o pressuposto da senciência. Esse fenômeno é corolário da relação de afeto cada vez mais intensa com essa particular categoria de animais, especialmente cães¹⁴ e gatos, o que, por sua vez, provocou uma particular sensibilização pública para atos de violência contra essas espécies. A crítica ao especismo afetivo tem razão de ser na medida em que sobrepõe o sentimento humano de afeto com essas espécies à natureza senciente comum dos animais e revela uma incongruência moral e comportamental ao representar a efetiva consideração de uma mínima noção de dignidade apenas para essa classe de seres sencientes.

Tamanho a mudança na conformação social da relação formada com os animais no âmbito doméstico, hoje predominantemente marcada pelos deveres de cuidado e proteção, que hoje já se fala em um novo modelo de arranjo familiar: a família multiespécie. A noção é oriunda de construção jurisprudencial, especialmente em razão da multiplicação de conflitos pela guarda do animal de companhia em ações de dissolução de sociedade conjugal. Em razão da omissão do ordenamento privado, especialmente considerando a realidade social, a posição do animal passou a ser analisada com base em aplicação análoga das regras sobre guarda e direito de visitas referentes aos filhos menores, com decisões no sentido do reconhecimento da guarda compartilhada, do direito de visitas e até mesmo do pagamento de pensão para a repartição dos

¹⁴ Segundo dados do IBGE de 2015, atualmente, há mais cães do que crianças nos lares brasileiros. Fonte: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/4930> Acesso em 18 de outubro de 2020.

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

custos do animal¹⁵. A adoção de tal raciocínio implica em considerar o interesse do animal como fator de análise para a decisão, com base em um equiparável “princípio do melhor interesse canino”.

A qualificação familiar da relação com os animais de companhia segue a tendência pós-moderna de reconhecimento de novos modelos de família, com base na supervalorização do afeto, como corolário direto do princípio da dignidade humana. A salvaguarda do afeto com o animal, com base na natureza familiar da relação, reforça o princípio da dignidade animal, uma vez que, conquanto seja sustentada precipuamente na dignidade humana, tem como premissa básica a consideração do animal como sujeito de direito, sob pena de se afirmar o absurdo da existência de família entre pessoas e coisas.

Note-se que, apesar de especialmente aplicável para cães e gatos, que são as espécies usualmente catalogadas como domésticas de estimação, o referido entendimento jurisprudencial já foi adotado para o caso de guarda de animal silvestre, inclusive para efeito de concessão de guarda de animal decorrente de prática criminosa (art. 29 da LCA). Foi exatamente neste sentido o já citado julgado paradigmático do STJ, que, além de afirmar a condição de sujeito de direitos à ave envolvida no caso, respaldou o vínculo de afeto formado entre o animal e a requerente para permitir a manutenção da guarda de origem ilícita¹⁶.

Neste contexto, inegável o caráter especista da figura qualificada, não havendo fundamento legítimo para tamanha discriminação em relação a todas as demais espécies, mormente considerando o objeto jurídico do delito e a enorme discrepância estabelecida entre as penas do tipo básico e da nova qualificadora. É igualmente reprovável a prática violência gratuita, configuradora de maus-tratos, contra qualquer ser senciente, quer se trate de cão, gato, bovino, equino, ave, etc.

Caso o legislador penal intentasse, com a majoração das penas, respaldar o novo modelo de relação com os animais de companhia, ancorado no afeto e no dever de cuidado e proteção, a partir do conceito de guarda responsável, melhor seria que tivesse vinculado a nova figura ao caráter finalístico conformador da especial relação, estabelecendo um conceito de animal de companhia. E que tivesse, neste sentido, aproveitado para criminalizar a prática do abandono, a exemplo do ocorrido em Portugal, no ano de 2014, mediante a alteração do Código Penal para criminalizar a prática de maus-tratos, além do abandono, contra animal de companhia (arts. 387/389).

¹⁵ Neste sentido: STJ, REsp nº 1.713.167/SP, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 19.06.2018.

¹⁶ STJ. REsp: 1797175 SP 2018/0031230-0, Rel. Min. Og Fernandes, j. 21.03.2019.

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

Em síntese, no comparativo entre o caput do art. 32 e o §1º-A, deve prevalecer a crítica em relação ao critério eleito e ao grau de distinção realizado em relação à reprovabilidade da conduta, de forma que se faz necessária a adequação do sistema penal ao imperativo moral categórico de tutela dos animais, de todos eles, a partir do recrudescimento das penas estabelecidas no art. 32, caput, suprimindo-se a injustificável discriminação fundada tão somente na espécie biológica do animal.

Por fim, não há como se admitir, em relação à nova figura qualificada, o cabimento do acordo de não persecução penal – ANPP, em razão da natureza do delito e da sua manifesta contrariedade ao espírito da Lei nº 14.064/2020, que buscou justamente impedir a aplicação de medidas despenalizadoras, tornando mais severa a persecução penal e a reprimenda.

Com efeito, nos termos do art. 28-A do CPP, o ANPP direciona-se para infrações penais cometidas sem violência e exige, dentre outros requisitos, que, no caso específico, a medida se revele necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. O instrumento alinha-se ao escopo de valorização dos instrumentos de autocomposição, nos termos estabelecidos na Resolução CNMP nº 118/2014, entendendo-se que o modelo de justiça penal negociada pode contribuir para a projeção social da cultura de pacificação, da redução da litigiosidade e do estímulo às soluções consensuais, liberando a estrutura da persecução penal para os casos de maior gravidade e relevância social.

Neste sentido, a finalidade do novo instituto despenalizador é incompatível com a figura qualificada de maus-tratos, esbarrando, ainda, no requisito referente à natureza do crime (sem violência). Note-se que, diferentemente de outras previsões¹⁷, o dispositivo não exige que se trate de crime sem violência à pessoa, de forma que não há razão para se excluir da vedação legal a prática de violência contra seres sencientes, até porque não se está diante de violência contra a coisa.

Significa dizer que, assim como sustentado em relação ao bem jurídico-penal, o reconhecimento do estatuto constitucional de sujeito de direitos ao animal impõe a releitura do conceito de crime praticado com violência. Se a Constituição da República diz que o animal não é uma coisa, senão um ser senciente, dotado de valor e dignidade próprios, não se pode incluir a violência contra os animais na categoria de violência contra a coisa, por se tratar de interpretação contrária ao texto constitucional.

De mais a mais, verifica-se que as razões que nortearam o legislador a proibir, de forma absoluta, o benefício do ANPP para crimes com violência ou grave ameaça, encontram-se presentes na prática de violência contra seres sencientes. Compreende-se, no caso, que os objetivos da justiça

¹⁷ Vide, por exemplo, o art. 44, I, do CP.

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

restaurativa não são compatíveis com atos de violência contra animais, revelando-se, para todo e qualquer caso, insuficiente para a reprovação e prevenção do crime.

A incompatibilidade do ANPP com a figura dos maus-tratos a animais deve ser entendida à luz da teoria do link, que demonstra a forte vinculação entre a propensão criminosa para atos de violência contra a pessoa humana e aquela direcionada para atos de violência contra animais. A teoria do link encontra sustentação nos dados estatísticos que demonstram a semelhança do perfil da personalidade voltada para a prática de atos de violência contra seres humanos, especialmente no contexto doméstico, e de violência contra animais. O traço comum refere-se à prática de violência contra seres vulneráveis, indicando a correlação entre violência doméstica, abuso infantil e crueldade animal¹⁸. Neste contexto, a aplicação do ANPP não se mostra, em uma análise geral e abstrata, suficiente para a prevenção do crime de maus-tratos contra cães e gatos e a sua admissão pode comprometer a própria eficácia e o escopo da nova lei penal.

Em conclusão, diante da ausência de disposição expressa limitativa à violência contra a pessoa humana, deve-se compreender o conceito da prática de crime com violência, enquanto proibição de aplicação do ANPP, como aquela que envolve violência contra sujeitos de direitos, ou seja, contra seres portadores de dignidade, mormente aqueles que apresentam condição de vulnerabilidade, abrangendo, portanto, as infrações penais com violência à pessoa humana e aos seres sencientes.

¹⁸ Para uma análise mais aprofundada, ver: NASSARO, Marcelo Robis Francisco. Maus-tratos aos animais e violência contra as pessoas. *In: MPMG Jurídico. Aspectos controversos dos crimes contra a fauna*, 2016, pp. 40-48.

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: 1ª Turma- exigência de representação da vítima de estelionato não retroage a denúncias anteriores ao pacote anticrime

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

Os ministros entenderam que, nesse tipo de crime, não é necessário que a vítima autorize a ação penal se já houve denúncia do Ministério Público.

Por decisão unânime tomada na tarde desta terça-feira (13), a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, nos crimes de estelionato, não é necessária a exigência da representação (autorização) da vítima para o cabimento de ação penal nos casos em que o Ministério Público já tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor do parágrafo 5º do artigo 171 do Código Penal (CP). Esta é a primeira vez que a Turma analisa a matéria.

Representação da vítima

A nova regra para a instauração da ação penal pelo crime de estelionato, introduzida pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), incluiu o requisito ao mudar a natureza da ação penal de pública incondicionada para pública condicionada à representação da vítima. Dessa forma, o promotor não pode mais denunciar o acusado do crime de estelionato se a vítima não se manifestar nesse sentido, salvo quando se tratar de crime contra a Administração Pública (direta ou indireta), criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos de idade ou incapaz.

Lesão a hipossuficientes

A decisão da Primeira Turma ocorreu no julgamento do Habeas Corpus (HC) 187341, impetrado em favor de Eric Fabiano Arlindo que, por meio de sua empresa, lesava pessoas hipossuficientes ao oferecer a renegociação de dívidas. Há registros de que ele teria cometido o crime contra mais de 100 vítimas e, no caso concreto, induziu a erro duas pessoas, ao fazê-las acreditar que seriam ajuizadas ações visando à revisão contratual dos juros de contrato de financiamento de um veículo. Por esse fato, Arlindo foi condenado pela Sexta Câmara de Direito Criminal no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) a um ano de reclusão, em regime aberto, além de 10 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade.

A defesa buscava a extinção da punibilidade com base no artigo 107, inciso V, do Código Penal, e argumentou ainda a necessidade de aplicação da norma mais benéfica introduzida pelo Pacote

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

Anticrime, que passou a exigir representação do ofendido como condição para a abertura da ação penal relativa ao crime de estelionato. A condenação foi mantida pelo TJ-SP e, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o relator negou medida liminar. Contra essa decisão, os advogados recorreram ao Supremo por meio do HC analisado hoje pela Turma.

Condição de procedibilidade

O **voto do relator**, ministro Alexandre de Moraes, orientou a decisão unânime da Corte. Ele observou que o tema é extremamente recente, sendo essencial o pronunciamento da Corte diante do novo tratamento dado a um antigo tipo penal. No seu entendimento, a nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição ao prosseguimento da ação penal quando o Ministério Público já tiver oferecido a denúncia, independentemente do momento da prática do delito.

Segundo o relator, a representação da vítima é obrigatória nos casos em que não tenha sido iniciada a ação penal, em razão da incidência do parágrafo 5º do artigo 171 do Código Penal. No entanto, a nova regra não pode retroagir às hipóteses em que o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, pois, naquele momento, a norma processual em vigor definia a ação como pública incondicionada para o delito de estelionato.

Ato jurídico perfeito

No voto condutor, o ministro Alexandre de Moraes destacou que, como não possibilidade de retratação da representação após o oferecimento da denúncia, conforme dispõe o artigo 25 do Código de Processo Penal, a hipótese em julgamento é de ato jurídico perfeito. Sendo assim, a manifestação de interesse ou desinteresse da vítima sobre essa denúncia não repercute mais na continuidade da persecução penal.

Indeferimento

No caso em julgamento, o relator não verificou ilegalidade, constrangimento ilegal ou decisão absurda que justifique a concessão excepcional do habeas corpus. A seu ver, a decisão questionada negou corretamente a necessidade de representação da vítima do estelionato, uma vez que a denúncia já tinha sido oferecida antes da reforma legislativa que modificou a natureza da ação penal de incondicionada para pública condicionada.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19
Estelionato	Estelionato

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

Regra: ação penal pública incondicionada	Regra: somente se procede mediante representação (§5º, art. 171).
Exceções: se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:	Exceções: não depende de representação se a vítima for:
I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;	I - a Administração Pública, direta ou indireta;
II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;	II - criança ou adolescente;
III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita (art. 182 do CP)	III - pessoa com deficiência mental; ou
	IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.”

Tendo em vista que a necessidade de representação traz consigo institutos extintivos da punibilidade, a regra do § 5º do art. 171 do CP deve ser analisada sob a perspectiva da aplicação da lei penal no tempo. A retroatividade deve considerar dois cenários:

a) se a denúncia já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não me 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 denúncia ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima (que dispensa forma solene) ou o decurso do prazo decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é o da vigência da novel lei.

Essa lição defendida pelo MP SP desde a vigência da Lei foi adotada pela 5ª.T do STJ e pelas duas turmas do STF.

A 6ª. T defende a tese de que a retroatividade deve ocorrer inclusive na fase do processo, caso em que a vítima será chamada para manifestar a vontade de ver o prosseguimento do feito.

Leia a [**íntegra do voto do ministro Alexandre de Moraes.**](#)

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

2-Tema: STJ confirma decisão que mandou soltar todos os presos do país que tiveram liberdade condicionada à fiança

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Com base na [Recomendação 62/2020](#) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e nas medidas de contenção da pandemia do novo coronavírus, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu habeas corpus coletivo para assegurar a soltura de todos os presos aos quais foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança e que ainda se encontrem submetidos à privação cautelar de liberdade por falta de capacidade econômica para pagar o valor arbitrado. Os efeitos da decisão valem em todo o território nacional.

A medida já havia sido determinada em [liminar](#) pelo relator do habeas corpus, ministro Sebastião Reis Júnior, em abril, ainda no início da crise sanitária. Inicialmente, ele deu a liminar a pedido da Defensoria Pública do Espírito Santo, para os presos daquele estado. Em seguida, atendendo a requerimento da Defensoria Pública da União – habilitada nos autos como *custus vulnerabilis* –, estendeu a decisão para todo o país.

No habeas corpus coletivo, a DP do Espírito Santo sustentou que, diante do cenário de pandemia da Covid-19, deveria ser superada a [Súmula 691](#) do Supremo Tribunal Federal e, nos termos da Recomendação 62/2020 do CNJ, determinada a soltura imediata de todos os presos do estado que tiveram o deferimento da liberdade provisória condicionado ao pagamento de fiança.

O ministro Sebastião Reis Júnior votou pela concessão do habeas corpus por reconhecer a plausibilidade jurídica das alegações e a flagrante ilegalidade da situação desses presos.

"O quadro fático apresentado pelo estado do Espírito Santo é idêntico aos dos demais estados brasileiros: o risco de contágio pela pandemia do coronavírus (Covid-19) é semelhante em todo o país, assim como o é o quadro de superlotação e de insalubridade dos presídios brasileiros, razão pela qual os efeitos desta decisão devem ser estendidos a todo o território nacional", afirmou.

Medidas preventivas

Sebastião Reis Júnior lembrou que a recomendação do CNJ teve por objetivo fazer com que tribunais e magistrados adotassem medidas preventivas contra o coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Segundo o ministro, estudos mostraram que as pessoas que vivem em aglomerações, como nos presídios, são mais sujeitas a contrair a doença, mesmo se proporcionados equipamentos e insumos de proteção individual.

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

O relator destacou ainda que tanto a Organização das Nações Unidas (ONU) quanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) recomendaram a adoção de medidas alternativas ao cárcere para mitigar os riscos elevados de propagação da doença no ambiente das prisões.

Além disso, ele mencionou o entendimento do STF de que o sistema prisional brasileiro vive um estado de coisas inconstitucional (ADPF 347), para concluir que é necessário "dar imediato cumprimento às recomendações apresentadas no âmbito nacional e internacional, que preconizam a máxima excepcionalidade das novas ordens de prisão preventiva, inclusive com a fixação de medidas alternativas à prisão, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus".

Desproporcional

Segundo o ministro, nos casos individuais apresentados pela Defensoria Pública do Espírito Santo, a necessidade da prisão preventiva já foi afastada pelo juiz de primeiro grau, pois não estavam presentes os requisitos imprescindíveis para sua decretação. O relator observou que, nesses casos, o juiz deliberou pela substituição do aprisionamento cautelar por medidas alternativas, mas optou mesmo assim por condicionar a liberdade ao pagamento de fiança.

"Nos termos em que preconiza o Conselho Nacional de Justiça em sua resolução, não se mostra proporcional a manutenção dos investigados na prisão, tão somente em razão do não pagamento da fiança, visto que os casos – notoriamente de menor gravidade – não revelam a excepcionalidade imprescindível para o decreto preventivo", afirmou.

Sebastião Reis Júnior ressaltou ainda que o Poder Judiciário não deve ficar alheio aos anseios da sociedade. "Sabe-se do grande impacto financeiro que a pandemia já tem gerado no cenário econômico brasileiro, aumentando a taxa de desemprego e diminuindo ou, até mesmo, extirpando a renda do cidadão, o que torna a decisão de condicionar a liberdade provisória ao pagamento de fiança ainda mais irrazoável", acrescentou.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 568693](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

É importante observar, contudo, que ao conceder o habeas corpus para determinar a soltura de todos aqueles a quem foi autorizada liberdade provisória condicionada à fiança, o ministro relator estabeleceu que, nos casos em que houve a imposição de outras medidas cautelares e de fiança, fica afastada apenas a fiança.

O relator decidiu, também, que, nos processos em que não foram impostas outras medidas cautelares, sendo a fiança a única cautela, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro -
2020 -

devem determinar aos juízes de primeira instância que verifiquem, com urgência, a conveniência de adotar cautelares diversas em lugar da fiança afastada.

Leia o **voto** do relator.

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Homicídio. Consequências do crime. Valoração negativa. Vítima de tenra idade. Fundamentação concreta e idônea

INFORMATIVO 679 STJ- TERCEIRA SEÇÃO

A tenra idade da vítima é fundamento idôneo para a majoração da pena-base do crime de homicídio pela valoração negativa das consequências do crime.

Informações do Inteiro Teor:

Em princípio, o homicídio perpetrado contra vítima de tenra idade (adolescente ou criança) ostenta reprovabilidade idêntica àquele perpetrado contra um adulto, pois ambos vulneram o objeto jurídico tutelado pela norma (vida).

Não há como ignorar, no entanto, o fato de que o homicídio perpetrado conta a vítima jovem ceifa uma vida repleta de possibilidades e perspectivas, que não guardam identidade ou semelhança com aquelas verificadas na vida adulta.

Há que se sopesar, ainda, as consequências do homicídio contra vítima de tenra idade no núcleo familiar respectivo: pais e demais familiares enlutados por um crime que subverte a ordem natural da vida. Não se pode olvidar, ademais, o aumento crescente do número de homicídios perpetrados contra adolescentes no Brasil, o que reclama uma resposta estatal.

Não ignoro que o legislador ordinário estabeleceu – no art. 121, § 4º, do Código Penal – o aumento de pena para o crime de homicídio doloso praticado contra pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos. Nada obsta, contudo, que o magistrado, ao se deparar com crime de homicídio perpetrado contra uma vítima com 14 anos de idade ou mais (mas com menos de 18 anos), aumente a pena na primeira fase da dosimetria, pois, como referenciado acima, um crime perpetrado contra um adolescente ostenta consequências mais gravosas do que um homicídio comum.

Assim, deve prevalecer a orientação no sentido de que a tenra idade da vítima (menor de 18 anos de idade) é elemento concreto e transborda aqueles inerentes ao crime de homicídio, sendo apto, pois, a justificar o agravamento da pena-base, mediante valoração negativa das consequências do crime, ressalvada, para evitar bis in idem, a hipótese em que aplicada a causa de aumento prevista no art. 121, § 4º (parte final), do Código Penal.

Processo: AgRg no REsp 1.851.435-PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por maioria, julgado em 12/08/2020, DJe 21/09/2020

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

A segunda parte do § 4º do art. 121, aplicada apenas aos delitos dolosos, aumenta a pena do homicídio (simples, privilegiado ou qualificado) quando praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos ou maior de 60 (sessenta) anos.

É indispensável que a idade do ofendido ingresse na esfera de conhecimento do agente, sob pena de responsabilizá-lo objetivamente.

A presente majorante considera a idade da vítima quando da prática do crime, ou seja, no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado, ex vi o disposto no art. 4º do CP.

Na decisão em comento, o STJ, quando a vítima tem idade igual ou superior a 14 anos, mas ainda adolescente, percebendo que não incide a majorante do §4º., incentiva o juiz a considerar a condição etária da vítima na fixação da pena-base (art. 59 do CP).

2- Tema: Art. 2.º, Inciso II, da Lei n. 8.137/1990. Não recolhimento de ICMS. Tipicidade da conduta. Contumácia. Necessidade. Entendimento do STF

INFORMATIVO 679 STJ- SEXTA TURMA

A ausência de contumácia no não recolhimento do ICMS em operações próprias conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta.

Informações do Inteiro Teor:

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico.

Todavia, ainda a propósito da tipicidade no tocante ao delito previsto no inciso II do art. 2.º da Lei n. 8.137/90, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, fixou a seguinte tese jurídica: "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 n. 8.137/1990".

No caso dos autos, a conduta típica imputada ao Agravante restringe-se ao não recolhimento do ICMS relativo a 1 (um) mês.

Portanto, nos termos do atual entendimento do Pretório Excelso, inafastável a conclusão de que, conquanto o fato deletério atribuído ao réu, a princípio se subsuma à figura penal antes

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

mencionada, a ausência de contumácia – o débito com o fisco se refere a tão somente 1 (um) mês – conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta e, por conseguinte, à absolvição do réu.

Processo: AgRg no REsp 1.867.109-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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 envolvendo o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), havia 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 STJ firmou a orientação de que 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 (HC 399.109/SC, j. 22/08/2018).

No julgamento do recurso interposto contra a decisão acima mencionada, o STF chegou à mesma conclusão 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” (RHC 163.334/SC, j. 18/12/2019).

Nota-se que a tese firmada pelo tribunal inclui a contumácia como requisito para a tipificação. Com base nisso, ao julgar o AgRg no REsp 1.867.109/SC (j. 25/08/2020), o STJ afastou a punição porque o não recolhimento do tributo havia se limitado a um mês:

“A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico.

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

Todavia, ainda a propósito da tipicidade no tocante ao delito previsto no inciso II do art. 2.º da Lei n. 8.137/90, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, fixou a seguinte tese jurídica: “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 n. 8.137/1990”.

No caso dos autos, a conduta típica imputada ao Agravante restringe-se ao não recolhimento do ICMS relativo a 1 (um) mês.

Portanto, nos termos do atual entendimento do Pretório Excelso, inafastável a conclusão de que, conquanto o fato deletério atribuído ao réu, a princípio se subsuma à figura penal antes mencionada, a ausência de contumácia –o débito com o fisco se refere a tão somente 1 (um) mês- , conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta e, por conseguinte, à absolvição do réu”.

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Pirâmide financeira. Crime contra a economia popular. Complexidade dos fatos. Deslocamento do feito do Juizado Especial para o Juízo criminal comum.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 000xx96-2x.2020.8.26.0114 – MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Campinas

Suscitante: xxº Promotor de Justiça de Campinas

Suscitada: Promotoria de Justiça Criminal de Campinas

Assunto: divergência quanto à atribuição para oficial no caso

Cuida-se de procedimento investigatório instaurado visando à apuração de suposto crime contra a economia popular, previsto no art. 2.º, inciso IX, da Lei n. 1.521/51, cometido, em tese, por representantes da empresa “xxx PARTICIPAÇÕES S.A.”, sediada em Campinas.

Trata-se da suspeita de que a pessoa jurídica obteria ganhos ilícitos em detrimento de um número indeterminado de pessoas, mediante processo fraudulento, com a formação de “pirâmides”.

Segundo consta dos autos, a investigação teve início com a notícia de que G.T.B., sócio da empresa, oferecia às pessoas pacote de vantagens para rendimento de dinheiro e, de acordo com o pacote comprado, renderia um lucro de 10% a 15% do valor investido mensalmente, por 36 meses, com garantia da empresa.

Este lucro seria decorrente do empréstimo do dinheiro para a empresa fazer arbitragem no mercado de criptomoeda (bitcoin). Para a compra de pacotes de vantagens, a empresa solicita a seus investidores depósito em conta corrente empresarial, no Banco Santander, por meio de TED para a agência 3705, conta corrente 13004376-1, com nome da “Axbxr Bxxxl Serviços de G F”, sendo o dono da conta o mesmo sócio da empresa xxx, xxx Serviços D S.A. e GSE, GTB e NGS, porém a empresa não vinha pagando nenhum investidor.

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

Dessa maneira, consignou-se que a empresa não cumpre o contrato e ainda modificou, sem autorização de nenhum investidor, que iria pagar com uma criptomoeda criada pela empresa, chamada TxK, que não tem nenhum valor no mercado de criptomoedas, suspendendo, portanto, o pagamento em *bitcoin*, como oferecido no contrato, obrigando investidores aceitar um termo de suposta quitação de dívida da empresa com o investidor.

Destacou-se, ainda, que os próprios investidores eram incentivados a indicar novos interessados, formando redes de investimento em regiões, e esses que indicavam ganhariam comissões por cada novo investidor que conseguissem levar para a empresa.

A representação criminal foi apresentada ao Ministério Público Federal, que declinou de sua atribuição, por entender que a competência é da Justiça Estadual, pugnando pela remessa dos autos a Justiça Estadual de Campinas, para a adoção das providências cabíveis (fls. 01/42).

Os autos foram distribuídos ao Juízo Criminal comum, ocasião em que a Douta Promotora de Justiça oficiante argumentou que o referido crime contra a economia popular é considerado infração de menor potencial ofensivo, porque sua pena máxima não extrapola o limite de dois anos, razão por que requereu a remessa dos autos ao JECRIM (fls. 45), o que foi acolhido a fls. 47.

A Ilustre Representante Ministerial recipiente pleiteou diligências para oitiva do representante da empresa (fls. 54).

Consignou-se que existem diversos inquéritos instaurados no 4º DP de Campinas envolvendo a empresa Hxx e que N. já foi intimado a fornecer o seu depoimento, mas não compareceu, sendo expedida uma ordem de serviço para a sua localização, pendente de cumprimento. Consta da ordem de serviço que devem ser apresentados em cartório, ainda, G. e demais administradores (fls. 66/69).

A Nobre Membro do *Parquet* oficiante junto ao JECRIM, então, asseverou que, para o esclarecimento dos fatos, é necessária a realização de diligências complexas, incluindo perícias em computadores e pedidos de busca e apreensão, além de ser elevado o número de envolvidos na

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

fraude, o que torna o feito complexo e em desacordo com os princípios norteadores dos Juizados Especiais.

Destacou a existência de inúmeros feitos no DP de Campinas noticiada nos autos, bem como aduziu que, em pesquisas via *internet*, encontrou inúmeros procedimentos criminais, outras centenas de ações na esfera cível, propostas por um número indeterminado de investidores, que teriam sido ludibriados mediante processo fraudulento popularmente denominado “pirâmide”, tendo como autores dos fatos os representantes da pessoa jurídica supramencionada.

Informou o ajuizamento da ACP n. 11xxx87-2x.201x.8.26.0100, tramitando perante a 2ª Vara de Falências, Recuperações Judiciais e Conflitos Relacionados à Arbitragem de São Paulo, com o escopo de fazer cessar as atividades de um grupo econômico do qual a HxN e seus sócios fazem parte, buscando, inclusive, o ressarcimento de grande parte dos investidores lesados, em decorrência das operações fraudulentas, figurando como requeridas sete empresas integrantes do mesmo grupo econômico, algumas das quais possuem sócios em comum, dentre eles, N. e G..

Convencida acerca da necessidade de remessa deste feito à Justiça Comum, pontuou que, compulsando pormenorizadamente estes autos em conjunto com os documentos anexados, principalmente no tocante ao organograma constante na inicial da ACP, há robustos indícios acerca da ocorrência também da infração penal de organização criminosa, o que ensejou, inclusive, em sede de inquérito cível, a comunicação daquele procedimento ao GAECO.

Diante disso, declinou de sua atribuição e suscitou conflito negativo de atribuição (fls. 73/77 e documentos de fls. 78/142).

O MM. Juiz determinou a remessa a esta Chefia Institucional, para solução do incidente instaurado (fls. 143).

Eis a síntese do necessário.

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro - 2020 -

Há de se sublinhar, preliminarmente, que a presente remessa se assenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se devidamente configurado, portanto, o conflito negativo 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, de modo que 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 o dever de officiar nos autos.

Pois bem.

A razão se encontra com a Douta Suscitante, com a devida vênia da Ilustre Suscitada; senão, vejamos.

O procedimento tem como objeto, conforme já se anotou, suposto esquema de “pirâmide”, em que se efetua a promessa de retornos financeiros em negócio fictício (no todo ou em parte), pagando somente a alguns dos investidores o prometido (até para conferir aparente legitimidade ao negócio), sempre a partir de recursos obtidos com novos aportes de outras pessoas (e não com base no exercício de atividades empresariais verdadeiras).

A apertada síntese acima efetuada aponta para o tipo penal previsto no art. 2.º, inciso IX, da Lei n. 1.521/51, sendo certo que delitos dessa natureza apresentam complexidade que demanda aprofundamento das investigações, tornando imprescindível apurar – inclusive pericialmente – a fonte central dos lucros e o modelo de negócios das empresas envolvidas (HxN e eventualmente outras integrantes do mesmo grupo, conforme se extrai da ACP), além da necessária localização e

Boletim Criminal Comentado 114- Outubro - 2020 -

oitiva dos proprietários e representantes, consignando-se que os sócios ainda não foram encontrados para prestar esclarecimentos.

Deve-se anotar que, de acordo com o art. 77, § 2.º, da Lei n. 9.099/95:

“Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei” (o qual trata da remessa ao Juízo Comum).

A permanência do feito na esfera do JECRIM, decerto, colidiria com os seus princípios informadores, notadamente os da simplicidade, celeridade e da informalidade, incompatíveis com a complexidade de que é dotada a presente apuração.

Não é outro o entendimento de nossos tribunais:

“O paciente foi denunciado pela prática de crime que consubstancia exercício arbitrário das próprias razões (art. 346 do CP), porque mandou os corréus retirarem da vítima um *laptop* que estava em poder dela e que fora cedido pela empresa em que prestava serviço. Resolveu reaver o aparelho cedido, justificando sua conduta com o fato de não existir contrato ajustado entre a vítima e a empresa, por não mais haver razão jurídica que fundasse a posse da máquina quando aquele levou ao conhecimento da direção da empresa que cessaria a prestação de seus serviços. Iniciou-se o procedimento no juizado especial criminal por ser infração penal de menor potencial ofensivo. Mas a própria Lei n. 9.099/1995 prevê o encaminhamento dos autos ao juízo comum na hipótese de o acusado não ser encontrado para ser citado. A primeira alegação da impetração refere-se à atipicidade da conduta atribuída ao paciente. De acordo com os impetrantes, com a previsão do Pacto de São José da Costa Rica de que ninguém será preso por dívida, tornou-se inconstitucional a parte final do art. 346 do CP, pelo qual responde o paciente. Para a Min. Relatora, o bem jurídico tutelado

não é mais o patrimônio, embora se esforcem os impetrantes em demonstrar o contrário. Trata-se do tipo penal que visa a evitar forma específica de exercício das próprias razões. Tanto é assim que dois são os crimes que se encontram sob a rubrica de exercício arbitrário das próprias razões, descritos consecutivamente no Código Penal (art. 345 e 346). Pretendeu o legislador, com a tipificação de tais condutas, evitar que o indivíduo busque a tutela de seus direitos de forma direta, ou à força, enquanto se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário. Isto é, se a coisa encontra-se em poder de outra pessoa, a que título for - no caso do art. 345, por desdobramentos contratuais ou em razão de determinação judicial, no caso do art. 346 -, não pode o proprietário da coisa tirá-la à força. Na hipótese, o paciente furtou-se à citação. Assim, o desdobramento da competência do Juizado Especial para o juízo comum foi determinado por decisão fundamentada. **Em se tratando de causa complexa que dependeu de inquérito policial com duração de vários meses, na qual há grande dificuldade para a localização do autor do fato, há que se impor o deslocamento da competência para o juízo comum, prosseguindo-se com o procedimento comum ordinário previsto no CPP (parágrafo único do art. 66 e § 2º do art. 77 da Lei**

n. 9.099/1995). HC 128.937-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/6/2009”.

(STJ, Informativo nº 397, período: 1º a 5 de junho de 2009, g.n.).

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO E FALSA IDENTIDADE. CONCURSO MATERIAL. NECESSIDADE DE DILIGÊNCIAS. CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. Verifica-se que o somatório das penas máximas cominadas em abstrato ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259/01, o que afasta a competência do Juizado Especial Criminal para a apreciação do feito. Precedentes do STJ.

2. Ademais, a causa se revelou complexa, sendo necessárias diversas diligências até se chegar ao acusado. Nesse contexto, foge da competência do Juizado Especial Criminal, em virtude da incompatibilidade com seu pressuposto primeiro, que é a celeridade no julgamento da quaestio juris, ex vi do art. 2º, da Lei nº 9.099/95.

Boletim Criminal **Comentado** 114- Outubro -
2020 -

3. Ordem denegada”.

(STJ, HC 41.803/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 5.ª TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ de 14/11/2005, p. 353; g.n.).

Conflito negativo de jurisdição. Infração de menor potencial ofensivo. Apuração da suposta prática dos crimes de injúria e ameaça praticados através da rede social facebook. Providências cautelares de quebra de sigilo telefônico e telemático determinadas pelo Juízo comum. Prevenção. Suscitante - **Juizado Especial Cível e Criminal de Taubaté que se declara incompetente ante a necessidade de diligências complexas, incompatíveis com o procedimento dos Juizados Especiais**. Precedentes desta c. Câmara Especial. **Conflito procedente**. Competência do Juízo suscitado declarada.

(TJSP, Conflito de Jurisdição 0031084-92.2018.8.26.0000, Rel. Des. Dora Aparecida Martins, Órgão Julgador: Câmara Especial, Data do Julgamento: 25/02/2019, Data de Registro: 26/02/2019).

Diante disso, conhece-se do presente conflito, a fim de dirimi-lo, declarando competente para atuar no feito a Douta Suscitada, oficiante junto ao Juízo Criminal comum.

A designação de outro Representante Ministerial, na hipótese vertente, afigura-se desnecessária, haja vista não se vislumbrar qualquer menoscabo ao princípio da independência funcional, já que a capitulação jurídica não colide com sua *opinio delicti*.

São Paulo, 15 de outubro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº115,10/2020
(semana nº 5)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Tráfico de drogas e a majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/06: questões controvertidas e a visão da jurisprudência

De acordo com o art. 40, III, da Lei de Drogas, o crime de tráfico (dentre outros) terá sua pena majorada quando cometido nas dependências (interior, compartimentos, cômodos) ou imediações (redondeza) de estabelecimentos prisionais (cadeias, penitenciárias e Fundação CASA), de ensino (escolas, faculdades, universidades, cursos técnicos) ou hospitalares (postos de saúde, hospitais, manicômios), de sedes de entidades estudantis (agregações de estudantes, como sede da UNE), sociais, culturais (museus, exposições), recreativas (clubes, parques), esportivas (hipódromo, estádios, ginásios), ou beneficentes (orfanatos, asilos, casas de caridade), de locais de trabalho coletivo (empresas em geral, fazendas), de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza (cinema, teatro, shows, mesmo que ao ar livre), de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social (ambulatórios ou casas de recuperação), de unidades militares (batalhão) ou policiais (delegacias) ou em transportes públicos (ônibus, rodoviárias, pontos de táxi).

No que concerne ao tráfico cometido em transportes públicos, os tribunais superiores têm decidido que a majorante só pode ser aplicada se o transporte 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 deste Superior Tribunal é de que, para a caracterização da majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é necessária a efetiva oferta ou a comercialização da droga no interior do veículo público, não bastando, para a sua incidência, o só fato de o agente ter se utilizado dele como meio de locomoção e transporte da substância ilícita.” (HC 455.652/SP, j. 04/09/2018).

É também a orientação seguida pelo STF:

“TRÁFICO DE DROGAS – CAUSA DE AUMENTO – TRANSPORTE PÚBLICO. O que previsto no inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006, relativamente ao transporte público, pressupõe o tráfico no respectivo âmbito, e não a simples locomoção do detentor da droga.” (HC 120.275/PR, j. 15/05/2018).

Já para as demais situações que envolvam locais especialmente protegidos, o STJ tem decidido que a majorante incide nos crimes cometidos nas imediações, ainda que não envolva os frequentadores:

“O Superior Tribunal de Justiça 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

Boletim Criminal Comentado 115- Outubro - 2020 -

tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária comprovação da efetiva mercancia aos frequentadores dessas localidades.” (HC 450.926/RJ, j. 07/08/2018)

“Para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que o tráfico se dava naquelas entidades ou que a mercancia se destinava a seus frequentadores, bastando apenas que o crime seja cometido em suas imediações, conforme comprovado pelo laudo pericial. Precedentes.” (AgRg no HC 488.403/SP, j. 19/03/2019).

Por outro lado, a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n 11.343/2006, pode ser excepcionalmente afastada na hipótese de não existir nenhuma indicação de que houve o aproveitamento da aglomeração de pessoas ou a exposição dos frequentadores do local para a disseminação de drogas, verificando-se, caso a caso, as condições de dia, local e horário da prática do delito. Assim, é possível que o tráfico de drogas ocorra no interior ou nas imediações de um dos locais mencionados no inciso III do art. 40 mas as circunstâncias não indiquem ter havido aproveitamento do grande número de pessoas ou não ter ocorrido a exposição dos frequentadores à atividade do comércio ilegal. É o que ocorre, por exemplo, no tráfico cometido nas redondezas de uma escola às duas horas da madrugada. A essa hora o estabelecimento não é frequentado por alunos e, normalmente, pessoas não se aglomeram nas suas proximidades, razão por que a causa de aumento pode ser afastada. Note-se, contudo, que a regra é a incidência da majorante em razão do lugar em que o crime é cometido. Como deixa claro a tese anterior, trata-se de circunstância objetiva que é afastada apenas excepcionalmente, a depender das circunstâncias do caso concreto. Confira o entendimento do STJ:

“1. A razão de ser da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais a que se refere o dispositivo, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluído quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares.

2. Como, na espécie, não ficou evidenciado nenhum benefício advindo ao paciente com a prática do delito nas proximidades ou nas imediações de estabelecimento de ensino – o ilícito foi perpetrado, tão somente, em um domingo, de madrugada – e se também não houve uma maximização do risco exposto àqueles que frequentam a escola (alunos, pais, professores, funcionários em geral), deve, excepcionalmente, em razão das peculiaridades do caso concreto, ser afastada a incidência da referida majorante.” (HC 451.260/ES, j. 07/08/2018).

Boletim Criminal Comentado 115- Outubro - 2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: 2ª Turma concede HC coletivo a pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

O colegiado determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar àqueles que têm sob sua única responsabilidade a tutela de pessoas nessas condições.

Em decisão unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), na sessão desta terça-feira (20), concedeu Habeas Corpus (HC 165704) coletivo para determinar a substituição da prisão cautelar por domiciliar dos pais e responsáveis por crianças menores de 12 anos e pessoas com deficiência, desde que cumpridos os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal (CPP) e outras condicionantes.

Princípio da igualdade

A Defensoria Pública da União (DPU), impetrante do habeas corpus, sustentava que a decisão proferida pelo Supremo no HC 143641 em favor de todas as mulheres presas gestantes ou mãe de crianças até 12 anos ou de pessoas com deficiência deveria ter seu alcance estendido a todas os presos que sejam os únicos responsáveis por pessoas na mesma situação, pelas mesmas razões e pelos mesmos fundamentos. Segundo a DPU, a decisão, ao tutelar direito das crianças filhas de mães presas, acabou por discriminar as que não têm mãe, mas encontram, em outros responsáveis, o sentimento e a proteção familiar, ferindo, assim, o princípio constitucional da igualdade.

Interesse dos vulneráveis

O relator do HC, ministro Gilmar Mendes, observou que, assim como no precedente destacado, o direito à prisão domiciliar deve ser examinado sob a ótica do melhor interesse das crianças ou das pessoas com deficiência. Com base nessa premissa, devem ser analisados os casos envolvendo laços constituídos com outros responsáveis.

A redação do artigo 318 do CPP estabelece a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar quando o contexto familiar do investigado ou réu demonstra a sua importância para a criação, o suporte, o cuidado e o desenvolvimento de criança ou pessoa com deficiência. Para o ministro, a adequada compreensão dessa norma passa, necessariamente, pela compreensão da sua finalidade, especificamente no que se refere aos seus destinatários. Apesar de beneficiar os presos, “é preciso entender que, antes de qualquer coisa, o dispositivo tutela os nascituros, as crianças e os portadores de deficiência que, em detrimento da proteção integral e da prioridade absoluta que

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

lhes confere a ordem jurídica brasileira e internacional, são afastados do convívio de seus pais ou entes queridos, logo em uma fase da vida em que se definem importantes traços de personalidade”, frisou.

Covid-19

Mendes destacou que a situação de risco e urgência na concessão da ordem é reforçada pela atual pandemia da Covid-19 no Brasil. A Resolução 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recomenda a adoção de medidas preventivas por juízes e tribunais, entre elas a reavaliação das prisões provisórias de gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência.

Para o presidente da Segunda Turma, a não concessão da prisão domiciliar na situação atual de calamidade de saúde pode gerar ainda mais consequências negativas. Isso porque, em primeiro lugar, mantém a criança ou a pessoa com deficiência desamparada e afastada do seu responsável durante o período em que a exigência de cuidado e supervisão é ainda maior. E, em segundo lugar, porque a prisão em regime fechado coloca em risco a saúde e a vida das pessoas responsáveis pelo cuidado e pelo suporte afetivo, financeiro, pessoal e educacional dos vulneráveis.

Condições

Para o ministro, tendo em vista a proteção integral e a prioridade absoluta conferidas pela Constituição Federal às crianças e às pessoas com deficiência, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos casos dos incisos III e VI do artigo 318 do CPP, deve ser a regra, “em especial nas atuais circunstâncias de grave crise na saúde pública nacional, que geram riscos mais elevados às pessoas inseridas no sistema penitenciário”. A exceção, a seu ver, deve ser amplamente fundamentada pelo magistrado e só deve ocorrer em casos graves, como a prática de crime com violência ou grave ameaça à pessoa.

De acordo com o voto prevalectante do relator do habeas corpus, em caso de concessão da ordem para pais, deve ser demonstrado que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 anos ou de pessoa com deficiência. Em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, deverá ser comprovado que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência.

A decisão prevê, ainda, as mesmas condições estabelecidas no julgamento do HC 143641, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça ou contra os próprios filhos ou dependentes.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

É importante lembrar que a prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e com adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ora, como apresentado, o novo dispositivo (art. 318-A) opõe-se abertamente às regras gerais para a concessão de cautelares, ignorando as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva e para garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal.

A substituição automática também acaba por violar o disposto no art. 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo. A obrigação de que o juiz substitua a prisão preventiva pela domiciliar torna evidentemente falha a proteção de que se incumbe o Estado.

Ainda que se admita a existência de um direito subjetivo da presa (ou do preso) à concessão do favor legal, sempre haverá algum espaço para que o magistrado formule um conceito de ordem subjetiva. Assim, por exemplo, há que se analisar se a criança, filha da presa, vive efetivamente sob sua companhia, pois é comum que se encontre sob a guarda de fato ou de direito de uma avó ou mesmo do pai. Em relação à pessoa portadora de deficiência, ela pode, eventualmente, encontrar-se internada em uma clínica, quando, então, os cuidados da detenta (ou do detento) serão dispensáveis. Não se pode ignorar, também, o cabimento da preventiva como sanção processual para o caso de descumprimento injustificado do benefício legal.

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 no HC 143.641/SP não podem ser ignoradas.

No caso julgado pela Corte Cidadã (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

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro -

2020 -

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.

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.

2-Tema: Sexta Turma anula sentença e garante acesso integral da defesa aos dados colhidos em investigação

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Por entender que a defesa não obteve acesso à íntegra dos elementos de informação produzidos na fase de investigação, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu habeas corpus para anular os atos de instrução praticados em uma ação penal. Em consequência, foi

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

anulada a sentença que condenou o réu à pena de 22 anos, dois meses e 20 dias de prisão pelos delitos de extorsão e exploração de prestígio.

De acordo com o colegiado, para atendimento da **Súmula Vinculante 14** do Supremo Tribunal Federal e em respeito à ampla defesa e ao contraditório, é necessário garantir à defesa o acesso às mesmas informações disponibilizadas para a acusação.

"Se é verdade que o Ministério Público, no exercício do ônus acusatório, tem a liberdade de, ao oferecer a denúncia, escolher livremente os elementos de informação que entender pertinentes à demonstração da justa causa, também é verdade que a defesa, por paridade de armas, deve ter acesso, caso manifeste interesse, durante a instrução criminal, à integralidade do mesmo acervo informativo para exercer seu inarredável direito ao contraditório e à ampla defesa", afirmou a relatora do habeas corpus, ministra Laurita Vaz.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): **HC 452992**

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No caso em tela, a ação penal decorreu de procedimento investigatório no qual foram decretadas diversas providências, como buscas e apreensões, sequestro de bens, indisponibilidade de valores e quebra dos sigilos fiscal, bancário e telemático do investigado.

No âmbito da ação penal, o investigado foi citado para apresentar resposta à acusação, momento em que a defesa solicitou a devolução do prazo sob a alegação de que não teve acesso aos elementos de prova colhidos na fase extrajudicial.

O pedido foi negado pelo juiz de primeira instância, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento de habeas corpus. Para o tribunal, o Ministério Público teria juntado os relatórios de buscas e apreensões e os conteúdos de informações bancárias e fiscais, de forma que já teria sido franqueado à defesa o acesso aos elementos que embasaram a denúncia.

Não se conformando, o acusado impetrou novo HC, agora, no STJ, argumentando que a mera juntada de relatórios nos autos, desacompanhados dos resultados concretos das medidas cautelares – como as mídias com as conversas telefônicas interceptadas, as cópias dos e-mails interceptados e os extratos bancários obtidos –, não seria suficiente para a satisfação da ampla defesa e do contraditório.

A Corte Cidadã acolheu a insurgência. A ministra Laurita Vaz lembrou que todos os elementos de informação colhidos na investigação – especialmente aqueles produzidos mediante quebra de sigilo – devem estar à disposição não só da acusação, mas também da defesa.

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

Segundo a ministra, com base nas informações de primeiro grau, o Ministério Público juntou aos autos os elementos de informação que subsidiaram a acusação, com amplo acesso à defesa, motivo pelo qual não há razão para anular a decisão de recebimento da denúncia.

Entretanto, a relatora destacou que, durante a instrução criminal, não é lícito que o juiz indefira o acesso da defesa à íntegra dos elementos de informação colhidos na fase investigatória, os quais deram suporte à ação penal. "Não se pede neste *writ* a degravação ou transcrição de tudo o quanto apurado – o que sabidamente não é necessário, tampouco devido –, mas o simples acesso às informações angariadas", esclareceu a ministra.

Segundo Laurita Vaz, apesar de quase todas as informações que serviram para a acusação estarem, de fato, juntadas ao processo, é possível concluir que alguns documentos não estavam disponíveis para a defesa em momentos fundamentais dos atos de instrução, como na audiência de oitiva de delatores.

"É importante frisar que não cabe ao magistrado fazer um juízo prévio acerca da pertinência desses elementos de informação, para subtrair da defesa o livre acesso a documentos reunidos na investigação. Se a linha de argumentação defensiva é ou não pertinente ou relevante para o deslinde da controvérsia, caberá ao juiz decidir depois", finalizou a ministra ao conceder o habeas corpus.

3-Tema: Quinta Turma altera entendimento e anula conversão de ofício da prisão em flagrante para preventiva

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, em virtude da entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), não é mais admissível a conversão de ofício – isto é, sem requerimento – da prisão em flagrante em preventiva. A fixação da tese altera o entendimento do colegiado sobre o assunto.

No habeas corpus analisado pela turma, sob relatoria do ministro Ribeiro Dantas, a Defensoria Pública de Goiás (DPGO) sustentou que a conversão ou a decretação de prisão preventiva pelo juiz, sem prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, seja durante o curso da investigação ou da ação penal, viola o sistema acusatório e os preceitos trazidos pela nova lei ao alterar os [artigos 310 e 311](#) do Código de Processo Penal (CPP).

Ao acolher o pedido do órgão, Ribeiro Dantas destacou que as modificações do Pacote Anticrime denotam "a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório".

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

As duas prisões cautelares questionadas pela DPGO foram decretadas em razão de flagrante da prática do crime de receptação. O juiz, ao analisar a certidão de antecedentes dos réus, entendeu pela existência dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva, nos termos do **artigo 312** do Código de Processo Penal (CPP), e a decretou de ofício.

Intenção do legislador

Em seu voto, o ministro Ribeiro Dantas afirmou que a Lei 13.964/2019 promoveu diversas alterações processuais, entre as quais a nova redação dada ao parágrafo 2º do **artigo 282** do CPP, que definiu que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz mediante provocação.

Para o relator, o dispositivo tornou indispensável, de forma expressa, o prévio requerimento das partes, do Ministério Público ou da autoridade policial para que o juiz aplique qualquer medida cautelar.

Ele salientou ainda que a alteração feita no artigo 311 do CPP – a qual suprimiu a expressão "de ofício" ao tratar da possibilidade de decretação da prisão pelo magistrado – corrobora a interpretação de que é necessária a representação prévia para decretação da prisão cautelar, inclusive para a conversão do flagrante em preventiva.

"Ficou clara a intenção do legislador de retirar do magistrado qualquer possibilidade de decretação, *ex officio*, da prisão preventiva", disse o ministro.

Entendimento anterior

Ribeiro Dantas lembrou que a jurisprudência do STJ considerava não haver nulidade na hipótese em que o juiz, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312.

Recordou também que tanto a Sexta Turma quanto a Quinta Turma, mesmo após a edição do Pacote Anticrime, já julgaram conforme o entendimento anterior, sob o fundamento de que "a conversão do flagrante em prisão preventiva é uma situação à parte, que não se confunde com a decisão judicial que simplesmente decreta a preventiva ou qualquer outra medida cautelar". Porém, Ribeiro Dantas declarou que, diante das modificações legislativas, o tema merece "nova ponderação".

"Parece evidente a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório, vontade explicitada, inclusive, quando da inclusão do **artigo 3º-A** no Código de Processo Penal, que dispõe que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

O relator citou decisões recentes dos ministros Celso de Mello ([HC 186.421](#)) e Edson Fachin ([HC 191.042](#)) em que o Supremo Tribunal Federal também concluiu pela inviabilidade da conversão de ofício do flagrante em prisão preventiva.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 590039](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A prisão em flagrante será convertida em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão. Diante da nova redação do art. 311 do CPP, que impede o juiz de decretar a prisão preventiva de ofício, há doutrina no sentido de que o Magistrado, por consequência, também não poderia converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem o prévio requerimento do Ministério Público ou sem a representação da autoridade policial nesse sentido. Tal conversão, com efeito, equivaleria a uma indireta decretação de ofício da preventiva.

Comentamos, no boletim 113, o mesmo tema, mas sob a ótica do STF. Por votação unânime, reconheceu-se a impossibilidade jurídica de o magistrado, dentro ou fora da audiência de custódia, decretar, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida a atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial), "tendo em vista as inovações introduzidas nessa matéria pela recentíssima Lei nº 13.964/2019 ("Lei Anticrime"), que deu particular destaque ao sistema acusatório adotado pela Constituição, negando ao Juiz competência para a imposição, *ex officio*, dessa modalidade de privação cautelar da liberdade individual do cidadão (CPP, art. 282, §§ 2º e 4º, c/c art. 311)".

Alertamos, na oportunidade, que o STJ, em casos excepcionais, admitia a conversão de ofício. Pois bem. A 5ª.T aderiu ao entendimento do STF. Diante desse quadro, apenas a 6ª.T permanece, ainda que de forma excepcional, reconhecendo a possibilidade da conversão do flagrante em preventiva sem a provocação das partes.

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Terceira Seção decide que importar sementes de maconha em pequena quantidade não é crime

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Em julgamento de embargos de divergência, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou que a importação de poucas sementes de maconha não é suficiente para enquadrar o autor da conduta nos crimes previstos na Lei de Drogas. Ao reconhecer a atipicidade da conduta, o colegiado determinou o trancamento da ação penal.

Com a decisão, tomada por maioria de votos, a seção resolveu divergência entre a Sexta Turma – que já tinha essa orientação – e a Quinta Turma – para a qual deve ser reconhecida a tipicidade da conduta de importação de sementes de maconha, por se amoldar ao [artigo 33](#) da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

"As condutas delituosas estão adstritas a ações voltadas para o consumo de droga e aos núcleos verbais de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, também para consumo pessoal. Sob essa óptica, o ato de importar pequena quantidade de semente configuraria, em tese, mero ato preparatório para o crime do [artigo 28](#), parágrafo 1º – impunível, segundo nosso ordenamento jurídico", explicou a ministra Laurita Vaz, referindo-se à Lei de Drogas.

A defesa do réu entrou com os embargos de divergência por haver dissenso entre as turmas de direito penal do STJ quanto à tipicidade ou não da conduta de importar sementes de maconha em pequena quantidade.

Conceito de droga

Relatora dos embargos, Laurita Vaz destacou que a Sexta Turma tem reconhecido a atipicidade em razão da inexistência de previsão legal que expressamente criminalize, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria-prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal.

A ministra lembrou que o conceito de "droga", para fins penais, é aquele estabelecido no [artigo 1º](#), parágrafo único, combinado com o [artigo 66](#), ambos da Lei 11.343/2006 – norma penal complementada pela [Portaria 344](#) da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, de 12 de maio de 1998. De acordo com a magistrada, a portaria não inclui a semente de maconha na lista de produtos que podem ser considerados drogas ilícitas.

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

Segundo Laurita Vaz, a substância psicoativa encontrada na planta *Cannabis sativa* – o tetra-hidrocanabinol (THC) – não existe na semente, razão pela qual fica afastado o enquadramento do caso julgado em qualquer uma das hipóteses do artigo 33 da Lei 11.343/2006, que descreve o crime de tráfico.

"No mais, a lei de regência prevê como conduta delituosa o semeio, o cultivo ou a colheita da planta proibida (artigo 33, parágrafo 1º, inciso II; e artigo 28, parágrafo 1º). Embora a semente seja um pressuposto necessário para a primeira ação, e a planta para as demais, a importação (ou qualquer dos demais núcleos verbais) da semente não está descrita como conduta típica na Lei de Drogas", apontou.

STF

Laurita Vaz destacou ainda que o entendimento firmado pelo STJ está em consonância com decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF), que também tem reconhecido a ausência de justa causa e determinado o trancamento de ações penais nos casos que envolvem importação de sementes de maconha em reduzida quantidade, especialmente porque tais sementes não contêm o princípio ativo da droga.

"Em homenagem à segurança jurídica e ao princípio da razoável duração do processo, curvo-me ao entendimento majoritário já formado neste Superior Tribunal de Justiça, que está em consonância com os precedentes da Suprema Corte que consideram atípica a importação de pequena quantidade de sementes de maconha", concluiu a ministra.

Ao acolher os embargos de divergência, a Terceira Seção, por unanimidade, determinou o trancamento da ação contra o recorrente, acusado de importar 16 sementes da Holanda.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1624564](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A decisão em comento traz no seu bojo um detalhe que nos preocupa: a banalização da aplicação do princípio da insignificância nos crimes da Lei de Drogas. Vejamos.

O interesse protegido pela Lei, em praticamente todos os tipos, é saúde pública, colocada em risco pelo comportamento do usuário ou do traficante. Por exemplo, no caso do usuário, o âmbito de proteção transcende a esfera de vida privada e a individualidade de modo que a incriminação recai sobre o porte da droga face o mal potencial que ele pode gerar para a coletividade, face as numerosas consequências sociais externas e recíprocas deste ato.

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

Aliás, por conta do bem tutelado, a maioria da doutrina e jurisprudência se recusam aplicar o princípio da insignificância. No seio do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento é no sentido da não aplicação desse princípio. Confira-se:

“Prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida” (AgRg no REsp 1.691.992/SP, DJe 18/12/2017).

Já o STF, no julgamento do HC n. 110.475/SC, no dia 14/02/2012, Rel. o Min. Dias Toffoli, pela 1ª Turma, reconheceu a incidência no crime de porte de drogas do princípio da insignificância em um determinado caso envolvendo quantidade quase irrisória de cannabis. Consta da ementa:

“O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social”.

Prevalece a total inaplicabilidade da tese da insignificância do porte de drogas praticado por militares visto que “o bem jurídico penal-militar tutelado no art. 290 do CPM não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim a tutela da regularidade das instituições militares” (HC 94.685/CE, rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 12.04.2011). Neste sentido, ainda o HC 119.458/AM, rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 03.04.2014.

Agora, a 3ª. Seção do STJ, citando precedentes do STF, amplia a aplicação do princípio da bagatela.

2- Tema: Vara especializada em violência doméstica é competente para julgar abuso sexual contra menina de quatro anos

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou parcialmente acórdão de segunda instância para determinar a remessa de um processo em que se apura possível violência sexual

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro -

2020 -

contra uma menina de quatro anos, supostamente cometida pelo próprio pai, para o Juizado Adjunto Criminal e de Violência Doméstica contra a Mulher da comarca onde os fatos ocorreram.

Sob a suspeita de estupro de vulnerável, o pai foi preso preventivamente – medida mantida pelo Tribunal de Justiça. As instâncias ordinárias entenderam que, embora o delito tenha sido praticado por pai contra filha, no contexto familiar e doméstico, o crime não teria motivação de gênero para justificar a incidência da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Segundo concluíram, a agressão teria ocorrido em razão da idade da vítima, e não da vulnerabilidade decorrente do gênero feminino, e por isso o processo foi mantido em uma vara criminal comum.

Para a Sexta Turma, no entanto, a Lei Maria da Penha não faz distinções quanto à idade das vítimas ou quanto à motivação do agressor, mas tão somente exige, para sua aplicação, que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico e familiar, ou no contexto de relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No julgado em comento, O Min. Rogério Schietti alertou que a Lei Maria da Penha foi editada para proteger mulheres – sejam crianças, jovens, adultas ou idosas. No caso sob análise, o ministro destacou que a agressão sexual teria ocorrido não apenas em ambiente doméstico, "mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal".

O Min. reconheceu a existência de alguns precedentes sobre estupro de vulnerável em que o STJ afastou a incidência da Lei Maria da Penha com base na idade da vítima, por entender que não se configuraria uma motivação de gênero.

No entanto, segundo o relator, seria descabido adotar um fator meramente etário para justificar a não incidência da Lei Maria da Penha e o afastamento de todo o seu arcabouço protetivo. "As condutas descritas na denúncia são tipicamente movidas pela relação patriarcal que o pai estabeleceu com a filha", disse, ressaltando que o controle sobre o corpo da filha, a ponto de o agressor se considerar legitimado para o abuso sexual, é típico da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino.

Para o Min. Schietti, a prevalecer o entendimento do tribunal de segunda instância, "crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica – segmento especial e prioritariamente protegido pela Constituição da República (artigo 227) – passariam a ter um âmbito de proteção menos efetivo do que mulheres adultas.

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

A Lei Maria da Penha nada mais objetiva do que proteger vítimas em situação como a da ofendida destes autos. Os abusos por ela sofridos aconteceram no ambiente familiar e doméstico e decorreram da distorção sobre a relação decorrente do pátrio poder, em que se pressupõe intimidade e afeto, além do fator essencial de ela ser mulher”.

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

3-Tema: Organização criminosa. Desnecessidade de autorização judicial prévia para a ação controlada. Comunicação posterior que visa a proteger o trabalho investigativo

INFORMATIVO 680 STJ- SEXTA TURMA

A ação controlada prevista no § 1º do art. 8º da Lei n. 12.850/2013 independe de autorização, bastando sua comunicação prévia à autoridade judicial.

Informações do Inteiro Teor:

A ação controlada prevista no § 1º do art. 8º da Lei n. 12.850/2013 consiste em retardar a intervenção estatal para que ocorra no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e obtenção de informações. Independe de autorização, bastando sua comunicação prévia à autoridade judicial.

Até mesmo nos casos em que a autorização judicial é prevista, quando se trata de investigação de crimes da Lei de Drogas, o descumprimento do art. 53, I, da Lei n. 11.343/2003 não autoriza, de forma automática, a declaração de invalidade da prova.

Deveras, a autorização (art. 53, I, da Lei n. 11.343/2003) ou a comunicação judicial (art. 8º da Lei n. 12.850/2013) não visam a preservar a intimidade do cidadão, como ocorre com a interceptação telefônica ou a busca e apreensão, de forma a evitar violações a direitos e garantias fundamentais, mas "a proteger o próprio trabalho investigativo, afastando eventual crime de prevaricação ou infração administrativa por parte do agente policial que aguarda, observa e monitora a atuação dos suspeitos e não realiza a prisão em flagrante assim que toma conhecimento acerca da ocorrência do delito" (REsp 1.655.072/MT, Rel. Ministro Rogerio Schiatti, Sexta Turma, DJe 20/2/2018).

Com as inovações da Lei n. 13.964/2019, o legislador passou a admitir a ação controlada para apuração de crimes de lavagem de dinheiro (art. 1º, § 6º, da Lei n. 9.613/1998) e, ainda, a atuação de agentes de polícia infiltrados virtuais (art. 10-A da Lei n. 12.850/2013) com o propósito de investigar os crimes previstos na Lei de Organização Criminosa e a eles conexos.

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

Entretanto, mesmos depois das diversas modificações para aperfeiçoar a legislação processual penal, não se condicionou a ação controlada à permissão prévia do Poder Judiciário.

Processo: HC 512.290-RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Questão tormentosa relacionada com a ação controlada (art. 8º. e ss da Lei 12.850/13) se refere à necessidade de prévio mandado judicial para que seja autorizado o retardamento da prisão. A revogada Lei nº 9.034/95 (lei das organizações criminosas), quando tratava singelamente da matéria em seu art. 2º, inc. II, não exigia a prévia autorização judicial. Era o entendimento da jurisprudência, conquanto merecesse alguma crítica da doutrina. Já a lei de drogas (Lei nº 11.343/2006), como se depreende do teor do “caput” de seu art. 53, é expressa ao exigir o mandado judicial para a diligência.

Contudo, lendo e relendo o art. 8º. da Lei 12.850/13, percebe-se que o legislador não cogita de autorização judicial para que se concretize a ação controlada. Veja-se que a lei faz menção à mera “comunicação ao juiz competente”, quando este poderá estabelecer os limites da diligência. Mas não exige, em nenhum momento, ordem judicial que a autorize. Aliás, quando pretendeu condicionar alguma diligência dessa maneira, o legislador o fez expressamente, como ao tratar, da infiltração no art. 10. Lá, com efeito, há previsão expressa de representação ou requerimento, formulados, respectivamente, pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público, quando então será deferida a diligência, por meio de “motivada e sigilosa autorização judicial”. Ora, se ao tratar do agente infiltrado a lei indicou as pessoas habilitadas a formular o pedido e fez menção, com todas as letras, à autorização judicial, enquanto que ao cuidar da ação controlada alude à singela “comunicação”, é porque nos parece claro que o legislador quis dar tratamento diverso a um e outro instituto.

E parece mesmo justificável essa distinção. A rapidez que é peculiar à ação controlada não se coaduna mesmo com a exigência de prévia autorização judicial. Imagine-se se, para aguardar a chegada dos demais membros da organização criminosa, como no nosso exemplo acima, tivessem os policiais que obter um mandado judicial que autorizasse essa prorrogação da prisão. O insucesso da diligência, nesse caso, estaria garantido, salvo se, por absurdo, se admitisse que o juiz, pessoalmente, acompanhasse toda a diligência, em atitude que, além de reduzida possibilidade de implantação prática, ainda infringiria o sistema acusatório que orienta nosso ordenamento jurídico. Faz-se a ressalva, todavia, para os delitos relativos a drogas e que não envolvam a criminalidade organizada, quando, aí sim, por expressa disposição legal, exige-se ordem judicial autorizadora da operação, na dicção do art. 53 da Lei nº 11.343/06.

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Controvérsia acerca do enquadramento legal da conduta, com reflexo na atribuição funcional – extorsão ou ameaça – extorsão

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 1500xxx-5x.2020.8.26.0x30 – MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Ribeirão Preto

Suscitante: xxº Promotor de Justiça de Ribeirão Preto

Suscitado: xº Promotor de Justiça de Ribeirão Preto

Assunto: controvérsia acerca do enquadramento legal da conduta, com reflexo na atribuição funcional – extorsão ou ameaça – extorsão

Trata-se de inquérito policial instaurado mediante lavratura de auto de prisão em flagrante delito, visando apurar eventual crime de extorsão (CP, art. 158), fato ocorrido no dia 16 de janeiro de 2020, por volta das 10h30min, na Rua José Borges da Costa, 86, no Alto da Boa Vista, em Ribeirão Preto, ocasião em que o investigado M.S.M., que “trabalhava” como “flanelinha” na via pública, abordou a ofendida D., exigindo-lhe dinheiro, quando a vítima ali estacionou seu carro, proferindo-lhe ofensas e lhe dirigindo ameaças, caso ela não lhe desse dinheiro, como jogar pedras em direção a ela e ao veículo dela, além de injuriá-la, chamando-a de vagabunda e proferindo outros dizeres ofensivos e obscenos.

Depois, em sede de audiência de custódia, foi deferida a liberdade provisória ao acusado, com medidas cautelares (cf. fls. 43/45).

O Douto Promotor de Justiça em exercício perante o juízo criminal comum, em manifestação motivada, considerou que o fato imputado ao acusado configura o crime de ameaça (CP, art. 147), não o delito de extorsão (CP, art. 158), razão pela qual requereu a redistribuição dos autos ao Juizado Especial Criminal (cf. fls. 58/59).

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

O Douto Promotor de Justiça recipiente, em exercício perante o Juizado Especial Criminal, porém, discordou da remessa e pontuou que se trata do crime de extorsão (CP, art. 158), ponderando que o acusado empregou grave ameaça contra a ofendida com o fim de obter indevida vantagem econômica. Por isso, suscitou conflito negativo de atribuição (cf. fls. 69/74).

É o relato do necessário.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se configurado, portanto, o incidente supramencionado 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.

Pois bem.

Com a devida vênia do Douto Suscitado, assiste razão ao Ilustre Suscitante; senão, vejamos.

Isso porque os elementos reunidos permitem subsumir a conduta do investigado, em tese, ao crime de extorsão (CP, art. 158).

Neste, o agente constrange o ofendido, visando a obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, empregando grave ameaça ou violência contra a pessoa, a fim de superar sua resistência e compeli-la a realizar uma conduta contra a sua vontade.

Boletim Criminal Comentado 115- Outubro - 2020 -

Constranger tem o sentido de “coagir, compelir, obrigar, forçar”.

Um dos meios executivos é a violência, que abarca a *imediata* (exercida diretamente sobre a vítima) e a *mediata* (quando recai sobre terceira pessoa ou sobre a coisa, também chamada de *vis in rebus*).

Outro meio de execução é a grave ameaça, que pode ser praticada na presença da vítima ou longe dela, admitindo-se, ainda, seja ela *direta ou indireta* (quando o mal recai sobre terceiro com quem a vítima possui algum vínculo capaz de gerar, em seu espírito, um comprometimento da liberdade de autodeterminação).

Significa dizer que o agente provoca, no sujeito passivo, pressão física ou psíquica, atemorizando-o, a fim de incutir em sua mente a ideia de que, se não ceder à intimidação, um mal grave e injusto ocorrerá.

No caso dos autos, verifica-se que o investigado costumeiramente abordava a ofendida, fazendo-lhe cobrança de dinheiro, para supostamente “tomar conta” de seu veículo enquanto ele estava estacionado na via pública.

A ofendida normalmente não o atendia. Consta que ele dirigia a ela xingamentos, chamando-a de “desgraçada”, por ela não lhe pagar pelo suposto serviço de vigilância do veículo. Isso já vinha acontecendo fazia algum tempo.

Por isso, no dia dos fatos, o investigado abordou-a de forma extremamente agressiva, xingando-a de “vagabunda” e lhe dizendo “hoje seu marido não lhe comeu a buceta”, oportunidade em que a vítima lhe disse que acionaria a polícia. Naquele momento, o investigado fez grave ameaça contra a vítima, visando obter vantagem patrimonial indevida, dizendo a ela que, se não lhe desse dinheiro, iria arremessar pedras na direção dela e também do veículo (cf. fls. 05).

Configurado, nesse contexto, o crime de extorsão, nos moldes do art. 158, *caput*, do Código Penal:

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro -
2020 -

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

O acusado, com os dizeres proferidos, mediante grave ameaça, constrangeu a vítima a lhe dar dinheiro, para que lhe prestasse suposta vigilância do veículo da ofendida, estacionado na via pública.

No sentido da configuração do delito em situação análoga, envolvendo exigência de “flanelinha”, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

EXTORSÃO. Crime praticado por "flanelinha". Conduta de constranger motorista, mediante grave ameaça, a pagar R\$20,00 para permitir o estacionamento de veículo automotor na via pública. Tipicidade. Materialidade e autoria demonstradas. Prisão em flagrante. Negativa isolada. Condenação fundada na palavra da vítima, confirmada pelos depoimentos dos policiais militares que atenderam a ocorrência. Ameaça comprovada. Conduta configuradora de ilícito administrativo e penal. Independência entre as respectivas responsabilidades. Condenação mantida. Embargos rejeitados.

(TJSP; Embargos Infringentes e de Nulidade 0075845-63.2015.8.26.0050; Relator (a): Otávio de Almeida Toledo; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 23ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/08/2019; Data de Registro: 07/08/2019)

Cuida-se, além disso, de delito de natureza formal, que se consuma independentemente de o agente obter ou não a vantagem econômica indevida por ele pretendida.

Nesse sentido, a Súmula 96 do Superior Tribunal de Justiça:

O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.

Confira-se, na mesma direção, o pensamento do Tribunal da Cidadania:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DO VOTO ESCRITO OU ORAL DO DESEMBARGADOR REVISOR. NÃO HÁ NULIDADE. SEM PREJUÍZO PARA A DEFESA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VANTAGEM ECONÔMICA. CRIME FORMAL. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO HÁ LIAME LÓGICO ENTRE OS DELITOS.

REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há nulidade, porque consta do acórdão que o Desembargador Revisor "teve vista dos autos e o examinou de maneira percuciente, o que se denota pelo tempo em que permaneceu com o feito sob sua conclusão, em perfeita observância ao que determina o artigo 613, inciso I, do Código de Processo Penal, garantidos ao embargante o devido processo legal e a ampla Defesa. Ademais, por ocasião do julgamento, ao concordar inteiramente com o voto proferido em Relatoria, o Revisor o acompanhou em todos os seus termos, o que demonstra a inexistência de prejuízo".

2. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que "o delito de extorsão é formal, consumando-se no momento em que o agente, mediante violência ou grave ameaça, constrange a vítima com o intuito de obter vantagem econômica indevida. O recebimento da vantagem indevida constitui mero exaurimento do crime. Neste sentido, foi editada a Súmula 96/STJ, segundo a qual "o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida" (HC 450.314/SP, Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 14/8/2018).

3. É válida a majoração da pena-base, pela vetorial das "consequências do crime", porque o Tribunal a quo afirmou a existência de prejuízo, "na medida em que este é evidente pelo simples desvio das funções do agente público, pago pelo Estado para exercer suas funções, que se ocupa de seu tempo para praticar

Boletim Criminal **Comentado** 115- Outubro - 2020 -

delito". Ademais, rever essa decisão demandaria o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, vedado em razão da Súmula 7/STJ

4. O Tribunal estadual, soberano na análise dos elementos fáticos dos autos, idoneamente deixou de reconhecer, in casu, a ocorrência de crime continuado por não haver liame lógico entre os delitos de extorsão qualificada contra duas vítimas diferentes, pelo que não há como, na via eleita, revisar tal entendimento, por implicar reexame do conjunto fático-probatório (Súmula 7/STJ).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1667675/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020)

Diante do exposto, conhece-se deste incidente para dirimi-lo, declarando que a atribuição para atuar nos autos incumbe ao Douto Promotor de Justiça Suscitado, que oficia perante o juízo criminal comum.

Para que não haja menoscabo à sua independência funcional, já que a presente decisão colide com sua *opinio delicti*, designa-se outro promotor de justiça para atuar no caderno investigatório, em lugar do Suscitado, oferecendo denúncia e prosseguindo nos demais termos da ação penal, até final decisão.

Faculta-se ao Ilustre Promotor de Justiça designado observar o disposto no art. 4-A da Resolução n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução n.º 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria, designando o substituto automático.

São Paulo, 20 de outubro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº116,11/2020
(semana nº 1)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido no local do crime atribuído ao acusado

Esta semana “correu” nas redes sociais a notícia de que o STF havia decidido fixar a seguinte tese: “É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo”.

Essa decisão, por ora, é do relator, em sede de plenário virtual. Já existe, inclusive, voto divergente do Min. Gilmar Mendes, para quem o referido acesso demanda autorização judicial.

Importante observar que a tese do relator, caso sufragada pela Corte, não autoriza o acesso ao whatsapp ou aplicativos de conversa do agente suspeito ou investigado sem autorização judicial, mas somente de dados, seguindo a jurisprudência cristalizada no STJ. Vejamos.

A Corte Cidadã, de forma copiosa, vem decidindo 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).

Desde o julgamento do RHC 89.385/SP (j. 16/8/2018), o tribunal vem reiterando a 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.

Destaque-se 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

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

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).

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Inobservância de prazo nonagesimal e revogação automática de prisão preventiva

INFORMATIVO 995 STF- PLENÁRIO

A inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP) não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.

O disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP insere-se em um sistema a ser interpretado harmonicamente, sob pena de se produzirem incongruências deletérias à processualística e à efetividade da ordem penal. A exegese que se impõe é a que, à luz do caput do artigo, extrai-se a regra de que, para a revogação da prisão preventiva, o juiz deve fundamentar a decisão na insubsistência dos motivos que determinaram sua decretação, e não no mero decurso de prazos processuais.

O Supremo Tribunal Federal (STF) rechaça interpretações que associam, automaticamente, o excesso de prazo ao constrangimento ilegal da liberdade, tendo em vista: a) o critério de razoabilidade concreta da duração do processo, aferido à luz da complexidade de cada caso, considerados os recursos interpostos, a pluralidade de réus, crimes, testemunhas a serem ouvidas, provas periciais a serem produzidas, etc.; e b) o dever de motivação das decisões judiciais [Constituição Federal (CF), art. 93, IX], que devem sempre se reportar às circunstâncias específicas dos casos concretos submetidos a julgamento, e não apenas aos textos abstratos das leis.

À luz desta compreensão jurisprudencial, o disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP não conduz à revogação automática da prisão preventiva. Ao estabelecer que “Decretada a prisão preventiva, 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 dispositivo não determina a revogação da prisão preventiva, mas a necessidade de fundamentá-la periodicamente.

Mais ainda: o parágrafo único do art. 316 não fala em prorrogação da prisão preventiva, não determina a renovação do título cautelar. Apenas dispõe sobre a necessidade de revisão dos fundamentos da sua manutenção. Logo, não se cuida de prazo prisional, mas prazo fixado para a prolação de decisão judicial.

Portanto, a ilegalidade decorrente da falta de revisão a cada 90 dias não produz o efeito automático da soltura, porquanto esta, à luz do caput do dispositivo, somente é possível mediante

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

decisão fundamentada do órgão julgador, no sentido da ausência dos motivos autorizadores da cautela, e não do mero transcorrer do tempo.

No caso, trata-se de referendo de decisão do presidente do STF que, em sede de plantão judiciário, após reconhecer a existência de risco de grave lesão à ordem e à segurança pública, concedeu a suspensão de medida liminar proferida nos autos do HC 191.836/SP e determinou a imediata prisão do paciente. A periculosidade do agente do writ em foco para a segurança pública resta evidente, ante a gravidade concreta do crime (tráfico transnacional de mais de 4 toneladas de cocaína, mediante organização criminosa violenta e que ultrapassa as fronteiras nacionais) e a própria condição de liderança de organização criminosa de tráfico de drogas atribuída ao paciente, reconhecida nas condenações antecedentes que somam 25 anos.

Com esse entendimento, o Plenário, por maioria, referendou a decisão em suspensão de liminar, com a consequente confirmação da suspensão da decisão proferida nos autos do HC 191.836/SP até o julgamento do writ pelo órgão colegiado competente, determinando-se a imediata prisão do paciente, nos termos do voto do ministro Luiz Fux (presidente e relator), vencido o ministro Marco Aurélio, que inadmitia a possibilidade de presidente cassar individualmente decisão de um integrante do STF. O ministro Ricardo Lewandowski, preliminarmente, não conhecia da suspensão e, vencido, ratificou a liminar.

SL 1395 MC Ref/SP, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 14 e 15.10.2020. (SL-1395)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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).

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

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

cada 90 dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de o constrangimento, até então legal, se tornar ilegal.

Para a ministra do 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 avaliação foi feita em decisão na qual a Ministra 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. (STJ, HC 589.544/SC, j. 25/06/2020).

Em complemento à essa decisão, o STF anuncia que a inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP) não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.

2-Tema: Organização criminosa. Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Prova lícita. Inovações da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Entendimento consolidado. Não alteração

INFORMATIVO 680 STJ- SEXTA TURMA

As inovações do Pacote Anticrime na Lei n. 9.296/1996 não alteraram o entendimento de que é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

Informações do Inteiro Teor:

Na hipótese, depois de firmado acordo de colaboração premiada ocorreu a gravação ambiental de conversa realizada por um dos interlocutores, em repartição pública, sem o conhecimento dos outros, o que, apesar de clandestina, não consubstancia prova ilícita, conforme reconhecido pela jurisprudência deste Superior Tribunal.

Atualmente, existe tratamento diferenciado na jurisprudência entre: a) interceptação – captação de comunicação alheia e sem conhecimento dos comunicadores, de forma sub-reptícia; b) escuta – captação de conversa, por terceiro, com o consentimento de um dos interlocutores e c) gravação – captação feita por um dos próprios comunicadores sem que o outro saiba.

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a gravação ambiental realizada por colaborador premiado, um dos interlocutores da conversa, sem o consentimento dos outros, é lícita, ainda que obtida sem autorização judicial, e pode ser validamente utilizada como meio de prova no processo penal.

No mesmo sentido é o precedente do Supremo Tribunal Federal, exarado na QO-RG RE 583.937/RJ, de que, desde que não haja causa legal de sigilo, "é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro" (Tema 237).

Na oportunidade, o Colegiado concluiu que a disponibilização de conteúdo de conversa por partícipe, emissor ou receptor, significaria apenas dispor daquilo que também é seu, sem que se possa falar em interceptação, sigilo de comunicação ou de intromissão furtiva em situação comunicativa. Não se delimitou que a gravação de conversa por um dos participantes do diálogo seria lícita somente se utilizada em defesa própria, nunca como meio de prova da acusação.

É mister ressaltar, ainda, que a Lei n. 9.296, de 24/7/1996, mesmo com as inovações trazidas pela Lei n. 13.964/2019, não dispôs sobre a necessidade de autorização judicial para a gravação de diálogo por um dos seus comunicadores.

Consta, em dispositivo novo da Lei n. 9.296/1996 (art. 10-A, § 1º) que não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

Remanesce a reserva jurisdicional apenas aos casos relacionados à captação por terceiros, sem conhecimento dos comunicadores, quando existe a inviolabilidade da privacidade, protegida constitucionalmente.

Processo: HC 512.290-RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A interceptação telefônica, sem dúvida, demanda autorização judicial.

A escuta, por sua vez, desperta indisfarçável controvérsia, havendo precedentes do STF exigindo, nela enxergando uma espécie de interceptação, já que realizada por terceiro. Vejamos:

“EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela

Boletim Criminal Comentado 116- Novembro

-2020 -

estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de ‘conversa informal’ do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita ‘conversa informal’, modalidade de ‘interrogatório’ sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º,

V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a autoincriminação – nemo tenetur se detegere –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em ‘conversa informal’ gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito –, mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido” (HC 80949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 30.10.2001, DJ 14.12.2001, PP- 00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001).

Boletim Criminal Comentado 116- Novembro

-2020 -

Vale ressaltar, no entanto, que no HC 161.053/SP, o STJ, durante os debates entre os Ministros, revelou que, para a escuta, não seria necessária autorização judicial.

A gravação telefônica, entretanto, dispensa ordem judicial, nela inexistindo a figura do terceiro.

Quando ambiental, as três formas **dispensavam** ordem judicial. A Lei de Abuso de Autoridade, contudo, ao dar nova redação ao art. 10 da Lei 9.296/1996, mudou o cenário. Vejamos o quadro comparativo.

Lei 13.869/2019	Lei 9.296/1996
<p>“Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei:</p> <p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput com objetivo não autorizado em lei.” (NR)</p>	<p>Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.</p> <p>Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.</p>

Percebe-se da comparação que a Lei 13.869/2019 valeu-se do único tipo incriminador da Lei 9.296/1996 para condicionar não somente a interceptação telefônica, mas também a escuta ambiental a prévia autorização judicial.

Chama a atenção, todavia, a falta de técnica. É que a escuta é um *minus* quando comparada com a interceptação. Aquela, repetimos, tem a concordância de um dos interlocutores. Esta, de nenhum deles. Ora, se é crime realizar escuta ambiental sem ordem judicial, obviamente também é crime a interceptação sem autorização.

Com a vigência da Lei 13.964/19, o cenário muda novamente. É que o legislador resolveu punir, de forma independente (art. 10-A), a captação ambiental (interceptação e escuta), revogando, nesse ponto, o art. 10 da Lei 9.296/1996.

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

A gravação, contudo, continua dispensando autorização judicial, na linha do que decidiu o STJ no acórdão em comento.

3-Tema: Sexta Turma rechaça condenação baseada em reconhecimento que não seguiu procedimento legal

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Ao conceder habeas corpus para absolver um homem acusado de roubo, cuja condenação não teve outra prova senão a declaração de vítimas que dizem tê-lo identificado em uma foto apresentada pela polícia, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu diretrizes para que o reconhecimento de pessoas possa ser considerado válido.

Segundo o relator do habeas corpus, ministro Rogerio Schietti Cruz, a não observância das formalidades legais para o reconhecimento – garantias mínimas para o suspeito da prática de um crime – leva à nulidade do ato.

Em seu voto, o ministro afirmou que é urgente a adoção de uma nova compreensão dos tribunais sobre o ato de reconhecimento de pessoas. Para ele, não é mais admissível a jurisprudência que considera as normas legais sobre o assunto – previstas no **artigo 226** do Código de Processo Penal – apenas uma "recomendação do legislador", podendo ser flexibilizadas, porque isso "acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças".

Risco de falhas

O voto do relator foi seguido por todos os membros da Sexta Turma. O ministro Nefi Cordeiro apenas ressaltou que, em seu entendimento, só as violações graves ao procedimento do artigo 266 deveriam anular a prova.

Ficou estabelecido no julgamento que, em vista dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na norma legal invalida o ato e impede que ele seja usado para fundamentar eventual condenação, mesmo que o reconhecimento seja confirmado em juízo.

Segundo os ministros, o magistrado pode realizar o ato de reconhecimento formal, desde que observe o procedimento previsto em lei, e também pode se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação com o ato viciado de reconhecimento.

Por fim – decidiu a turma –, o reconhecimento do suspeito por fotografia, além de dever seguir o mesmo procedimento do artigo 226, tem de ser visto apenas como etapa antecedente do

Boletim Criminal Comentado 116- Novembro

-2020 -

reconhecimento presencial; portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

Injustiças

Acusado de participação em assalto na cidade de Tubarão (SC), o suspeito foi condenado em primeira e segunda instâncias a cinco anos e quatro meses de prisão, apenas com base em reconhecimento fotográfico feito durante o inquérito. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) entendeu que seria perfeitamente possível o reconhecimento por foto no inquérito, mesmo quando o suspeito não foi preso em flagrante, como no caso.

O habeas corpus foi impetrado pela Defensoria Pública de Santa Catarina. A ONG Innocence Project Brasil, que atuou no caso como *amicus curiae*, chamou a atenção para as injustiças que podem decorrer do reconhecimento de suspeitos sem a observância das regras legais.

Segundo a Defensoria Pública, não houve nenhuma outra prova que corroborasse a acusação. Além disso, as vítimas haviam relatado que o assaltante teria cerca de 1,70m de altura, 25cm a menos do que o suspeito condenado. Três das vítimas afirmaram que não seria possível reconhecer os autores do crime, que estavam com o rosto parcialmente coberto.

O ministro Rogério Schietti observou que, diferentemente do que é exigido pelo CPP, as pessoas que participaram do reconhecimento não tiveram de fazer a prévia descrição do criminoso, nem lhes foram exibidas outras fotos de possíveis suspeitos. Em vez disso, a polícia escolheu a foto de alguém que já cometeu outros crimes, mas que nada indicava ter ligação com o roubo investigado.

"Chega a ser temerário o procedimento policial adotado neste caso, ao escolher, sem nenhuma explicação ou indício anterior, quem se desejava que fosse identificado pelas vítimas", afirmou o relator.

Erros judiciários

Segundo o ministro, o reconhecimento equivocado de suspeitos tem sido uma das principais causas de erro judiciário, levando inocentes à prisão. Tal situação levou à criação, nos Estados Unidos, em 1992, da Innocence Project, entidade fundada por advogados especialistas em pedir indenizações ao Estado em decorrência da condenação de inocentes.

"Segundo pesquisa feita por essa ONG, aproximadamente 75% das condenações de inocentes se devem a erros cometidos pelas vítimas e por testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento. Em 38% dos casos em que houve esse erro, várias testemunhas oculares identificaram incorretamente o mesmo suspeito inocente", afirmou.

Boletim Criminal Comentado 116- Novembro

-2020 -

Para o relator, o reconhecimento por meio fotográfico é ainda mais problemático quando realizado por simples exibição de fotos do suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, previamente selecionadas pela polícia.

Prova comprometida

"Mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no CPP para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato", destacou.

No entender do ministro, deve ser exigido da polícia que realize sua função investigativa comprometida com "o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova".

"Este Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, ao conferir nova e adequada interpretação do artigo 226 do CPP, sinaliza, para toda a magistratura e todos os órgãos de segurança nacional, que soluções similares à que serviu de motivo para esta impetração não devem, futuramente, ser reproduzidas em julgados penais", declarou.

Leia o [voto](#) do relator.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):[HC 598886](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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 forjado nos autos e, como tal, deve ser tomado pelo Juiz, na formação de sua convicção, dentro da liberdade que orienta tal raciocínio. Não tem, é óbvio, valor absoluto – que, aliás, nem a confissão judicial possui – e, portanto, não pode isoladamente fundamentar um decreto condenatório. Mas também não deve, de plano, ser descartado, merecendo análise –

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

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. A 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) recentemente decidiu nesse sentido, isto é, que o reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação (HC 427051/SC).

4-Tema: Depoimento da vítima no inquérito policial confirmado por perícia autoriza a condenação

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA EXCLUSIVAMENTE INQUISITORIAL. INOCORRÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. DEPOIMENTO EM FASE POLICIAL. EXAME DE CORPO DE DELITO. VÍTIMA QUE REATOU RELACIONAMENTO COM AGRESSOR E PERMANECEU EM SILÊNCIO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. VOLUNTARIEDADE RECURSAL. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO INTERPOSTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a divergência a respeito da estratégia defensiva entre o novo advogado e seu predecessor na causa não inquina de nulidade a ação penal, ainda que se trate de hipótese de não interposição de recurso, em razão do princípio da voluntariedade recursal. 2. A época da audiência de instrução, a vítima não quis dar sua versão dos fatos pois já havia reatado o relacionamento com o acusado/paciente. Tratando-se de violência doméstica e familiar, é comum que não haja testemunhas do fato. Dentro desse cenário, o depoimento da vítima na fase inquisitiva e a prova pericial submetida à contraditório postergado se mostram suficientes para fundamentar a condenação. 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no HC 558613 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2020/0016617-0, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 13/10/2020, publicação DJe 20/10/2020)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Em recente decisão, o STJ entendeu ser suficiente para a condenação o depoimento da vítima prestado durante investigação e confirmado por prova pericial, em que se estabeleceu o contraditório diferido ou postergado. Trata-se de importante precedente, que confirma a sistemática processual de atribuir o valor de prova judicial às irrepetíveis produzidas no inquérito.

As reformas legislativas no ordenamento processual estabeleceram uma clara distinção entre o inquérito e o processo, fortalecendo o sistema constitucional acusatório. Com o artigo 155 do CPP,

Boletim Criminal Comentado 116- Novembro

-2020 -

alterado em 2008, constou expressamente que a sentença deverá estar baseada em “prova” produzida no curso do processo, não podendo ser fundamentada “exclusivamente” em elementos informativos do inquérito. O próprio legislador ressalva as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, como é o exame de corpo de delito.

No Pacote Anticrime, embora parcialmente suspenso pelo STF, ficou estabelecido que o processo adotará a estrutura acusatória, com a atuação do Juiz de Garantias até o recebimento da denúncia. Nesta alteração, também houve ressalva expressa às provas irrepitíveis, que deverão ser remetidas para apensamento em apartado ao processo perante o juiz da instrução (art. 3º C, par. 3º).

Assim, por interpretação autêntica, a perícia terá o mesmo valor de uma prova judicial e a fundamentação poderá se basear nesta prova, subsidiada por elementos do inquérito.

Além disso, esse entendimento está de acordo com a situação de vulnerabilidade da mulher em situação de violência que, em regra, retrata-se do depoimento inicial em razão do ciclo da violência e da síndrome do desamparo apreendido, pois não consegue mais oferecer resistência à violência ou mesmo tomar decisões em relação àquele agressor.

Além do aspecto processual, é muito importante proteger a vítima.

A retratação não significa ausência de perigo, que deve ser avaliado segundo as circunstâncias do caso concreto, com base em indicadores de risco previstos no Formulário Nacional de Avaliação de Risco.

De se notar, por fim, que a pandemia gerou um aumento da violência contra as mulheres e, por determinação expressa da Lei 14.022/2020, as medidas protetivas estão automaticamente prorrogadas durante o estado de emergência.

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Organização criminosa. Apuração de crimes graves. Agência de inteligência. Apoio à investigação do Ministério Público. Possibilidade

INFORMATIVO 680 STJ- SEXTA TURMA

É legal o auxílio da agência de inteligência ao Ministério Público Estadual durante procedimento criminal instaurado para apurar graves crimes em contexto de organização criminosa.

Informações do Inteiro Teor:

A atividade de inteligência desempenhada por agências dos estados, que integram o Subsistema de Inteligência criado pelo Decreto n. 3.695, de 21/12/2012, consiste no exercício de ações especializadas para identificar, avaliar e acompanhar ameaças reais ou potenciais na esfera de segurança pública. Alcança diversos campos de atuação – um deles a inteligência policial judiciária – e entre suas finalidades está não só subsidiar o planejamento estratégico de políticas públicas, mas também assessorar com informações as ações de prevenção e repressão de atos criminosos.

Apesar de não se confundir com a investigação, nem se esgotar com o objetivo desta, uma vez que a inteligência de segurança pública opera na busca incessante de dados, o resultado de suas operações pode, ocasionalmente, ser aproveitado no processo penal para subsidiar a produção de provas, desde que materializado em relatório técnico.

Na hipótese, há alguns anos, no Estado-membro, ante a necessidade de aperfeiçoar o combate a crimes cometidos por policiais, foi atribuída à Subsecretaria de Inteligência (SSINTE/SESEG) a missão de prestar apoio a determinados órgãos em suas investigações criminais.

Além das atividades de inteligência de segurança pública, era atribuição da Subsecretaria de Inteligência, integrante da estrutura da Secretaria de Estado de Segurança (SSINTE/SESEG), à luz do art. 2º, parágrafo único, da Resolução n. 436, de 8/2/2011, prestar o apoio necessário a determinados órgão de segurança pública em suas investigações criminais.

A resolução em apreço estabeleceu, em seu art. 1º, que "os delegados da Polícia Civil" lotados na Corregedoria Geral Unificada (CGU) poderiam presidir procedimentos de polícia judiciária quando houvesse indícios de crimes imputados a policiais civis, militares ou bombeiros militares, "os quais seriam instaurados no âmbito da Delegacia de Repressão ao Crime Organizado e Inquéritos Especiais (DRACO)". Em conformidade com o art. 2º, parágrafo único, "a Subsecretaria de Inteligência/SESEG prestará o apoio necessário aos órgãos acima no âmbito de suas atribuições".

Ressalta-se que o Ministério Público, por força do art. 129 da Constituição Federal, possuía (e possui) a mesma competência que a Resolução n. 436 de 8/2/2011 relacionou à CGU e à DRACO. O

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

Parquet é legitimado a promover, por autoridade própria, procedimentos investigatórios criminais e, além disso, exerce o controle externo das polícias.

No caso em apreço, o Parquet optou por não utilizar a estrutura da própria Polícia Civil para auxiliá-lo no procedimento apuratório criminal, e é incabível criar limitação alheia ao texto constitucional para o exercício conjunto da atividade investigativa pelos órgãos estatais.

Quanto ao ponto, esta Corte possui o entendimento de que a atribuição de polícia judiciária às polícias civil e federal não torna nula a colheita de elementos informativos por outras fontes. Ademais, o art. 3º, VIII, da Lei n. 12.850/2013 permite a cooperação entre as instituições públicas na busca de dados de interesse da investigação.

Portanto, segundo a doutrina, no campo diversificado de atuação da segurança pública, a inteligência policial "tem como escopo questões (em sua maioria táticas) de repressão e apoio à investigação de ilícitos e grupos de infratores – não se trata, registre-se bem, de atividade de investigação criminal". Busca "levantar indícios e tipologias que auxiliam o trabalho da Polícia Judiciária e do Ministério Público", principalmente no combate do crime organizado, dissimulado ou complexo.

Processo: HC 512.290-RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A alta complexidade das atividades que envolvem a criminalidade organizada exige uma perfeita sintonia entre os diversos órgãos públicos, de todos os níveis, que possam colaborar em sua investigação.

A propósito, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, com sede em Palermo, prevê em art. 7, item "b", que cada Estado-parte garantirá "que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro [...], tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro".

Tal auxílio deve se operar entre os dois níveis de polícia judiciária existentes no Brasil, a federal e as estaduais. Dentre estas últimas, a cooperação deve ocorrer entre as polícias civil e militar. Por mais óbvio que possa parecer essa constatação, o certo é que, na prática, no mais das vezes tais órgãos

Boletim Criminal Comentado 116- Novembro

-2020 -

“não se falam”, isto é, não compartilham suas informações de modo a permitir um adequado enfrentamento à criminalidade.

Mas a troca de informações não se restringe às entidades de caráter policial. Assim, por exemplo, a Receita Federal deve encaminhar ao Ministério Público representação pela prática, em tese, de crime tributário ou previdenciário, segundo o art. 83 da Lei nº 9.430/96.

Também as instituições financeiras (cujo rol é apresentado no artigo anterior), devem comunicar “às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos”, sem que tal conduta importe em violação do dever de sigilo, nos termos do art. 1º, § 3º, IV da Lei Complementar nº 105/2001. Esta lei obriga, ainda, que os presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Imobiliários comuniquem ao Ministério Público a ocorrência de crime (art. 9º).

De sua parte, também o Tribunal de Contas da União, na dicção do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443/92, “providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.” Idênticas providências têm previsão legal em leis estaduais que tratam dos respectivos tribunais de contas de cada unidade da Federação.

As corregedorias, das mais diversas carreiras, as Comissões Parlamentares de Inquérito, bem como o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, também podem auxiliar, na análise do caso concreto, nos termos sugeridos por este dispositivo.

São apenas exemplos de órgãos e instituições que, embora não compondo o aparato policial, podem colaborar com a investigação visando o combate ao crime organizado.

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: divergência acerca do enquadramento legal dos fatos (perturbação da tranquilidade, estupro de vulnerável ou importunação sexual), com reflexo na atribuição funcional.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 1504xxx-4x.2020.8.26.0625 – MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Taubaté

Suscitante: xº Promotor de Justiça Taubaté

Suscitado: xº Promotor de Justiça Taubaté

Assunto: divergência acerca do enquadramento legal dos fatos (perturbação da tranquilidade, estupro de vulnerável ou importunação sexual), com reflexo na atribuição funcional.

Cuida-se de inquérito policial instaurado para apurar a conduta de P.C.C..

Segundo se apurou, na data de 3 de julho de 2020, por volta das 17 horas, na Rua Godofredo Lobato, 108, Bonfim, na cidade e comarca de Taubaté, o investigado, convidou a adolescente *T.*, ***adolescente com doze anos ao tempo dos fatos***, para que juntos fossem tomar um sorvete, sendo que, no trajeto, enquanto estavam em seu veículo, ele teria passado a mão nas coxas da menina, o que fez por 2 (duas) vezes, tendo ainda, feito perguntas a respeito de sua menstruação (fls. 04/05/08/09).

Posteriormente, a vítima contou o ocorrido para sua genitora, que noticiou os fatos à Autoridade Policial.

Concluídas as providências de polícia judiciária, o Douto Promotor de Justiça requereu a redistribuição dos autos ao Juizado Especial Criminal daquela comarca, por considerar que não restou tipificado o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, bem como por entender que a conduta, a princípio, se adequaria ao tipo da contravenção penal prevista no artigo 65 da Lei das Contravenções Penais (fls. 22/23).

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

O Ilustre Representante Ministerial recipiente, de sua parte, em judiciosa manifestação, sustentou que as circunstâncias que envolvem o episódio não permitem o delineamento da prática de ato libidinoso – impeditivo do aperfeiçoamento do delito previsto no art. 217-A, do Código Penal. Contudo, asseverou que a hipótese recomendaria, ao menos, a análise da conduta à luz da figura prevista no art. 215-A do Código Penal, delito não incluído no rol de competência do citado órgão judicial e, via de consequência, no âmbito de suas atribuições, motivo pelo qual suscitou o presente conflito negativo de atribuição (fls. 28/31).

Eis a síntese do necessário.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que o envio do expediente a esta Chefia Institucional assenta-se no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93.

Encontra-se configurado, portanto, o incidente supramencionado 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, pág. 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.

Pois bem.

Com razão em parte o Douto Promotor de Justiça Suscitante, com a máxima vênua do Ilustre Suscitado.

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

A conduta do investigado configura, em tese, o delito de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal **ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Na hipótese versada nos autos, o investigado não teve conjunção carnal, mas praticou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, ao acariciar as coxas da adolescente, de 12 anos, indagando-a sobre seu ciclo menstrual.

E seu propósito de satisfazer a própria concupiscência emerge nítido nos autos, quando a menor relata que ele passou a mão em sua coxa uma vez; ela pediu para ele parar; ele repetiu o gesto, passando a mão mais uma vez na coxa da menina e ainda fez indagações acerca do ciclo menstrual dela (cf. fls. 08).

Claro o ato libidinoso perpetrado contra a adolescente.

Ou seja, incorreu o investigado na figura prevista no art. 217-A, do Código Penal.

A conduta extrapolou os limites da mera contravenção de perturbação da tranquilidade por acinte ou outro motivo reprovável (LCP, art. 65). Ademais, o princípio da especialidade das normas penais, em face da conduta praticada no caso concreto, aponta para a figura típica mais gravosa, do art. 217-A, do Código Penal.

Com a máxima vênia do Douto Suscitante, por ser a vítima menor de 14 anos, não se aplica à espécie o tipo penal do art. 215-A, do Código Penal, segundo o pensamento dominante no Superior Tribunal de Justiça:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA.
PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 215-A DO**

CÓDIGO PENAL (IMPORTUNAÇÃO SEXUAL). IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO DIFERENCIADO.

1. "Tratando-se de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima, o que afasta o crime de importunação sexual" (Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 3/12/2019).

2. Segundo a orientação pacificada neste Tribunal Superior, nos crimes de natureza sexual, os quais nem sempre deixam vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. Precedente.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1625636/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA BASILAR FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. EFEITO DEVOLUTIVO PLENO DA APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTUM DA PENA NÃO AGRAVADA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO. FUNDAMENTO IDÔNEO NA NEGATIVAÇÃO DOS VETORES JUDICIAIS DA CULPABILIDADE E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. **DECLASSIFICAÇÃO PELA CORTE DE ORIGEM PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 215-A DO CP. DESCABIMENTO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DESTA CORTE.**

1. A Corte a quo dispôs que, reavaliando-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifica-se que pesam em desfavor do apelante a sua culpabilidade, reprovável e censurável, pois, neste caso, o apelante agiu de forma fria e premeditada, uma vez que

esperou a vítima cair em sono profundo, para encaminhar-se até o colchão que a mesma dormia e, sobre ela, se masturbar, tendo a ofendida se assustado e acordado com os atos lascivos perpetrados pelo recorrente, bem como as circunstâncias do crime, pois a ação delituosa executada pelo acusado se mostrou bastante audaciosa, pois o delito foi cometido durante a madrugada, por volta de 2h00 da manhã, dentro de um quarto em que estavam o apelante, a vítima, acompanhada de seus dois filhos menores de idade, sua genitora e mais uma sobrinha da mesma, o que, demonstra que o recorrente não impôs limites em seus anseios lascivos, circunstâncias factuais graves e que devem ser, portanto, avaliadas negativamente.

2. Verifica-se que a Corte a quo, não obstante tenha utilizado fundamentos diversos para exasperar a pena-base, justificou de forma idônea o desvalor concebido aos vetores judiciais da culpabilidade e das circunstâncias do crime. [...] Dessa forma, diante da leitura do delineado pelo Tribunal paraense, tenho que razão não assiste ao recorrente, não havendo falar em violação do princípio non reformatio in pejus. [...] Com efeito, em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o efeito devolutivo pleno do recurso de apelação possibilita à Corte de origem, mesmo que em recurso exclusivo da defesa, revisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como alterar os fundamentos para justificar a manutenção ou redução das reprimendas ou do regime inicial; não sendo o caso de apontar reformatio in pejus se a situação dos recorrentes não foi agravada, como no caso sob análise, em que a pena definitiva imposta na sentença foi preservada.

3. Este Sodalício possui o entendimento de que, em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, apresentar nova fundamentação, desde que não seja agravada a situação do recorrente (AgRg no HC n. 499.041/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/7/2019).

4. A jurisprudência de ambas as Turmas da Terceira Seção deste Sodalício é firme no sentido de que o Tribunal de origem, ainda que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, pode valer-se de

fundamentos diversos dos constantes da sentença para se manifestar acerca da operação dosimétrica e do regime inicial fixado para o cumprimento da pena, para examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, desde que não haja agravamento da situação final do réu e que sejam observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na incoativa (AgRg no HC n. 437.108/ES, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 1º/7/2019).

5. Inviável a desclassificação da conduta para aquela prevista nos moldes do art. 215-A do Código Penal, inserido por meio da Lei n. 13.718, de 24/9/2018, porquanto não há como se aplicar a nova lei nas hipóteses em que se trata de vítimas menores, notadamente diante da presunção de violência.

6. A Lei n. 13.718, de 24/9/2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça. [...] Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes (AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/3/2019).

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp 1845858/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020)

Verifica-se, portanto, que a conduta objeto dos autos amolda-se em tese ao disposto no art. 217-A, do Código Penal.

Boletim Criminal **Comentado** 116- Novembro

-2020 -

Ante o exposto, conhece-se do presente incidente a fim de declarar que a atribuição para funcionar no presente inquérito policial é do Douto Promotor de Justiça que atua perante o juízo criminal comum, ou seja, do Suscitado, Digno 2º Promotor de Justiça de Taubaté.

Em respeito, porém, à opinião delitiva diversa por ele exarada, designa-se outro Promotor de Justiça para intervir nos autos, ao qual se faculta a observância do disposto nas Resoluções 302/2003 e 488/2006 (CSMP, PGJ, CGMP).

Expeça-se portaria, designando-se o Substituto Automático.

São Paulo, 29 de outubro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº117,11/2020
(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

AVISOS

Podcast sobre o esclarecimento dos crimes de homicídio disponível

Mais um programa do podcast *"Estamos fazendo direito?"* está disponível!

Desta vez, o debate foi sobre *"o esclarecimento dos crimes de homicídio"*.

Os convidados são *Felipe Eduardo Levit Zilberman*, promotor de Justiça do I Tribunal do Júri da Capital, e *Marcelo Jacobucci*, delegado divisionário do DHPP.

O "Estamos fazendo direito?" é um podcast produzido pela *Escola Superior do MPSP*, apresentado pela radialista Aline Riera, que tem como objetivo debater temas de relevância na atualidade, sempre com integrantes do MPSP e especialistas nos mais diversos assuntos, de fora da instituição.

►Escolha sua plataforma favorita e dê o play! ◀

Spotify: ► <https://spoti.fi/2I1CAAd8>

Deezer: ► <https://bit.ly/2I0Y0ro>

iTunes: ► <https://apple.co/3k2MIW9>

Google: ► <https://bit.ly/3p3V91E>

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Remição da pena e ensino à distância

A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que é possível remir a pena com base em atividades que não estejam expressas no texto legal. Conclui, com isso, que o rol do art. 126 da Lei de Execução Penal não é taxativo, pois não descreve todas as atividades que poderão auxiliar no abreviamento da reprimenda.

Recentemente, por exemplo, o STJ autorizou a remição da pena em razão de atividade musical (participação em coral). Trata-se, segundo o Tribunal Cidadão, de interpretação analógica “in bonam partem” do art. 126 da LEP.

O CAOCRIM, essa semana, apresenta pesquisa envolvendo o tema, mais precisamente, a remição da pena e o ensino à distância.

Contudo, em que pese esse entendimento firmado pelo STJ, necessário registrar que entendemos ser incabível a remição decorrente de curso realizado à distância, posto que não há fiscalização do período supostamente estudado.

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

TJSP- Agravo de Execução Penal nº 0005771-80.2020.8.26.0026

AGRAVO EM EXECUÇÃO. REMIÇÃO POR ESTUDO. CURSO A DISTÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONTROLE DA CARGA DIÁRIA DE ESTUDO. REMIÇÃO INDEFERIDA NA ORIGEM. RECURSO DESPROVIDO. 1. Para o deferimento da remição das penas pelo estudo a distância, não basta a juntada aos autos de certificado de conclusão do curso frequentado pelo reeducando, mostrando-se imprescindível atestado emitido pelas autoridades educacionais competentes que demonstre a carga horária diária de estudo, documento essencial para aferição do limite máximo de doze horas de estudo, divididas, no mínimo, em três dias. Exegese do artigo 126, § 1º, inciso I, da Lei de Execução Penal. 2. No caso dos autos, houve juntada do certificado de conclusão de curso e, ainda, de relatório com indicação da quantidade de horas por disciplina, mas sem qualquer menção à carga horária diária do curso, o que se mostra insuficiente ao deferimento da remição das penas pelo estudo. 3. Agravo defensivo desprovido.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

TJSP- Agravo em Execução nº 0006228-31.2020.8.26.0344

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. REMIÇÃO POR ESTUDO NA MODALIDADE A DISTÂNCIA. INDEFERIMENTO. RECURSO DA DEFESA.

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

Clique [aqui](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Em que pese o entendimento firmado pelo STJ, entendemos incabível a remição decorrente de curso realizado à distância, ressalvado, no caso concreto, a possibilidade de haver fiscalização efetiva do período supostamente estudado.

Clique [aqui](#) para Contraminuta ofertada em Agravo em Execução, na qual o sentenciado busca a modificação da decisão que indeferiu o pedido de remição.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Provas obtidas por interceptação telefônica baseada apenas em denúncia anônima são ilícitas

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu a ilicitude de provas obtidas a partir de interceptação telefônica determinada com fundamento exclusivo em denúncia anônima em uma ação penal contra uma acusada de tráfico de drogas. A decisão se deu no Habeas Corpus (HC) 181020.

De acordo com o relator, o STF firmou entendimento de que a denúncia anônima é fundamento idôneo para deflagrar a persecução penal, desde seguida de diligências prévias, a fim de averiguar os fatos nela noticiados, o que não ocorreu no caso. A Delegacia de Investigações sobre Entorpecentes de Piracicaba (SP) recebeu denúncias anônimas sobre a comercialização de drogas na região, e os investigadores indicaram a necessidade de interceptação das comunicações telefônicas dos investigados. Na mesma data, a autoridade policial, sem ter feito nenhuma investigação, representou pelo deferimento da interceptação e, dois dias depois, o juízo autorizou a diligência. Segundo Fachin, os fatos evidenciam que a medida foi concedida com base exclusiva nas denúncias anônimas.

Fundamentação insuficiente

O relator verificou, ainda, a insuficiência de fundamentação da decisão que autorizou a interceptação, decretada com base em considerações genéricas sobre sua necessidade para o

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

sucesso das investigações. “Não se indica de que maneira a interceptação telefônica seria imprescindível à apuração dos fatos narrados, nem se aponta, de forma concreta, a existência de provas de materialidade e indícios de autoria aptos a autorizar a diligência”, afirmou.

Para o ministro Edson Fachin, a avaliação aplicada pelo juízo de primeiro grau não satisfaz a necessidade de motivação das decisões judiciais prevista na Constituição Federal e na Lei das Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/1996).

“Nessa ótica, a violação ao direito à decisão fundamentada configura constrangimento ilegal, de modo que a concessão da ordem é a medida que se impõe”, concluiu.

Processo relacionado: [HC 181020](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A posição tomada pelo STF no caso em análise coincide com a do STJ, há tempos consagrada. Vejamos.

Para os Tribunais Superiores, é insustentável que uma investigação criminal se inicie a partir de uma interceptação telefônica, pois, fatalmente, não estarão presentes indícios mínimos de autoria do crime que possam justificar o cabimento da medida.

STJ:

“(...) 1. Não comporta conhecimento o mandamus no que diz respeito à alegação de nulidade das interceptações trazida sob o argumento de que a investigação policial teria se iniciado a partir de denúncias anônimas, pois a tese foi afastada pela Sexta Turma quando do julgamento do HC n. 119.702/PE. 2. O Juízo de primeiro grau, ao deferir as interceptações telefônicas, fundamentou o cabimento da medida em elementos colhidos pela autoridade policial – tais como declaração de testemunhas e documentos apreendidos quando da prisão em flagrante de um dos investigados –, os quais demonstravam de que forma aqueles que teriam suas ligações interceptadas atuavam na organização criminosa. 3. A quebra do sigilo telefônico não foi a primeira medida efetivada pela autoridade policial. Pelo contrário, tal providência teve suporte em elementos já colhidos e que demonstravam que as investigações em curso levantaram indícios da prática criminosa e apontavam para a imprescindibilidade do deferimento da medida excepcional, segundo o disposto no art. 2º da Lei n. 9.296/1996. (...)”. (HC 130.054/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/2/2012, DJe 21/3/2012).

Assim, não será possível que o procedimento de interceptação telefônica seja iniciado mediante uma “denúncia” anônima. Apenas depois de corroborada a notícia apócrifa, através de uma investigação prévia, poderá ser instaurada uma investigação criminal e realizar, caso necessário, a

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

interceptação telefônica. Caso contrário, a prova será considerada ilícita e, por consequência, serão declaradas nulas.

STF:

“(…) 3. Ordem concedida para se declarar a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas, em razão da ilegalidade das autorizações, e a nulidade das decisões judiciais que as decretaram amparadas apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar. (...)”. (HC 108147, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012).

2-Tema: Concedido HC a homem que teve prisão em flagrante convertida em preventiva por iniciativa do juiz

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

Não houve pedido nesse sentido do Ministério Público nem da autoridade policial.

O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu habeas corpus em favor de um homem que teve a sua prisão em flagrante convertida em preventiva pelo juiz, sem que tenha havido pedido do Ministério Público ou da autoridade policial, e que não foi submetido à audiência de custódia, em razão da pandemia de Covid-19. Segundo Fachin, ao reforçar o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) vedou a imposição de medidas cautelares pelo magistrado sem representação da autoridade policial ou requerimento das partes.

Flagrante

A conversão da prisão em flagrante em preventiva de M.V.S.O. foi determinada de ofício (por iniciativa própria) pelo Juízo da Vara de Inquéritos de Belo Horizonte (MG). A defesa impetrou o Habeas Corpus (HC) 193053 no Supremo depois que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), com fundamento no artigo 310 do Código de Processo Penal (CPP), considerou que o juiz poderia fazer a conversão, independentemente de provocação, desde que a prisão fosse necessária para a garantia da ordem pública, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

No habeas corpus, a defesa informou que M.V. foi preso em flagrante, em 24/6/2020, pela suposta prática de furto qualificado e denunciado pelo crime, mas é primário, tem residência fixa e não houve emprego de violência ou grave ameaça, além de ser baixo o valor dos produtos

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

supostamente furtados. Alegou que, a partir da Lei 13.964/2019 (conhecida como Pacote Anticrime), é ilícita a atuação do juiz de ofício, conforme entendimento já chancelado pelo Supremo.

Impossibilidade

Ao conceder o habeas corpus, Fachin afirmou que, na mesma linha da alteração que suprimiu a expressão “de ofício” da redação do artigo 282, parágrafo 2º, do CPP, o parágrafo 4º do mesmo dispositivo afasta a substituição, a cumulação ou a imposição de medidas cautelares pessoais diversas da prisão ou de prisão de ofício pelo magistrado, ainda que em caso de descumprimento de cautelar imposta anteriormente. Ressaltou, ainda, que o artigo 311 do CPP, na redação da Lei 13.964/2019, veda, de forma taxativa, a decretação de prisão preventiva pelo magistrado sem prévia representação da autoridade policial ou requerimento das partes. “Todos esses dispositivos legais, em atenção ao sistema acusatório elegido pela Constituição Federal de 1988, não deixam dúvida quanto à impossibilidade de imposição de medida cautelares pessoais pelo juiz de ofício, seja na fase pré-processual, seja na fase processual”, disse o relator.

Quanto ao entendimento do STJ de que o artigo 310 do CPP autorizaria a imposição de prisão cautelar de ofício pelo magistrado, Fachin salientou que esse mesmo dispositivo, ao disciplinar a audiência de custódia, prevê, de maneira expressa, a participação do membro do Ministério Público e da defesa. Segundo o ministro, a decisão do magistrado sobre as medidas previstas no dispositivo se dá a partir do requerimento das partes, e não de ofício, salvo quando não implicar agravamento da liberdade do autuado.

Exceção

Embora, em regra, o Habeas Corpus não pudesse ser conhecido, por não existir pronunciamento de mérito do STJ, o ministro Fachin, em razão da flagrante ilegalidade verificada de plano, o deferiu de ofício.

Leia a **íntegra da decisão**.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A prisão em flagrante será convertida em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão. Diante da nova redação do art. 311 do CPP, que impede o juiz de decretar a prisão preventiva de ofício, há doutrina no sentido de que o Magistrado, por consequência, também não poderia converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem o prévio requerimento do Ministério Público ou sem a representação da autoridade policial nesse sentido. Tal conversão, com efeito, equivaleria a uma indireta decretação de ofício da preventiva.

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

Comentamos, no boletim 115, o mesmo tema, mas sob a ótica do STJ. Voltamos ao tema, agora analisando recente decisão do STF. A Corte reconheceu a impossibilidade jurídica de o magistrado, dentro ou fora da audiência de custódia, decretar, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida a atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial), tendo em vista as inovações introduzidas nessa matéria pela recentíssima Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), que deu particular destaque ao sistema acusatório adotado pela Constituição, negando ao Juiz competência para a imposição, *ex officio*, dessa modalidade de privação cautelar da liberdade individual do cidadão (CPP, art. 282, §§ 2º e 4º, c/c art. 311).

3-Tema: CONAMP questiona validade de habeas corpus coletivos

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público sustenta que a ausência de norma sobre a matéria gera insegurança jurídica.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 758), com pedido de medida cautelar, para questionar o entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) de transformar habeas corpus individual em coletivo e estender a ordem para um número certo de pessoas relacionadas. A CONAMP pede a declaração da inconstitucionalidade deste entendimento, até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria ou, caso isso ocorra, que o STF discipline a concessão dessa modalidade de habeas corpus.

No pedido de medida cautelar, a CONAMP requer a suspensão de execução de todas as decisões concessivas de liminar ou de mérito em habeas corpus coletivos, especialmente no HC 596603 do STJ, único em que ainda há possibilidade de recursos. Nesse HC, o STJ assegurou o cumprimento da pena em regime inicial aberto a todas as pessoas que cumprem pena por tráfico privilegiado no Estado de São Paulo.

A CONAMP afirma que este entendimento jurisprudencial, embora venha sendo acolhido por alguns Tribunais de Justiça, é de difícil cumprimento pelos juízos de primeiro grau, em razão da falta de identificação e de individualização dos casos alcançados. Para a associação, esse fato provoca insegurança jurídica, decorrente da não observância do princípio do devido processo legal.

De acordo com a entidade, há uma severa controvérsia a respeito do cabimento do habeas corpus coletivo, pois não existe norma que discipline os efeitos e o alcance das decisões proferidas embora

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

a Segunda Turma do STF já tenha reconhecido a sua viabilidade. Para a CONAMP, é necessário que o Plenário do STF se manifeste sobre a validade ou invalidade do habeas corpus coletivo e, caso o considere válido, que seja fixado entendimento sobre a extensão das decisões, sobre os legitimados à impetração e, ainda, sobre os órgãos judiciais competentes para examiná-los.

Processo relacionado: ADPF 758

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Já foi tradição da nossa jurisprudência negar o HC quando indeterminadas as pessoas em favor de quem foi ele impetrado. Assim ocorreu quando se ingressou com habeas corpus, de forma genérica, em prol de professores da rede estadual impedidos de gozarem férias (RSTJ 45/83) ou de integrantes do Movimento dos Sem-Terra (RJACRIM 30/390). Nesse sentido, inclusive, é a lição de Bento de Faria, ao negar a possibilidade de ajuizamento do pedido “quando se tratar de pessoas indeterminadas, v.g., os sócios de certa agremiação, os empregados de determinado estabelecimento, os moradores de alguma casa, os membros de indicada corporação, os componentes de uma classe, etc., ainda quando referida uma as pessoas com o acréscimo de – e outros. Somente em relação a essa será conhecido o pedido” (Processo Penal., vol. 2, p. 381).

O HC coletivo, contudo, foi pioneiramente discutido no STF. A Corte analisou a possibilidade da impetração do habeas corpus coletivo e a confirmou por unanimidade. Embora os ministros Dias Toffoli e Edson Facchin tenham votado pelo conhecimento parcial do habeas corpus, que deveria atingir apenas pleitos já analisados pelo STJ – excluindo-se as decisões de primeira e segunda instâncias –, concordaram com os demais ministros no que tange à possibilidade de impetração coletiva.

Em síntese, os ministros fundamentaram sua decisão no fato de que remédios processuais coletivos têm sido exigidos para solucionar problemas ligados a relações sociais massificadas e burocratizadas, prevenindo-se assim lesões a direitos de grupos vulneráveis, cujos componentes não são capazes de se impor individualmente. Mencionou-se o fato de que tramitam no Brasil mais de cem milhões de processos para pouco mais de dezesseis mil juízes, o que exige soluções de natureza coletiva para conferir a eficácia adequada ao postulado constitucional da razoável duração do processo e ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

O habeas corpus coletivo, na visão do tribunal, homenageia a tradição brasileira de conferir a maior amplitude possível ao remédio constitucional e decorre mesmo do disposto no art. 654, § 2º, do CPP, que possibilita aos juízes e tribunais a concessão de ordem de ofício quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. Além disso, não se pode ignorar que a impetração coletiva é harmoniosa com as disposições do art. 580 do CPP,

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

que, ao tratar dos recursos, permite a extensão dos efeitos a todos os corréus, desde que os fundamentos da decisão não sejam de caráter exclusivamente pessoal.

O que preocupa os operadores do Direito, em especial o Ministério Público brasileiro, tem sido a banalização do instrumento. O STJ, em recentes decisões, surpreendeu a todos ao transformar HCs individuais em coletivos. Urge, portanto, a criação e divulgação de regras para o manejo do writ, nessa sua nova versão. É o que busca a CONAMP.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Inadimplemento da pena de multa e impossibilidade de extinção da punibilidade

STJ- AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.858.074 - SP

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ADI N. 3.150/DF. SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.519.777/SP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3.150/DF, decidiu que a Lei n. 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. 5.º, inciso XLVI, alínea c, da Constituição da República. 2. À luz do entendimento consolidado na Corte Suprema, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça posicionaram-se no sentido de que, uma vez estabelecido o caráter de sanção penal da multa, não é possível considerar extinta a punibilidade do agente até que ela tenha sido adimplida. Desse modo, está superado o entendimento firmado no Recurso Especial Repetitivo n. 1.519.777/SP. 3. Agravo regimental desprovido.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Devemos recordar os colegas que 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

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

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.

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.

O TJ de SP vem seguindo esse novel entendimento, como se percebe do julgado abaixo:

TJSP- Agravo em Execução Penal nº 0000388-82.2020.8.26.0233

Agravo em Execução Extinção da punibilidade do agravado, em relação a pena de multa, independentemente do seu pagamento, com a consequente extinção da execução criminal Sentenciado condenado como incurso no artigo 155, §§ 1º e 4º, inciso I, do Código Penal, à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo. Recurso Ministerial buscando a cassação da r. decisão e citação do sentenciado para pagamento da multa. Extinção da punibilidade que se dá somente após o cumprimento da pena privativa de liberdade (ou da pena alternativa) e também da pena de multa O art. 51, do Código Penal (inserido pela Lei nº 13.964/19, publicada no dia 24 de dezembro de 2019, vigorando a partir do dia 23 de janeiro de 2020) estabelece expressamente que a multa será executada perante o MM. Juízo das Execuções Criminais. Entendimento perfilhado pelo Pretório Excelso no sentido de que a redação do artigo 51 do Código Penal, teve o escopo de tão somente afastar a conversão da multa inadimplida em pena privativa de liberdade, sem, no entanto, retirar a natureza penal que lhe é inerente, por força do artigo 5º, inciso XLVI, alínea "c", da Constituição Federal. Plenário do Supremo Tribunal Federal, contrariando a Súmula 522 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que, por ocasião do julgamento da ADI nº 3.150 e da 12ª Questão de ordem da Ação Penal nº 470, no dia 13 de dezembro de 2018, por maioria de votos, firmou que, em razão da natureza penal da multa, a sua cobrança passa a ser realizada preferencialmente pelo Ministério Público, com legitimação subsidiária da Fazenda Pública, na hipótese de inércia do Parquet, o que

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

não é o caso dos autos - Informativo nº 927 do STF Precedentes desde Egrégio Tribunal de Justiça. Recurso Ministerial provido para cassar a declaração de extinção da punibilidade do agravado, bem como determinar a sua citação para que efetue o pagamento da pena de multa.

Data da publicação: 22/10/2020

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Controvérsia quanto ao enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional – tráfico ou porte de droga para consumo pessoal – tráfico e associação para o tráfico

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 1502xxx-1x.2020.8.26.05x8 – MM. Juizado Especial Criminal da Comarca de Campinas

Suscitante: 32º Promotor de Justiça de Campinas

Suscitado: 5º Promotor de Justiça de Campinas

Assunto: controvérsia quanto ao enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional – tráfico ou porte de droga para consumo pessoal – tráfico e associação para o tráfico

Cuida-se de investigação penal instaurada para apurar fato ocorrido no dia 10 de agosto de 2020, por volta das 11h20min, na Rua Doutor Ricardo, 566, Vila Industrial, na cidade e comarca de Campinas, ocasião em que agentes policiais civis deram voz de prisão em flagrante ao investigado V.G.C.L., por tráfico ilícito de drogas, apurando-se que os policiais fizeram campana nas imediações

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

do local, perceberam a prática de atos típicos de mercancia criminosa e lograram êxito em abordar um dos homens que realizava a venda, identificando-o como o acusado V.. Em revista pessoal, localizaram em seu bolso 05 porções de *crack*, composto à base de cocaína, além da importância de R\$ 54,00 (cinquenta e quatro) reais em dinheiro, em notas diversas. Depois, por fotografia, identificaram E.M.S.S. como o segundo homem que acompanhava V. na ocasião.

Efetuadas pesquisas, verificou-se que V. havia sido preso em flagrante delito no dia 03 de agosto de 2020, pela prática do crime de tráfico, em companhia de E.M.S.S. (cf. fls. 1/9).

A prisão em flagrante foi relaxada, determinada a expedição de alvará de soltura clausulado (cf. fls. 67).

A Douta Promotora de Justiça em exercício perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Campinas, por considerar os elementos reunidos insuficientes para a persecução criminal em juízo pelo delito de tráfico de drogas, apontou para a figura do art. 28, da Lei nº 11.343/06, e por isso requereu a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal (cf. fls. 91/92).

Foi determinada a redistribuição (cf. fls. 93).

A Douta Promotora de Justiça recipiente, porém, que atua perante o Juizado Especial Criminal de Campinas, discordou da remessa e suscitou conflito negativo de atribuição, tendo em vista que há elementos suficientes para a imputação de tráfico ilícito de drogas, considerando o relatório policial de fls. 34/38, a natureza do entorpecente, o dinheiro encontrado sob poder do investigado e, ainda, o registro de prisão em flagrante, pelo mesmo crime, com participação do mesmo indivíduo (autos com denúncia oferecida, de nº 1506409-66.2020), de modo que não concluiu que a droga apreendida com VICTOR era para seu consumo pessoal, e sim para entrega ao consumo de terceiros (cf. fls. 115/116).

Foi determinada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, para resolução do impasse (cf. fls. 122).

É o relato do necessário.

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, cumprindo reconhecer estar devidamente configurado o incidente supramencionado 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, que 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 oficiar nos autos.

Pois bem.

Com razão a Douta Promotora de Justiça Suscitante, com a máxima vênia da Ilustre Suscitada.

Policiais civis faziam campana nas imediações do local em que se desenrolava o tráfico de drogas, presenciaram atos típicos da mercancia ilegal e abordaram o acusado V., com o qual apreenderam 5 porções de *crack* e 54 reais em dinheiro, em cédulas diversas. Consta que os agentes, por fotografia, identificaram E.M.S.S. como o segundo indivíduo que acompanhava o acusado V. por ocasião dos fatos.

A materialidade do crime é comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 12/13, assim como pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 84/86, conclusivo quanto à presença de cocaína no material apreendido.

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro

-2020 -

Há indícios de autoria que recaem sobre o investigado V., identificado, na ocasião, como aquele que fazia a venda de drogas, consoante se extrai dos relatos prestados pelos agentes policiais civis KM e RC (cf. fls. 02/03/04), juntamente com o outro investigado, E.M.S.S., mesma pessoa que exercia a traficância juntamente com V. no dia 03 de agosto passado.

Ambos agiam, portanto, associados para o fim de praticar reiteradamente o crime de tráfico ilícito de drogas (art. 35, da Lei nº 11.343/06).

E, de fato, conforme ressaltado pela Douta Promotora de Justiça Suscitante, poucos dias antes, aos 03 de agosto de 2020, o acusado V. foi preso em flagrante delito por tráfico de drogas, juntamente com E.M.S.S., conforme denúncia já oferecida nos autos 1506xxx-6x.2020.8.26.0114 (cf. fls. 117/121).

Nesse contexto, há base suficiente, portanto, para a propositura de ação penal pelos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico em face de V. e de E., evidenciada a reiteração de ambos na conduta criminosa (arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06).

Ante o exposto, conhece-se do presente incidente para declarar que a atribuição para intervir nos autos compete à Douta Suscitada, DD. 5ª Promotora de Justiça de Campinas, que atua perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Campinas.

Porém, visando evitar menoscabo ao princípio da independência funcional, haja vista a capitulação delitiva diversa por ela vislumbrada, designa-se outro Promotor de Justiça para intervir nos autos, oferecer denúncia e prosseguir nos demais termos da ação penal, até final decisão.

Faculta-se ao Ilustre Promotor de Justiça designado observar o disposto no art. 4-A da Resolução n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução n.º 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria, designando o substituto automático.

Boletim Criminal **Comentado** 117- Novembro
-2020 -

São Paulo, 5 de novembro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº118,11/2020
(semana nº 3)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

AVISOS

1 - O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e por solicitação do Secretário de Políticas Criminais, AVISA aos senhores Procuradores e Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo “que, tendo em vista o disposto no artigo 23, parágrafo único, da Lei 13.431/2017 (Lei do Depoimento Especial), o Enunciado nº 22 (004/2015) da COPEVID e novo entendimento do STJ, foi revisto o entendimento anterior para constar que, no âmbito da Comarca da Capital, a competência do SANCTVS prevalece sobre a das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para crimes contra a dignidade sexual com vítimas do sexo feminino menores de 14 anos de idade, em razão de sua vulnerabilidade”.

2 – Foi publicada pelo CNMP a **Resolução nº 221, de 11 de novembro de 2020**, que dispõe sobre a atuação do Ministério Público na audiência de custódia, incorpora as providências de investigação referentes ao Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e dá outras providências.

Clique [aqui](#) para ter acesso

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: A conversão da prisão em flagrante em preventiva no período eleitoral²

EMENTA: 1.1. Flagrante delito: uma prisão autofágica. 1.2. A (im)possibilidade de conversão ex officio do flagrante em preventiva. 1.3. A conversão da prisão em flagrante em preventiva no período eleitoral. 1.4. A não recepção do artigo 236 do código eleitoral, 1.5. As prisões possíveis no período eleitoral. 1.6. Uma conclusão inevitável.

1. FLAGRANTE DELITO: UMA PRISÃO AUTOFÁGICA

Por ser o flagrante delito uma medida pré-cautelar, o mesmo não subsiste por si só, o flagrante se autodestrói, devendo o Juiz após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente, entre outras hipóteses:

“Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”. (Artigo 310 do Código de Processo Penal).

1.2.A (IM)POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EX OFFICIO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a atual processualística acerca da persecução penal sofreu inúmeras alterações, dentre elas, revogou trechos do CPP que previam a possibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio*. Vejamos:

Antes do advento da referida Lei, o § 2º do art. 282, do Código de Processo Penal, constava a seguinte redação: *“As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”.*

² Artigo escrito por Francisco Dirceu de Barros, Procurador-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco, Vice-Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União – CNPG, Região Nordeste, vice presidente do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOOC), Coordenador do Grupo Nacional de Apoio as Coordenadorias Eleitorais

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

Atualmente, com a entrada em vigor do Pacote Anticrime, o § 2º do art. 282, do Código de Processo Penal, passou a vigorar com a seguinte redação:

“As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”.

Com as referidas alterações, podemos concluir o seguinte: com base na redação anterior do art. 282, § 2º do CPP, a posição majoritária era a de que, na fase do inquérito policial, o juiz não estaria autorizado a decretar a prisão *ex officio*, fazendo-se a formulação de pedido ou requerimento. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência apontavam uma exceção, qual seja, a conversão do flagrante em prisão preventiva. Já na fase judicial, a posição majoritária era no sentido de se permitir que o juiz decretasse a prisão preventiva *ex officio*. Tal entendimento via-se cristalizado no § 2º do art. 282, do Código de Processo Penal.

Pacelli complementa: “No entanto, como à prisão em flagrante se seguirá a audiência de custódia, sob pena de relaxamento da prisão, **o Ministério Público sempre estará presente ao ato e deverá se manifestar sobre a decretação ou não da preventiva**. Da mesma forma, também é permitido que o juiz – de ofício! – em desaparecendo os motivos da decretação, revogue a preventiva (ou as medidas cautelares impostas) ou substitua-a por outra cautelar menos gravosa, segundo a lógica do art. 282, § 5º, CPP³”.

Idaga-se, no entanto, se pós a entrada e vigor da Lei nº 13.964/2019, o juiz ainda poderia conceder medidas cautelares *ex officio*?

A resposta só pode ser negativa, porquanto, o Pacote Anticrime alterou a redação do § 2º do art. 282 do CPP e elidiu com a possibilidade.

E as referidas alterações que atingiram a sistemática das medidas cautelares não ficaram por aí. No mesmo ponto, o art. 311, do Código de Processo Penal também sofreu alterações significativas. Antes da referida lei, o art. 311 nos apontava a seguinte redação: *“Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a*

3 PACELLI, Eugênio Curso de Processo Penal / Eugênio Pacelli. – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 1319.

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Ocorre que, atualmente, o aludido artigo nos traz a seguinte redação:

“Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Portanto, a conclusão e a de que foi excluída expressamente a possibilidade que antes existia antes de que o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (sem requerimento).

Outro ponto de ordem prática circunda na possibilidade, ou não, de o juiz, depois das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime – (Lei nº 13.964/2019), converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁴ ensinam que:

“No curso das investigações criminais não é dado ao juiz decretar qualquer medida cautelar de ofício, eis que a legitimidade para pleiteá-las se reconhece, apenas, à autoridade policial, por meio de representação, ou ao Ministério Público, através de requerimento. Contrario sensu, quando já deflagrada a ação penal, o legislador admitia a decretação das medidas de ofício pelo juiz, independentemente de pedido das partes nesse sentido. A Lei 13.964/19 alterou a redação deste dispositivo (bem como do art. 311), proibindo o juiz decretar qualquer medida cautelar sem provocação, seja na fase da investigação, seja na fase do processo. Rende-se, assim, obediência ao sistema acusatório”.

Só nos resta a análise o tema de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, face a entrada em vigor da Lei 13.964/2019.

Até o momento, tanto o STF quanto o STJ têm posicionamentos diversos acerca do tema:

STJ: Sim. a) Embora o art. 311 do CPP aponte a impossibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo Juízo, é certo que, da leitura do art. 310, II, do CPP, observa-se que cabe ao Magistrado, ao

4 Cunha, Rogério Sanches e Pinto, Ronaldo Batista, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados – artigo por artigo. 4 ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 864.

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

receber o auto de prisão em flagrante, proceder a sua conversão em prisão preventiva, independentemente de provocação do Ministério Público ou da Autoridade Policial, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP, não havendo falar em nulidade quanto ao ponto. STJ. 5ª Turma. HC 539.645/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 18/08/2020. **b)** O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código, não havendo falar em nulidade. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 577.739/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/05/2020.

STF: Não. Não é possível a decretação “ex officio” de prisão preventiva em qualquer situação (em juízo ou no curso de investigação penal), inclusive no contexto de audiência de custódia, sem que haja, mesmo na hipótese da conversão a que se refere o art. 310, II, do CPP, prévia, necessária e indispensável provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, § 2º, e do art. 311, ambos do CPP, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio requerimento das partes ou representação da autoridade policial. Logo, não é mais possível, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação ‘ex officio’ do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz do art. 282, § 2º e do art. 311, significando que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. STF. 2ª Turma. HC 188888/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 06/10/2020.

3.3. A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA NO PERÍODO ELEITORAL

A problemática atual é elucidar esta indagação: **nos dias que antecedem as eleições é possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva?**

O fato complexo e pouco explorado na doutrina é oriundo do artigo 236 do Código Eleitoral que preconiza:

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

*§ 1º Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, **não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.***

§ 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

Só podemos entender o alcance da norma jurídica visualizando-a por seu lado prático.

Tício, perigoso assaltante, acusado de vários roubos, triplo homicídio e dois estupros, estava foragido com prisão preventiva decretada, mas apareceu para votar nas eleições de 2020. Populares ligaram para a delegacia e a resposta do delegado foi uma só:

“Não há flagrante delito, não há sentença criminal condenatória por crime inafiançável e nem desrespeito a salvo-conduto, portanto, só podemos prendê-lo 48h após a eleição”.

O outro problema é alguém matar um cidadão nos dias que antecedem as eleições, ser preso em flagrante, **pois profissionais do direito estritamente legalistas aplicam o art. 236 do Código Eleitoral em seu sentido literal, sem compatibilizá-lo com a Constituição Federal.**

A aplicação literal do artigo 236 do Código Eleitoral, terá duas consequências imediatas:

- a) As prisões preventivas decretadas não podem ser efetivadas;
- b) A prisão em flagrante não poderá ser convertida em preventiva.

3.4. A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

Dizia Carlos Maximiliano:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.”⁵

5 SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. São Paulo: Forense, 2005. p. 136.

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

Neste contexto, entendo que a esdrúxula imunidade formal prisional prevista no art. 236, §1º, não foi recepcionada pela nova Constituição Federal, porque o ordenamento jurídico máximo, ao permitir alguns tipos de prisões, textualmente, excepcionou algumas situações e em nenhum momento se referiu às prisões em período eleitoral.

O inciso LXI do art. 5º da CF/88 foi taxativo:

“Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

O flagrante delito ou a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente são institutos autorizados pela Constituição Federal, portanto, uma norma **infraconstitucional não pode retirar a sua eficácia.**

É ilação plenamente lógica que, se a prisão estiver em consonância com a Constituição Federal, poderá ser executada, **mesmo em época de eleição, não sendo juridicamente possível ser alegada a sua ilegalidade.**

Seria uma grande excrescência jurídica uma prisão preventiva, leia-se: **“uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”**, não poder ser executada porque a legislação infraconstitucional não permite algo que é autorizado pela Constituição Federal.

Insta ainda acentuar que o Código Eleitoral também não foi recepcionado pela Constituição Federal quando permite a prisão em “virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável” e não exige o trânsito em julgado da sentença condenatória, algo que, em realidade, atenta contra o princípio da não culpabilidade antecipada.

Em realidade, a prisão em virtude de sentença criminal condenatória só será juridicamente viável se presentes os requisitos da prisão preventiva; é a conclusão imperativa da leitura do art. 492, I, alínea e, *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;

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

Quanto à decisão de pronúncia, defendemos, no livro “Manual do Júri -Teoria e Prática”, Editora JH Mizuno, que:

Antes da reforma, o STJ tinha defendia que: ‘Nos processos da competência do Tribunal do Júri, a prisão do réu é efeito legal da pronúncia, não havendo falar em constrangimento, se o decisum se ajusta à letra do art. 408 do Código de Processo Penal. Recurso improvido’, hoje, no sistema processual penal vigente, não vigora mais o princípio da prisão obrigatória em decorrência da sentença de pronúncia. Entretanto, a revogação da prisão preventiva, na fase de pronúncia, não é direito subjetivo do acusado. O Código de Processo Penal preconiza que o juiz eleitoral decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Denota-se que a prisão no dia da eleição também pode ser originária, não de uma sentença condenatória e sim da própria decisão de pronúncia, presentes os requisitos da prisão preventiva.

Portanto, a solução será fazer uma interpretação conforme a Constituição Federal, é dizer, o juiz ou o Tribunal deve, na análise do caso concreto, declarar qual das possíveis interpretações revela-se compatível com a Lei Fundamental.

No mesmo sentido é a doutrina de José Joel Cândido: “Hoje, com a vigência do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, o art. 236 e §1º, do Código Eleitoral, está revogado. Mesmo fora daqueles períodos ninguém pode ser preso, a não ser nas exceções mencionadas na lei. E pelas exceções constitucionais a prisão será legal, podendo ser efetuada mesmo dentro dos períodos aludidos no Código Eleitoral. Em resumo: se a prisão não for nos moldes da Constituição Federal, nunca poderá ser efetuada; dentro dos limites da Constituição Federal pode sempre ser executada, mesmo em época de eleição. E se a ação do agente for manifestamente com escopo eleitoral, eleitoral será o crime; caso contrário, o crime será comum”.⁶

Marcus Vinicius Furtado Coêlho: “Por ser o Código Eleitoral uma norma infra-constitucional, para a devida interpretação deve-se sempre orientar-se pela Constituição Federal, a qual, em seu art. 5º, LXI, estabeleceu que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e

6 (CÂNDIDO, Joel J. Direito Eleitoral Brasileiro. 7ª edição. Bauru: Edipro, 2010, p. 309).

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.⁷

3.5. AS PRISÕES POSSÍVEIS NO PERÍODO ELEITORAL

Assim, em uma interpretação, conforme a Constituição Federal, podemos dizer que será possível sete tipos de prisões no período eleitoral:

- a) Prisão em flagrante (agora pré-cautelar);
- b) Prisão preventiva;
- c) Prisão oriunda de sentença criminal condenatória transitada em julgado;
- d) Prisão por recaptura de réus;
- e) Prisão originária da decisão de pronúncia, presentes os requisitos da prisão preventiva.
- f) Por fim, a prisão por desrespeito a salvo-conduto.
- h) Prisão temporária por crimes que não seja eleitoral.

Insta acentuar que, no Direito Eleitoral, é inadmissível a prisão temporária, porque a Lei nº 7.960/89 não elenca em seus dispositivos nenhum crime eleitoral.

No Congresso Nacional tramita o Projeto de Lei nº 7.573/062 (*Projeto de autoria do Deputado Fernando de Fabinho*), propondo a revogação do art. 236 do Código Eleitoral, *in verbis*:

PROJETO DE LEI Nº 7.573/2006

Revoga o art. 236 do Código Eleitoral.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei revoga o art. 236 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, de maneira a relativizar o princípio do direito de voto diante do princípio da segurança da sociedade, permitindo em todo o território nacional a prisão dos cidadãos, mesmo no período compreendido entre os cinco dias que antecedem e as quarenta e oito horas que se sucedem à eleição.

Art. 2º Revogue-se o art. 236 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

O princípio da proporcionalidade é usado com muita propriedade na justificativa do Projeto de Lei:

⁷ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Direito Eleitoral e Processo Eleitoral. Direito Penal Eleitoral e Direito Político. 2ª edição. São Paulo: Renovar, 2010, p. 473.

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

(...) sopesando o direito de voto e o direito de segurança da sociedade contra os indivíduos que atentam contra os valores que lhe são caros, o legislador preferiu o primeiro, estabelecendo algumas exceções. No entanto, passadas mais de quatro décadas da entrada em vigor da norma e vivendo nós hoje em um mundo muito mais violento, penso que não mais se justifica tal garantia eleitoral. O livre exercício do sufrágio há de ser garantido de outra forma, mas não mais dando um salvo-conduto de uma semana a inúmeros criminosos, para que circulem tranquilamente no período das eleições.

3.6. UMA CONCLUSÃO INEVITÁVEL

Em conclusão, embora o Código Eleitoral só permita, cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, a prisão em flagrante delito, a prisão em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável e a prisão por desrespeito a salvo-conduto, podemos afirmar que qualquer prisão realizada no período supracitado, dentro dos limites da Constituição Federal, pode sempre ser executada.

Portanto, é plenamente possível a conversão do flagrante em prisão preventiva nos dias que antecedem as eleições.

2-Tema: Licitude da audiência virtual

TJSP- Correição Parcial nº 2219572-26.2020.8.26.0000

CORREIÇÃO PARCIAL Roubo simples (artigos 157, “caput”, c.c. 61, II, “f”, do Código Penal) Recebimento e manutenção da denúncia. Ausência das hipóteses de absolvição sumária (CPP, art. 397). Decisão que deixou de designar audiência, condicionando a realização do ato à retomada das atividades presenciais no Poder Judiciário. Impossibilidade. Evento futuro e incerto. Superveniência da pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19), que encerra gravíssima questão de ordem pública e autoriza a realização dos atos processuais por videoconferência. Inteligência do disposto no Provimento CSM nº 2.564/2020 e Comunicado Conjunto nº 581/2020. Possibilidade de realização, em caráter excepcional, dos atos processuais de forma presencial ou mista 'Error in procedendo' evidenciado Correição provida para cassar a decisão que deixou de designar audiência de instrução, debates e julgamento e determinar que o Magistrado corrigido, nos termos do artigo 399 do Código de Processo Penal, designe data para a realização do ato na modalidade telepresencial (por videoconferência) ou, de forma justificada, determine a realização da audiência integralmente presencial ou mista.

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

Clique [aqui](#) (acórdão enviado pelo Dr Leonardo Vargas Pereira)

3-Tema: Tráfico Privilegiado e regime aberto- HC nº 596.603-SP

A incidência da causa de diminuição da pena do §4º., do art. 33, da Lei de Drogas, pode ser balizada pela natureza e pela quantidade da droga (art. 42), que podem não só influenciar na extensão da redução como também podem mesmo obstá-la, como vem decidindo o STJ:

“2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organizações criminosas. 3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes” (HC 400.528/SP, DJe 18/08/2017).

Note-se, no entanto, algo importantíssimo: as circunstâncias do art. 42 devem ser utilizadas na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, ou seja, o juiz tem a opção de, na primeira etapa, utilizar a natureza e a quantidade da droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal, ou de, na terceira fase, considerar a natureza e a quantidade para dosar a fração de diminuição ou para afastar o benefício. Não é possível utilizar o mesmo expediente nas duas fases porque, segundo decidiu o STF em sede de repercussão geral, há bis in idem:

“Cumpru destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem. No presente caso, o Juiz de 1º grau, ao realizar a fixação da pena, levou em consideração a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para elevar a pena do recorrente, o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte. Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena” (ARE 666.334 RG/AM, DJe 06/05/2014 – trecho do voto do min. Gilmar Mendes).

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

É motivo para a não incidência da minorante o fato de o agente responder a inquéritos ou a ações penais. O mesmo ocorre quando o agente já teve uma condenação anterior por crime de porte de drogas. Neste sentido já decidiu o STJ:

“A condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 16 da Lei n. 6.368/1976 é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida Lei, uma vez que, segundo entendimento firmado nesta Corte, não houve a descriminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio, com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas apenas a despenalização. (...) 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, fixando a pena final em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, mantido o regime inicialmente fechado” (HC 360.123/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016).

Sabe-se que, na aplicação da pena, o juiz só pode considerar maus antecedentes as condenações transitadas em julgado. Não é possível exasperar a pena com fundamento em inquéritos policiais e em ações penais em andamento (súmula nº 444 do STJ). No entanto, a Terceira Seção do STJ firmou o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa de diminuição de pena no tráfico sob o argumento da dedicação do agente a atividades criminosas. De acordo com o tribunal – cujas 5ª e 6ª Turmas eram divergentes –, o fato de o agente ser investigado ou réu em outros feitos criminais não impossibilita automaticamente a aplicação da minorante, mas tampouco impede que o juiz deixe de aplicá-la se, analisando as circunstâncias, considerar que o agente não faz jus ao benefício legal. A cláusula de diminuição de pena não pode ser aplicada de forma desmedida, pois se destina a beneficiar somente aqueles que praticaram de forma eventual o crime de tráfico (REsp 1.431.091/SP, j. 14/12/2016).

No que se refere a reincidência, que não precisa ser específica, prevalece o entendimento de que ela pode desempenhar dupla função e, portanto, ser utilizada como agravante genérica e, ao mesmo tempo, para afastar a causa especial de diminuição da pena. Não há que se falar em violação à proibição do bis in idem porque, neste caso, a circunstância da reincidência tem papéis jurídicos distintos e pode ser utilizada em ambas os momentos. Assim entende o STJ:

“A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.” (AgRg no HC 468.578/MG, j. 19/02/2019)

Questão interessante diz respeito à aplicação da causa de diminuição de pena em favor do agente que serve de transportador da droga (o conhecido “mula”). Há quem sustente que o fato é

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

indicativo bastante de participação em organização criminosa, fator impeditivo da minorante. O STJ tem tanto decisões nas quais aplica a minorante quanto outras nas quais a afasta, sempre considerando o caso concreto. Em síntese, o tribunal não considera que o fato de o agente servir de transportador da droga caracterize uma presunção absoluta de que integra a organização criminosa à qual esteja servindo. São as circunstâncias da prática criminosa que indicam a extensão de sua colaboração. E, note-se, este papel pode servir inclusive para balizar a quantidade da diminuição da pena, caso a minorante seja aplicada:

“A condição de agente colaborador de crime organizado no tráfico internacional de drogas (“mula”) constitui fundamento idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, razão pela qual é válida a aplicação do percentual de redução em 1/6, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes” (AgRg no REsp 1.354.656/SP, DJe 18/08/2017).

“2. Em consonância com o entendimento desta Quinta Turma, foi ressaltado que a simples atuação do indivíduo flagrado no transporte eventual de droga alheia (“mula”) não pode levar à conclusão de que integre organização criminosa para efeito de afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 3. Todavia, a referida minorante foi afastada pois, no caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de prova, que o réu “não se trata indivíduo que se apresente totalmente desvinculado de organizações criminosas ou sobre quem não parem indicativos de que tenha como meio de vida a dedicação ao crime, notadamente em razão “das anotações de viagens anteriores havidas no passaporte do acusado, viagens estas de curta duração (Azerbaijão – 1 semana; Geórgia – 1 dia) e cujo propósito evidentemente não foi aquele mencionado pelo réu na versão que trouxe à baila em seu interrogatório (procura de um trabalho temporário) tudo a indicar que foram realizadas com o mesmo propósito que a viagem feita ao Brasil e que culminou com sua prisão, ou seja, a traficância de drogas.” 4. Com efeito, “esta Corte tem entendido que a atuação como transportador de droga, aliada à presença de elementos que demonstram, concretamente, a vinculação com organização criminosa, é fundamento idôneo para afastar a redução aqui pleiteada.” (AgRg no AREsp 736.510/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 10/05/2017)” (AgRg no HC 241.072/SP, DJe 18/08/2017).

Com isso, o tribunal segue o entendimento firmado pelo STF:

“2. Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que o réu integre organização criminosa. Precedentes. 3. O exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga. Precedentes” (HC 134.597/SP, DJe 09/08/2016).

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

É claro que outras circunstâncias podem indicar a dedicação do agente às atividades criminosas. Nesse sentido, já decidiu o STJ que “A apreensão de arma de fogo e munições no contexto do crime de tráfico de drogas afasta a minorante do tráfico privilegiado por evidenciar a dedicação às atividades criminosas” (STJ, AgRg no Ag em REsp 1.682.520, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 18.08.2020).

Abaixo colacionamos duas manifestações do Dr Manoel Maldonado Gonzaga envolvendo o tema em discussão

Clique [aqui](#)

Clique [aqui](#)

4-Tema: Planilha para cálculo de Remição

Clique [aqui](#)

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Justiça estadual deve julgar fraudes pela internet, a partir do exterior, com o uso indevido de marca de joias

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Por unanimidade, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou a competência da Justiça de São Paulo para julgar ação penal contra pessoas que estariam usando indevidamente uma marca brasileira de joias para praticar “golpes” por meio das redes sociais.

Em representação à Polícia Civil de São Paulo, a empresa proprietária da marca alegou que estaria sendo vítima de crimes contra a propriedade intelectual em mensagens postadas nas redes sociais ou encaminhadas por WhatsApp e e-mail, e pediu que fosse iniciada uma investigação.

De acordo com o inquérito policial, a fraude seria praticada por internautas localizados em outros países. Com as mensagens na internet – que normalmente simulavam promoções da marca –, eles atraíam pessoas para páginas falsas e tentavam induzi-las a fazer operações financeiras.

Por entender que o processo discutia delitos transnacionais praticados no exterior pela internet, o juiz de Santana de Parnaíba (SP), vinculado ao tribunal estadual, encaminhou os autos para a Justiça Federal, a qual suscitou o conflito de competência. Para o juízo federal, os crimes em apuração não afetavam interesses da União; além disso, o uso da internet, por si só, não seria suficiente para justificar a sua competência.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A relatora do conflito, ministra Laurita Vaz, ressaltou que, no CC 163.420, a Terceira Seção reconheceu a competência da Justiça Federal não apenas no caso de haver efetivo acesso da publicação na internet por pessoa localizada no exterior, mas também nas hipóteses em que a amplitude do meio de divulgação permita o acesso internacional.

Por outro lado, a ministra também lembrou que o Supremo Tribunal Federal (STF), no RE 628.624, decidiu que a competência da Justiça Federal para julgamento de crimes depende do preenchimento de três requisitos essenciais e cumulativos: que o fato esteja previsto como crime no Brasil e no exterior; que o Brasil seja signatário de tratado internacional por meio do qual assume o compromisso de reprimir o delito; e que a conduta tenha ao menos começado no Brasil e o resultado tenha – ou devesse ter – ocorrido no exterior, ou de forma recíproca.

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

"No caso, não há elementos probatórios que permitam afirmar que as condutas em apuração são criminalizadas nos países em que a mensagem foi visualizada (até porque esses locais não estão declinados nos autos) e que houve resultado no exterior, com usuários vítimas das fraudes", destacou a ministra, lembrando também que o Brasil não é signatário de tratado internacional em direito comercial que o obrigue a criminalizar violações contra o registro de marcas.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): CC 168775

2-Tema: Teses do STJ sobre falta grave da execução da pena

1) É necessária a individualização da conduta para reconhecimento de falta grave praticada pelo apenado em autoria coletiva, não se admitindo a sanção coletiva a todos os participantes indistintamente.

Nos termos do art. 45, § 3º, da Lei de Execução Penal, estão vedadas as sanções coletivas, desdobramento lógico do princípio constitucional da personalidade da pena (art. 5º, XLV). Por isso, determina o art. 57 que a aplicação das sanções disciplinares deve ser baseada na natureza, nos motivos, nas circunstâncias e nas consequências do fato, bem como na pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Nessa esteira, o STJ firmou a tese de que a sanção imposta em decorrência de falta disciplinar deve ser individualizada. Em seus julgados, no entanto, o tribunal tem destacado a diferença entre sanção de caráter coletivo e imputação de falta em autoria coletiva:

"No caso, não houve sanção coletiva. Com efeito, o Juízo de origem – referendado pelo Tribunal – individualizou a conduta, pois afirmou que o Paciente participou de movimento de subversão da ordem "gritando e batendo nas portas da cela". Ademais, "não se pode confundir 'sanção coletiva' com 'autoria coletiva'. A primeira de fato é vedada pelo ordenamento jurídico. A segunda, entretanto, se configura quando é devidamente apurada a falta e reconhecida a responsabilização de vários apenados na autoria de conduta que configura falta grave e, diante das circunstâncias da infração, acarreta a punição individualizada de todos os envolvidos (AgRg no HC 444.930/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28 /6/2018)" (AgRg no HC 550.514/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 05/03/2020, sem grifos no original)" (AgRg no HC 557.539/SP, j. 26/05/2020).

2) A imposição da falta grave ao executado em razão de conduta praticada por terceiro, quando não comprovada a autoria do reeducando, viola o princípio constitucional da intranscendência (art. 5º, XLV, da Constituição Federal).

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

O princípio da pessoalidade das penas está insculpido no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que dispõe: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Trata-se de desdobramento lógico dos princípios da responsabilidade penal individual, da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade.

Como se percebe, o postulado em estudo representa a impossibilidade de se transferir a pena a terceiros; somente quem tem estrita responsabilidade pode ser penalizado criminalmente. Embora esse princípio esteja diretamente ligado à pena imposta em virtude de condenação pela prática de um crime, pode ser invocado também nas sanções disciplinares aplicadas no âmbito da execução penal, ou seja, somente deve ser sancionado o condenado que tenha efetiva responsabilidade pela falta disciplinar:

“1. O reconhecimento da prática de falta grave em razão, tão somente, de conduta praticada por visitante de estabelecimento prisional, sem a demonstração de elementos concretos que evidenciem o conluio do apenado recluso, viola o princípio constitucional da intranscendência (art. 5.o , inciso XLV, da Constituição da República), o qual preconiza que ninguém pode ser responsabilizado por ato praticado por terceira pessoa. 2. No caso, a autoridade administrativa e os órgãos do Poder Judiciário concluíram que houve a prática de falta grave por parte do Paciente com base, unicamente, no fato de que a tentativa de introdução do aparelho de telefonia celular no estabelecimento prisional foi realizada por sua companheira/visitante. Em nenhum momento foram apresentados fatos ou provas capazes de demonstrar, concretamente, que o Apenado estava em conluio com a visitante ou que, ao menos, tinha conhecimento da tentativa de introdução do objeto no presídio” (AgRg no HC 567.191/SP, j. 19/05/2020).

3) A desobediência aos agentes penitenciários configura falta de natureza grave, a teor da combinação entre os art. 50, VI, e art. 39, II e V, da Lei de Execuções Penais.

O art. 39 da Lei de Execução Penal estabelece os deveres do preso. De acordo com o inciso II, é obrigação do condenado obedecer o servidor e respeitar qualquer pessoa com quem se relacione. O preso, que não deixa de estar em uma comunidade (a carcerária), deve obedecer as regras e respeitar as pessoas com quem mantenham contado, servidoras públicas ou não. E, nos termos do inciso V, o condenado deve executar o trabalho, as tarefas e as ordens recebidas. São, como se nota, obrigações que contribuem para a manutenção da disciplina e da ordem internas.

Caso o condenado se recuse a cumprir esses deveres, o art. 50, inc. VI é taxativo: comete falta grave (e, a depender da situação, pode haver crime de desobediência ou de resistência). Nesse sentido é a tese firmada pelo STJ:

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

“1. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento no sentido de que a desobediência/desrespeito aos agentes penitenciários, com subversão da ordem e disciplina carcerárias, constitui-se em falta grave, a teor do art. 50, VI, c/c o art. 39, II e V, ambos da Lei de Execuções Penais. 2. Na hipótese vertente, conforme ressaltado pela Corte de origem: *...+ De acordo com a sindicância reproduzida às fls. 2/47, no dia 24.9.2018, durante o cumprimento de sua pena carcerária, MARCELO e o sentenciado Marcos Aurélio Pires Ribeiro deixaram de se recolher à cela habitacional no horário da tranca, xingando agentes de segurança penitenciária que estavam no local. Interrogado, MARCELO admitiu a imputação, esclarecendo que visava proteger sua integridade física, pois estava sendo ameaçado de morte por detentos da unidade prisional (fl. 15). As testemunhas Jean Cario Prudente Aquino Silva e Sílvio Sérgio Bittencourt, ambos agentes de segurança penitenciária, confirmaram a infração disciplinar, esclarecendo que MARCELO e o detento Marcos não só desobedeceram ordem legal no sentido adentrar a cela habitacional na ocasião dos fatos. como ainda desrespeitaram servidores públicos, xingando-os com palavras de baixo calão. *...+ 3. Registre-se decisão deste Tribunal no sentido de que A prova oral produzida, consistente em declarações coesas dos agentes de segurança penitenciária se mostraram suficientes para a caracterização da falta como grave (...). A Jurisprudência é pacífica no sentido de inexistir fundamento o questionamento, a priori, das declarações de servidores públicos, uma vez que suas palavras se revestem, até prova em contrário, de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral. (HC n. 391170, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, julgado em 1º/8/2017, publicado em 7/8/2017). Na mesma linha de entendimento: HC n. 334732, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 17/12/2015, publicado em 1º/2/2016” (AgRg no HC 550.207/SP, j. 18/02/2020).

4) A inobservância do perímetro estabelecido para monitoramento de tornozeleira eletrônica configura falta disciplinar de natureza grave, nos termos dos art. 50, VI, e art. 39, V, da LEP.

Como vimos nos comentários à tese anterior, é dever do condenado executar o trabalho, as tarefas e as ordens recebidas (art. 39, inc. V). Quem descumprir esse dever, comete falta grave (art. 50, inc. VI).

Nos casos de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico (art. 146-B, inc. IV), é imposta ao agente a obrigação de respeitar determinado limite espacial de deslocamento. Caso o monitorado desrespeite a ordem, comete falta grave, que acarreta a revogação do benefício:

“1. Nos termos do art. 146-C, I, da LEP, o apenado submetido a monitoramento eletrônico tem que observar as condições e limites estabelecidos para deslocamento. Ao violar a zona de monitoramento e romper a tornozeleira, o apenado desrespeitou ordem recebida, o que configura a falta grave tipificada no art. 50, VI, c/c o art. 39, V, ambos da LEP, nos termos da jurisprudência

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

deste Tribunal Superior. Precedentes (HC n. 438.756/RS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJE 11/6/2018). 2. Agravo regimental improvido” (AgRg no HC 465.558/RS, j. 18/08/2020).

“A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que inobservar as ordens recebidas (art. 39, V, da LEP), como é a hipótese de violação da zona de monitoramento” (AgRg no AREsp 1.704.010/TO, j. 04/08/2020).

5) A utilização de tornozeleira eletrônica sem bateria suficiente configura falta disciplinar de natureza grave, nos termos dos art. 50, VI, e art. 39, V, da LEP.

Se o condenado utiliza a tornozeleira eletrônica, mas não adota os cuidados necessários para mantê-la em funcionamento, sua omissão equivale à violação do equipamento, que fica impedido de cumprir sua função. Por isso, há falta grave:

“O acórdão do Tribunal de origem encontra-se alinhado ao entendimento deste Superior Tribunal de Justiça de que a utilização de tornozeleira eletrônica sem bateria configura falta grave, nos termos dos arts. 50, VI, e 39, V, ambos da LEP, pois o apenado descumpra a ordem do servidor responsável pela monitoração, para manter o aparelho em funcionamento, e impede a fiscalização da execução da pena” (AgRg no AREsp 1.569.684/TO, j. 10/03/2020).

6) O rompimento da tornozeleira eletrônica configura falta disciplinar de natureza grave, a teor dos art. 50, VI e art. 146-C da Lei n. 7.210/1989 – LEP.

Se o descumprimento do perímetro imposto e a utilização da tornozeleira sem carga de bateria configuram falta grave, com muito mais razão deve ser punido o rompimento do equipamento de fiscalização, atitude que pode ser equiparada à fuga do condenado:

“Adequada a regressão de regime determinada em razão da prática de falta grave, consubstanciada na evasão do regime semiaberto e no rompimento da tornozeleira eletrônica” (AgRg no HC 594.828/SP, j. 13/10/2020).

“II – Nos termos do art. 146-C, II, da LEP, o apenado submetido ao monitoramento eletrônico tem que observar o dever de inviolabilidade do equipamento, no caso a tornozeleira eletrônica, não podendo remover, violar, modificar ou danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração, ou mesmo permitir que outrem o faça. III – Ao romper a tornozeleira eletrônica, o paciente praticou conduta que configura a falta grave, que pode ser equiparada, em determinadas hipóteses, à própria fuga, conforme previsto no art. 50, II, ou na inobservância das ordens recebidas, a teor do art. 50, VI, c.c. o art. 39, V, c.c. o art. 146-C, todos da Lei de Execução IV – Na hipótese em apreço, o eg. Tribunal a quo, de forma fundamentada, considerou a conduta praticada equivalente à própria fuga (art. 50, II, LEP), considerando o fato de que, ao romper o equipamento,

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

o paciente permaneceu sem fiscalização por aproximadamente 3 (três) anos e 6 (seis) meses, quando foi recapturado” (HC 527.117/RS, j. 03/12/2019).

7) A fuga configura falta grave de natureza permanente, porquanto o ato de indisciplina se prolonga no tempo, até a recaptura do apenado.

8) O marco inicial da prescrição para apuração da falta grave em caso de fuga é o dia da recaptura do foragido.

O art. 50, inc. II, da Lei de Execução Penal insere a fuga no rol dos atos que acarretam punição por falta grave. De acordo com o STJ, essa falta disciplinar tem natureza permanente.

Mas qual a relevância da permanência na esfera das faltas disciplinares?

Quando estudamos os crimes, dizemos que o principal efeito da permanência é a possibilidade de prisão em flagrante a qualquer tempo. Se um indivíduo sequestra alguém para exigir resgate, enquanto a vítima estiver sob seu poder será possível prendê-lo em flagrante.

Essa característica é irrelevante na prática da falta disciplinar, pois a recaptura do fugitivo não tem a natureza de prisão em flagrante. O retorno do condenado à prisão se dá em razão da sentença condenatória que deve ser executada. Há, no entanto, outro aspecto relevante: a prescrição, que, no crime permanente, só começa a correr quando cessa a permanência.

No âmbito das faltas disciplinares, embora a lei não trate de prescrição, o STJ firmou a orientação de que se aplica, por analogia in bonam partem, o prazo do art. 109, inc. VI, do Código Penal. Isso quer dizer que, a partir do momento em que cometida a falta disciplinar, os órgãos incumbidos da execução penal têm três anos para apurar a conduta faltosa e impor a sanção respectiva.

Pois bem, se classificamos a fuga como uma conduta de natureza permanente, o prazo prescricional começa a correr apenas no momento da recaptura do condenado:

“2. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmaram o entendimento de que, em razão da ausência de legislação específica, a prescrição da pretensão de se apurar falta disciplinar, cometida no curso da execução penal, deve ser regulada, por analogia, pelo prazo do art. 109 do Código Penal, com a incidência do menor lapso previsto, atualmente de três anos, conforme dispõe o inciso VI do aludido artigo. 3. In casu, conforme consta do voto condutor do acórdão impugnado, a falta grave foi cometida em 4/4/2017 (fuga em 26/12/2013, com recaptura do sentenciado em 4/4/2017), tendo sido determinada a instauração de procedimento administrativo disciplinar para a respectiva apuração. 4. O termo inicial do prazo prescricional, no caso de fuga, é a data da recaptura, por ser uma infração disciplinar de natureza permanente (HC n. 362.895/RS, Rel.

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 14/2/2017, DJe 22/2/2017) (HC 527.625/SP, j. 12/11/2019).

9) A falta grave pode ser utilizada a fim de verificar o cumprimento do requisito subjetivo necessário para a concessão de benefícios da execução penal.

Os benefícios que podem ser concedidos no decorrer da execução penal são geralmente baseados no cumprimento de parcela da pena (requisito objetivo) e na análise das condições pessoais do condenado (requisito subjetivo).

Com efeito, a saída temporária é condicionada não apenas ao cumprimento de frações da pena (1/6, se o condenado for primário, ou 1/4 se reincidente), mas também ao comportamento adequado e à compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. A progressão de regime, igualmente submetida ao cumprimento de porcentagens da pena, só pode ser concedida se o condenado tiver boa conduta carcerária. E o livramento condicional, da mesma forma vinculado ao cumprimento de frações da sanção penal, beneficia somente quem tem bom comportamento durante a execução e não tenha cometido falta grave nos doze meses anteriores à pretensão de liberdade antecipada.

Nota-se, pois, que a avaliação do comportamento carcerário é imprescindível para analisar adequadamente se o condenado tem condições de retomar progressivamente sua liberdade:

“1. A teor do disposto no art. 83 do Código Penal, o livramento condicional será deferido aos condenados com pena privativa de liberdade superior a 2 anos, desde que atendidos determinados requisitos objetivos e subjetivos, constituindo estes na comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena, a saber, observância das obrigações que lhe foram impostas, bom desempenho no trabalho que lhe fora atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. 2. As instâncias ordinárias entenderam que o caso em questão requer cautela, diante do histórico prisional do paciente, que cometeu 7 faltas disciplinares graves. 3. Embora o paciente tenha cumprido o requisito temporal para o livramento condicional, é sabido que o magistrado define sua convicção pela livre apreciação da prova, analisando os critérios subjetivos, in casu, o histórico prisional do apenado. 4. Ademais, o “atestado de boa conduta carcerária não assegura o livramento condicional ou a progressão de regime ao apenado que cumpriu o requisito temporal, pois o Juiz não é mero órgão chancelador de documentos administrativos e pode, com lastros em dados concretos, fundamentar sua dúvida quanto ao bom comportamento durante a execução da pena” (AgRg no HC 572.409/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2020, DJe 10/6/2020). 5. “As faltas graves praticadas pelo apenado durante todo o cumprimento da pena, embora não interrompam a contagem do prazo para o livramento condicional, justificam o indeferimento do benefício por ausência do requisito subjetivo. 3. Não se aplica limite temporal à análise do requisito subjetivo,

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

devendo ser analisado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado” (HC 564.292/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/6/2020, DJe 23/6/2020)” (AgRg no HC 617.615/SP, j. 20/10/2020).

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Após STF, Sexta Turma define que falta de contumácia no não recolhimento de ICMS afasta configuração de crime

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RHC 163.334, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que a falta de recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em operações próprias, quando não é contumaz, não configura comportamento criminoso.

Em consequência, o colegiado absolveu um contribuinte que, por deixar de recolher o imposto em um único mês, havia sido condenado por crime contra a ordem tributária (artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990).

A relatora do recurso especial do contribuinte, ministra Laurita Vaz, explicou que a Terceira Seção, ao julgar o HC 399.109, em 2018, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias deveria ser considerado crime.

Na época, a seção entendeu que, se o fato apontado pela denúncia se enquadra na descrição do delito de apropriação indébita tributária, e não há excludente de ilicitude, é inviável a absolvição sumária do réu sob o fundamento de que a falta de recolhimento do ICMS nessas operações deveria ser considerada conduta não imputável como crime.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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 envolvendo o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), havia 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 STJ firmou a orientação de que 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

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

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 (HC 399.109/SC, j. 22/08/2018).

No julgamento do recurso interposto contra a decisão acima mencionada, o STF chegou à mesma conclusão 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” (RHC 163.334/SC, j. 18/12/2019).

Nota-se que a tese firmada pelo tribunal inclui a contumácia como requisito para a tipificação. Com base nisso, ao julgar o AgRg no REsp 1.867.109/SC (j. 25/08/2020), o STJ afastou a punição porque o não recolhimento do tributo havia se limitado a um mês:

“A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico.

Todavia, ainda a propósito da tipicidade no tocante ao delito previsto no inciso II do art. 2.º da Lei n. 8.137/90, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, fixou a seguinte tese jurídica: “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 n. 8.137/1990”.

No caso dos autos, a conduta típica imputada ao Agravante restringe-se ao não recolhimento do ICMS relativo a 1 (um) mês.

Portanto, nos termos do atual entendimento do Pretório Excelso, inafastável a conclusão de que, conquanto o fato deletério atribuído ao réu, a princípio se subsuma à figura penal antes mencionada, a ausência de contumácia – o débito com o fisco se refere a tão somente 1 (um) mês – , conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta e, por conseguinte, à absolvição do réu”.

Leia o [acórdão](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1867109](#)

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Art. 28 Lei de Drogas. Revisão de pedido de arquivamento de termo circunstanciado

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28

Autos n.º 150xxx-6x.2020.8.26.01xx– MM. Juizado Especial Criminal da Comarca de Dracena

Autora do fato: L.E.O.R.

Assunto: revisão de pedido de arquivamento de termo circunstanciado

A presente investigação criminal foi instaurada para apurar a prática da infração penal de porte de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei n.º 11.343/06), cometida, em tese, por **L.E.O.R.** (fls. 02/04).

Pelo que se apurou, no dia 08 de setembro de 2020, por volta das 12 horas e 32 minutos, policiais militares estavam em patrulhamento de rotina na Rua Salvador, 1075 - Jardim Vera Cruz, na cidade e comarca de Dracena, quando depararam o autor dos fatos, que se fazia acompanhado de outra pessoa; ele, ao avistar a viatura policial, empreendeu fuga.

L., então, foi abordado, quando colocou sobre uma mureta, na qual estava sentado, um cigarro de maconha e um isqueiro.

Ao ser indagado, L. informou ser usuário de “maconha” e que fazia uso daquele cigarro (fls. 03), que foi apreendido (fls. 05 e fotos de fls. 06, 08/09).

Os depoimentos dos policiais militares que relataram os fatos acima narrados foram encartados às fls. 11 e 16, confirmando a dinâmica dos fatos e a prática delitiva atribuída ao autor do fato.

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

O Exame Químico-Toxicológico acostado a fls. 12/14 confirmou tratar-se a substância de 3,11 gramas de massa bruta e 0,5 grama de massa líquida de maconha.

O Douto Promotor de Justiça pugnou pelo arquivamento dos autos, sustentando, em judiciosa manifestação, a atipicidade (material) da conduta atribuída ao agente, em face da incompatibilidade da incriminação com o direito à intimidade e à vida privada, assegurados no art. 5.º, X, da Constituição Federal. Citou, nesse sentido, decisão proferida por aquele Juízo de Dracena, nos autos do TC nº 1501315-72.2020.8.26.0168, bem como mencionou a existência de doutrina e de posicionamentos já expressos em votos individuais de Ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que sinalizam pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 23/25).

A MM. Juíza, contudo, discordando da manifestação, remeteu os autos a esta Procuradoria-Geral de Justiça, com fundamento no art. 28 do CPP (fls. 26).

Eis a síntese do necessário.

A tese abraçada pelo competente Promotor de Justiça mostra-se, com a devida vênia e respeitada (obviamente) sua independência funcional, inacolhível.

O art. 28 da Lei n.º 11.343/06, em que pese não imponha pena privativa de liberdade, consubstancia, sem sombra de dúvidas, infração penal. O vetusto art. 1.º da LICP (D.L. n.º 3.914/41), pelo qual os ilícitos penais são sancionados com reclusão, detenção ou prisão simples, não pode servir como vetor de interpretação para normas jurídicas promulgadas no século XXI, sob outro regime constitucional.

É indubitoso que o Texto Maior autoriza a existência de crime sem a cominação de pena privativa de liberdade, seja pelo que expressamente dispõe o art. 5º, inc. XLVI, seja por contemplar a responsabilidade penal da pessoa jurídica (arts. 173, §5.º, e 225, §3.º).

Ademais, o art. 28 da Lei de Drogas encontra-se no Capítulo intitulado “Dos crimes e das penas” e, na esteira do precedente do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, “seria presumir o excepcional se a interpretação da L. 11.343/06 partisse de um

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

pressuposto despreço do legislador pelo ‘rigor técnico’, que o teria levado – inadvertidamente – a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado ‘Dos Crimes e das Penas’” (trecho do voto proferido na Questão de Ordem no RExt. n. 430.105, j. 13.02.2007, DJU 27.04.2007, p. 69).

O fato de as penas cominadas não admitirem a conversão em privativa de liberdade, da mesma forma, não altera a conclusão, vez que tal proibição já existe em nosso ordenamento penal desde a promulgação da Lei n.º 9.268/96.

O dispositivo em exame, também do ponto de vista material, traduz infração penal.

De se notar que a conduta descrita (na Lei e neste caso concreto) ofende o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, a saber, a saúde pública. É relevante sublinhar que a Lei não tipifica o simples uso ou consumo, mas o ato de adquirir, guardar etc drogas, visando ao consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

No sentido de que o fato constitui infração penal encontra-se a melhor doutrina: Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi, *Lei de Drogas Anotada* – Lei n. 11.343/06. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 43 e segs.; Fernando Capez, *Curso de Direito Penal*, vol. 4. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 689 e segs.; Guilherme Souza Nucci, *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 303; Rômulo de Andrade Moreira. *A Nova Lei de Tóxicos: Aspectos Procedimentais*. Revista Magister, n. 14, pág. 97; Júlio Victor dos Santos Moreira, *A posse ou porte de drogas e a nova Lei Antitóxica*. Revista Prática Jurídica, ano VI, n. 58, pág. 40; João José Leal. Nova Lei n. 11.343/2006: *Descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?* Boletim do IBCCrim n. 169, pág. 02.

De outro lado, o Recurso Extraordinário n.º 635.659, que tramita no Supremo Tribunal Federal, ainda não teve seu julgamento concluído, estando os autos conclusos com o Relator para análise de pedido de sobrestamento do feito na data de 02 de agosto de 2020, conforme consulta realizada no site do Supremo Tribunal Federal:

Boletim Criminal Comentado 118- Novembro

-2020 -

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>).

Obtemperem-se, por não menos relevante, que a Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, então sob o comando do Eminentíssimo Doutor Márcio Fernando Elias Rosa, efetuou sustentação oral no julgamento supracitado, defendendo justamente a compatibilidade do ilícito com a Constituição da República.

Na ocasião, entre os argumentos lançados, destacou-se que a descriminalização do fato enfraqueceria o mandato expresso de criminalização contido no art. 5.º, inc. LXIII, da CF, no que tange ao tráfico ilícito de drogas. Significa dizer que a descriminalização do porte de substâncias psicoativas caminhará no sentido de promover o comércio de drogas e, portanto, viria de encontro à determinação constitucional de repressão do delito equiparado a hediondo.

Note-se que a ação incriminada pelo legislador consiste em “*adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”.

Pune-se, destarte, conduta que recaia sobre quantidade de substância ilícita suficiente para satisfazer o consumo individual, ainda que isto se dê em um único ato, como fumar um cigarro de maconha ou um cachimbo contendo *crack*.

Conforme decidiu o Pretório Excelso, em acórdão relatado pelo saudoso Ministro MENEZES DE DIREITO:

*“Habeas corpus. Constitucional. Penal Militar e Processual Penal Militar. Porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do CPM). **Não aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes. Precedentes. Inconstitucionalidade e revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar. Não-ocorrência. Precedentes. Habeas corpus denegado. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte***

Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado. 2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte. 3. Não houve revogação tácita do artigo 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica. 4. Habeas corpus denegado e liminar cassada”.

(HC n. 91.759, rel. Min. MENEZES DIREITO, 1.ª Turma, julgado em 09/10/2007, publicado no DJ de 30-11-2007, pág. 77).

A Suprema Corte, como se nota em aresto relatado pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, também decidiu:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. II – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. III – No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV – É firme a

jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII – Habeas corpus prejudicado”.

(STF, HC n. 102.940, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 1.ª Turma, julgado em 15/02/2011, DJe de 05-04-2011)

O comportamento ilícito, portanto, enquanto previsto em norma penal incriminadora vigente, subsume-se à infração penal de menor potencial ofensivo capitulada na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06).

Diante de tal quadro, não pode ser acolhido o argumento de que o delito do art. 28, da Lei de Drogas, restringe-se à vida privada e à esfera de intimidade do indivíduo, ou mesmo que ofenderia tais bens, constitucionalmente protegidos, uma vez que aqueles que guardam e trazem consigo drogas, mesmo que para seu consumo pessoal, acabam por fomentar também, diariamente, em todos os cantos do País, o comércio nefando que ceifa vidas, produz mais crimes graves, maximiza o poderio econômico das organizações criminosas e é causa de temor e desassossego da coletividade.

E a Constituição Federal, convém lembrar, manda que o tráfico de drogas e crimes hediondos e equiparados recebam tratamento penal mais rigoroso (art. 5º, LXII⁸). E o tráfico, como já dito, é alimentado pela conduta de pessoas que trazem consigo ou guardam drogas, para seu consumo pessoal.

⁸ XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Boletim Criminal **Comentado** 118- Novembro

-2020 -

Ante o exposto, designa-se outro promotor de justiça para oferecer denúncia ou propor transação penal em face do agente (caso cabível, se constatada a presença dos requisitos do art. 76, da Lei nº 9.099/95), e para prosseguir no feito em seus ulteriores termos, facultada a observância do disposto no art. 4-A da Resolução n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução n.º 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

São Paulo, 12 de novembro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº119,11/2020
(semana nº 4)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

AVISOS

1 – O BOLETIM DO CAO-CRIM, a partir desta edição, terá vídeos. Nesta edição, por exemplo, apresentamos um vídeo, no capítulo de estudos do CAO-CRIM, mais precisamente sobre o depoimento sem dano para vítima adulta. O material foi encaminhado pelo juiz de Direito do Estado de Goiás, Dr. Rodrigo Foureaux, que assim decidiu num caso concreto envolvendo estupro de mulher adulta. Defendemos essa possibilidade e vale a pena conhecer para aplicar em seu caso concreto.

2 – A Corregedoria-Geral da Justiça disciplinou no **Provimento n.º 33/2020**, de 13 de novembro de 2020, o protesto extrajudicial da sentença criminal transitada em julgado (multa penal).

No âmbito do MPSP, a Resolução n.º 1.229/2020-PGJ/CGJ, de 24 de setembro de 2020 já possibilitava o protesto da multa.

O Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM elaborou Minuta do Primeiro Termo Aditivo ao Acordo de Cooperação Técnica n.º 15/2019, firmado em 21 de maio de 2019, entre o MPSP e o IEPTB, visando ampliar o objeto do referido convênio, possibilitando o envio online das certidões de sentença para protesto por meio do sistema denominado “Resgate de Valores”.

A Minuta constitui objeto do Expediente registrado no SEI 29.0001.0071379.2020-62, o qual, a pedido do IEPTB, se encontrava aguardando a edição do Provimento referido, para análise da necessidade de eventual adequação, e seguirá os tramites da Resolução n.º 764/13-PGJ, para solenidade de assinatura.

Sem prejuízo, é importante mencionar que, dentre outras localidades, na comarca de Junqueirópolis, certidões de sentença já foram enviadas para protesto, em virtude de tratativas realizadas pela Promotora de Justiça, Jamile Tavares, com o tabelião local, seguindo o fluxo sugerido pelo Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM.

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06

No delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1.º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional).

Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles, inviável a benesse legal.

O entendimento dominante era no sentido de que a causa de diminuição de pena não retirava a hediondez do crime, tanto que, em 2014, o STJ editou a súmula nº 512 exatamente nesses termos. Ocorre que, em 23/06/2016, julgando o habeas corpus 118.533/MS, relatado pela Min. Cármen Lúcia, o STF decidiu que o privilégio não se harmoniza com a hediondez do crime de tráfico, razão pela qual, uma vez aplicada a minorante, afasta-se o caráter hediondo do delito. Em razão disso, o STJ cancelou a súmula nº 512. A Lei 13.964/19 colocou uma pá no assunto, alterando o art. 112 da LEP para deixar expresso que o crime privilegiado não sofre os consectários da Lei 8.072/90.

A incidência da causa de diminuição da pena pode ser balizada pela natureza e pela quantidade da droga (art. 42), que podem não só influenciar na extensão da redução como também podem mesmo obstá-la, como vem decidindo o STJ:

“2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organizações criminosas. 3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes” (HC 400.528/SP, DJe 18/8/2017).

Note-se, no entanto, algo importantíssimo: as circunstâncias do art. 42 devem ser utilizadas na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, ou seja, o juiz tem a opção de, na primeira etapa, utilizar a natureza e a quantidade da droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal, ou de, na terceira fase, considerar a natureza e a quantidade para dosar a fração de diminuição ou para afastar o benefício. Não é possível utilizar o mesmo expediente nas duas fases porque, segundo decidiu o STF em sede de repercussão geral, há bis in idem:

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

“Cumpru destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem. No presente caso, o Juiz de 1º grau, ao realizar a fixação da pena, levou em consideração a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para elevar a pena do recorrente, o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte. Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena” (ARE 666.334 RG/AM, DJe 06/05/2014 – trecho do voto do min. Gilmar Mendes).

2-Tema: Fundamentos da aplicação do depoimento especial para a vítima de violência sexual, independentemente da idade.

O modelo tradicional e previsto no Código de Processo Penal (art. 201) de se ouvir as vítimas nos casos de crimes contra a dignidade sexual, merece reflexões. O direito está em constante evolução e aperfeiçoamento.

Antigamente crianças e adolescentes eram ouvidas em juízo da mesma forma que os adultos, sendo as normas processuais que disciplinavam o depoimento de crianças e adolescentes, as mesmas aplicadas para os adultos, o que foi alterado, mediante lei, com o advento da Lei n. 13.431, de 04 de abril de 2017, em que pese ter se tornado uma prática comum no Brasil antes mesmo da edição de uma lei específica, sendo recomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (Recomendação n. 33/2010) a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Atualmente, a Resolução n. 299, de 05 de novembro de 2019, do CNJ, dispõe sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, de que trata a Lei n 13.431, de 4 de abril de 2017.

O depoimento especial de crianças e adolescentes iniciou-se no Brasil em 2003, em uma Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre.

O sistema normativo afeto às crianças e adolescentes é especial e possui uma pluralidade de leis e convenções internacionais que concedem um tratamento protetivo às pessoas em

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

desenvolvimento, como a Constituição Federal que garante a prioridade absoluta; o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança; as s Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude; a Resolução n. 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, dentre outros.

A Lei n. 13.431/2017 conceitua o depoimento especial no art. 8º como “o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.”

O art. 11, § 1º, II, por sua vez, prevê que o depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova nos casos de violência sexual.

Nota-se que não há previsão de que o depoimento especial deva ser aplicado para mulheres adultas quando forem vítimas de violência sexual.

O depoimento especial tem por finalidade o respeito à vítima e a sua proteção, de forma que profissionais habilitados concedam um tratamento adequado ao caso com o fim de reduzir o desconforto e o sofrimento causados quando a vítima rememora o crime contra a dignidade sexual. Visa também a proteção da vítima de qualquer forma de discriminação; o recebimento pela vítima de um tratamento respeitoso e condigno com a sua condição, de forma que não haja revitimização.

A vitimização secundária ou revitimização ocorre quando a vítima não recebe o devido tratamento em razão de sua condição de vítima e nas hipóteses em que é obrigada a relembrar dos fatos, o que lhe causa mais sofrimento.

A vítima, além de já ter sofrido as consequências diretas do crime, o que causa diversos danos, ainda terá que passar por uma série de etapas que podem constrangê-la e despender energia, tempo, dinheiro, além de rememorar os fatos.

Nesse contexto, a Lei n. 13.431/17 visa evitar a revitimização e a Lei n. 13.505/17 alterou a Lei Maria da Penha – Lei n. 11.340/06 – para passar a prever como diretriz na inquirição da mulher a não revitimização, sendo assim conceituado:

Art. 10-A, § 1º (...)

III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada. **(Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)**

O Brasil é signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará -, que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.

Boletim Criminal Comentado 119- Novembro

-2020 -

O art. 3º assegura que a mulher possui o direito a uma vida livre de violência, inclusive na esfera pública. O art. 4º garante o direito à integridade moral, mental e, especificamente, à proteção perante o tribunal competente contra atos que violem seus direitos.

O art. 7º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher traz diversos deveres dos Estados, dentre eles, o de agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher e o dever de estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos.

A título argumentativo, a Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia de 15 de março de 2001 trata do estatuto da vítima no processo penal, e apresenta importantes mecanismos de proteção para a vítima. Dispõe em seu art. 8º, item 4, que:

Quando for necessário proteger as vítimas, designadamente as mais vulneráveis, dos efeitos do seu depoimento em audiência pública, cada Estado-Membro assegura o direito de a vítima poder beneficiar, por decisão judicial, de condições de depoimento que permitam atingir esse objectivo por qualquer meio compatível com os seus princípios jurídicos fundamentais.

O art. 14, item 1, por sua vez, assim dispõe:

Cada Estado-Membro, por intermédio dos serviços públicos ou através de financiamento às organizações de apoio às vítimas, incentiva iniciativas que permitam às pessoas com intervenção no processo ou que contactem com a vítima, receber formação profissional adequada, com particular destaque para as necessidades dos grupos mais vulneráveis.

O processo penal, enquanto instrumento de busca da justiça criminal, deve respeitar os direitos fundamentais do réu, o que é inegável, contudo, não se pode esquecer dos direitos fundamentais da vítima. Um não exclui o outro. É necessário que o processo penal seja humanizado para todas as partes.

Infelizmente, o machismo estrutural propicia ambientes penosos para as mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual, e não raras vezes, há a tentativa de transferir a culpa do crime para a vítima, como se o seu comportamento anterior ao crime, em uma visão preconceituosa e machista, justificasse a violência sexual por parte do agente infrator, o que é inadmissível. Jamais se pode admitir qualquer tipo de violência. A culpa nunca será da mulher.

O cenário atual de depoimento da vítima de crime contra a dignidade sexual perante a presença de um juiz, um promotor e um advogado deve ser debatido, refletido e devemos avançar para proteger as vítimas cada vez mais, sobretudo as mulheres, que se encontram em uma situação de vulnerabilidade, simplesmente, por serem mulheres.

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

É extremamente desagradável e desconfortável para qualquer vítima de crime decorrente de violência sexual lembrar os fatos. É necessário que sejam empregadas técnicas, quando da oitiva da vítima, que causem o menor desconforto possível, haja o máximo respeito e a vítima sinta-se acolhida e protegida pelo Estado.

O formato em que três pessoas, sobretudo se não houver técnica, realizam perguntas para a vítima em audiência, e por vezes, três homens, é danoso para a mulher que na esperança de se sentir acolhida acaba sendo revitimizada e ocorre a prática de violência institucional.

Os crimes decorrentes de violência sexual causam abalos profundos na vítima e necessitam de um especial tratamento em juízo, de forma que haja máxima proteção e respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Em que pese a Lei n. 13.431/17 prever a faculdade do depoimento especial ser aplicado para as vítimas entre 18 e 21 anos (art. 3º, parágrafo único), deve ser aplicado, independentemente, da idade, pois a tutela integral da integridade psicológica e mental da vítima deve ser assegurada, independentemente, da idade, sob pena de proteção deficiente dos direitos humanos que é assegurado a todos.

A aplicação do depoimento especial para todas as mulheres vítimas de violência sexual humaniza o processo penal e não causa nenhum prejuízo para o Ministério Público e para a defesa que poderão realizar todas as perguntas por intermédio de um profissional capacitado, assim como ocorre no depoimento especial de crianças e adolescentes.

É necessário que seja feita uma releitura da inquirição de vítimas de crimes decorrentes de violência sexual. Assim como houve um significativo avanço ao se permitir o depoimento especial para crianças e adolescentes, o mesmo deve ocorrer com as vítimas de violência sexual.

Em suma, toda a sistemática do depoimento especial previsto na Lei 13.431/2017 deve ser aplicado à vítima, não sendo ouvida em audiência na forma do art. 201 do Código de Processo Penal, salvo se a vítima manifestar para o profissional capacitado que possui interesse em ser ouvida na forma tradicional.

[Clique aqui](#) para assistir o vídeo do Dr. Rodrigo Foureaux, juiz de Direito de GO, que assim decidiu num caso concreto envolvendo estupro de mulher adulta.

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: STF - Lei de Lavagem de Capitais. Afastamento do servidor público em caso de indiciamento (art. 17-D). Inconstitucionalidade

Por maioria de votos, o plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 17-D da Lei de Lavagem de Dinheiro (9.613/98). O dispositivo, incluído pela Lei 12.683/12, anunciava o afastamento automático de servidor público diante do mero indiciamento.

“Art. 17-D. Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno”.

A maioria dos ministros acompanhou o voto do Min. Alexandre de Moraes, para quem o afastamento automático do servidor investigado, por consequência única e direta do indiciamento pela autoridade policial, viola a CF/88.

Ficaram vencidos no julgamento o relator Fachin e a ministra Cármen Lúcia, que julgaram a ação improcedente, votando pela constitucionalidade da norma.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): ADI 4911

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Consiste o indiciamento na imputação a alguém, feita durante o inquérito policial, da prática de uma infração penal objeto da apuração. Havendo, pois, indícios de que determinada pessoa perpetrou o crime que é alvo da investigação, cumpre à autoridade policial proceder a seu formal indiciamento. Desde que não se verifique qualquer abuso na decisão da autoridade policial que determinou o indiciamento, ele se constituirá em desdobramento natural derivado da instauração do inquérito policial, deflagrado para apuração de um fato típico. De outra parte, se frágil a prova colhida na fase investigativa, levando a pessoa à condição que não vai além de mera suspeita, sem maior lastro probatório, já não mais será cabível o indiciamento, e, se determinado, caracterizará constrangimento ilegal, passível de reparação por meio de habeas-corpus, visando suspender o ato. Nada impedirá, contudo, que mais adiante, munido de dados mais concretos, se proceda, aí sim, ao indiciamento formal do agente.

A revelar a importância do ato, recomendando especial cautela em sua determinação, vale destacar que a partir de sua implantação, do banco de dados do indiciado passa a constar anotação referente ao inquérito policial no qual foi apontado como suspeito da prática de uma infração penal. De tal forma que sempre que for se valer de um documento do qual conste seus

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

antecedentes, aquela anotação estará presente, em situação capaz de gerar danos à pessoa. Como destaca Sylvia Steiner, “o indiciamento formal tem consequências que vão muito além do eventual abalo moral que pudessem vir a sofrer os investigados, eis que estes terão o registro do indiciamento nos Institutos de Identificação, tornando assim público o ato de investigação. Sempre com a devida vênua, não nos parece que a inserção de ocorrências nas folhas de antecedentes comumente solicitadas para a prática dos mais diversos atos da vida civil seja fato irrelevante. E o chamado abalo moral diz, à evidência, com o ferimento à dignidade daquele que, a partir do indiciamento, está sujeito à publicidade do ato” (O indiciamento em inquérito policial como ato de constrangimento – legal ou ilegal. Revista Brasileira de Ciência Criminais, v. 24, 1998, p. 307).

Como regra, as consequências do indiciamento – graves por si só – se limitam às anotações lançadas nos dados sobre os antecedentes do indiciado. Porém, a Lei 9.613/98, que trata da lavagem de dinheiro, prevê drástica consequência, ao dispor que “em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno” (art. 17-D). É dizer: o mero indiciamento, determinado pela autoridade policial, tem o condão de acarretar o afastamento do servidor público de suas funções até decisão judicial em sentido contrário. A respeito deste dispositivo, a Associação Nacional dos Procuradores da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4911, sob o fundamento de que há usurpação de função pública, na medida em que a formação da *opinio delicti*, em crime de ação penal pública, é ato privativo do Ministério Público. Sustenta, ainda, que a regra malferre os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da presunção da inocência e da inafastabilidade da jurisdição. A tese foi acolhida pela Corte Suprema.

2-Tema: Lei 7.960/89. (In)constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal inicia o julgamento das ADIs 3360 e 4109

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O plenário do STF iniciou o julgamento de duas ações (ADIs [3.360](#) e [4.109](#)) que tratam da validade constitucional da Lei de Prisão Temporária.

No seu voto, a Min. Cármen Lúcia, relatora, ressalta que a prisão temporária é espécie de prisão cautelar e não contraria a CF/88. Contudo, se a prisão preventiva é medida excepcional, "a temporária é de ser excepcionalíssima".

Para a relatora, a prisão temporária é cabível quando caracterizadas conjuntamente as hipóteses dos incs. I e III ou I, II e III, do art. 1º. da Lei 7.960/89, não sendo admissível a prisão temporária pela aplicação isolada dos requisitos legais.

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

A ministra menciona no seu voto que há inconstitucionalidade de providência policial ou administrativa de qualquer natureza que exponha o preso, "seja qual for a circunstância, à divulgação pública, descumprindo o seu direito de jamais servir à sanha de curiosos ou à vaidade dos agentes efetivadores da prisão de apresentar outro ser humano como troféu".

O ministro Gilmar Mendes também votou. Julgou a medida constitucional, mas entende que a decretação da prisão temporária somente se justifica quando, cumulativamente:

1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989);

2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989;

(...)

(...)

3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, §2º, CPP);

4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP), respeitados os limites previstos no art. 313 do CPP;

5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, §6º, CPP).

O julgamento no plenário virtual foi suspenso em razão do pedido de vista do Min. Fachin.

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Execução Penal. Progressão de regime. Crime hediondo. Reincidente não específico. Requisito objetivo. Lei n. 13.964/2019 (Pacote anticrime). Lacuna na nova redação do art. 112 da LEP. Interpretação *in bonam partem*.

INFORMATIVO 681 STJ- SEXTA TURMA

A progressão de regime do reincidente não específico em crime hediondo ou equiparado com resultado morte deve observar o que previsto no inciso VI, a, do artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Informações do Inteiro Teor

Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que, nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo) (AgRg no HC n. 494.404/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 20/5/2019).

Contudo, tal entendimento não pode mais prevalecer diante da nova redação do art. 122 da Lei de Execução Penal, trazida com a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Com efeito, a Lei de Crimes Hediondos não fazia distinção entre a reincidência genérica e a específica para estabelecer o cumprimento de 3/5 da pena para fins de progressão de regime, é o que se depreende da leitura do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990: A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Já a Lei n. 13.964/2019 trouxe significativas mudanças na legislação penal e processual penal, e, nessa toada, revogou o referido dispositivo legal. Agora, os requisitos objetivos para a progressão de regime foram sensivelmente modificados, tendo sido criada uma variedade de lapsos temporais a serem observados antes da concessão da benesse.

A leitura da atual redação do dispositivo em comento revela, porém, que a situação em exame (condenado por crime hediondo, reincidente não específico) não foi contemplada na lei. Vejamos: Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: [...] V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; [...] VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Dessa forma, em relação aos apenados que foram condenados por crime hediondo mas que são reincidentes em razão da prática anterior de crimes comuns não há percentual previsto na Lei de Execuções Penais, em sua nova redação, para fins de progressão de regime, visto que os percentuais de 60% e 70% se destinam unicamente aos reincidentes específicos, não podendo a interpretação ser extensiva, vez que seria prejudicial ao apenado. Assim, por ausência de previsão legal, o julgador deve integrar a norma aplicando a analogia *in bonam partem*.

No caso (condenado por crime hediondo com resultado morte, reincidente não específico), diante da lacuna na lei, deve ser observado o lapso temporal relativo ao primário. Impõe-se, assim, a aplicação do contido no inciso VI, a, do referido artigo da Lei de Execução Penal, exigindo-se, portanto, o cumprimento de 50% da pena para a progressão de regime.

Processo: HC 581.315-PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 6/10/2020, DJe 19/10/2020

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Discute-se se o art. 112, VII e VIII, abrange somente a reincidência específica em crime hediondo ou equiparado. Temos corrente lecionando que, na verdade, os incisos não cuidam da reincidência específica. Sendo o reeducando reincidente, específico ou não, cumprindo pena por crime hediondo ou equiparado, deve observar a porcentagem de 60% ou 70%, a depender da presença ou não do resultado morte.

A 6ª.T do STJ, contudo, vem se posicionando em sentido diverso. Segundo tem decidido, se a condenação anterior não for por crime hediondo ou equiparado, não se aplica esta fração para a progressão de regime. Isso porque o revogado § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 dispunha que a progressão era permitida “após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”. A redação do art. 112, inc. VII, da LEP, no entanto, permite a progressão se cumpridos “60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado”. Nota-se que, atualmente, a lei pressupõe a reincidência específica, antes dispensada:

“1. Firmou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que, nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as

Boletim Criminal Comentado 119- Novembro

-2020 -

condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo) (AgRg no HC n. 494.404/MS, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 20/5/2019)" (AgRg no HC 521.434/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 08/10/2019). 2. Ocorre que a alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no art. 112 da Lei de Execuções Penais, ao estabelecer novos lapsos para a progressão de regime, deixou de abranger a situação característica do paciente (condenado por crime hediondo e reincidente não específico). 3. Não há como aplicar de forma extensiva e prejudicial ao paciente o percentual de 60% previsto no inciso VII do art. 112 da LEP, que trata sobre os casos de reincidência de crime hediondo ou equiparado, merecendo, ante a omissão legislativa, o uso da analogia in bonam partem para aplicar o percentual de 40%, previsto no inciso V. 4. Habeas corpus concedido para determinar que o Juízo da Execução retifique o cálculo da pena do paciente, aplicando-se o percentual de 40% para progressão de regime, salvo se cometida falta grave" (HC 605.783/SP, Rel. Nefi Cordeiro, j. 13/10/2020).

O tribunal também tem decidido que se o agente é reincidente e deve cumprir mais de uma pena simultaneamente, a porcentagem maior incide sobre toda a pena unificada:

"A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que, ante a unificação das penas, a condição de reincidente do apenado determina o cumprimento de 3/5 sobre o total. Na hipótese, possuindo o paciente quatro condenações, não há falar em aplicação do percentual de 2/5 para a progressão de regime, em relação à primeira condenação, pois, unificada as penas, conforme determina o art. 111 da LEP, a reincidência deve incidir sobre o somatório das penas e não apenas na segunda condenação. Ademais, esta Corte Superior pacificou entendimento no sentido de que a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica. Assim, havendo reincidência, ao condenado deverá ser aplicada a fração de 3/5 da pena cumprida para fins de progressão do regime" (HC 583.751/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/6/2020).

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Recusa de formulação de acordo de não persecução penal – manutenção

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28-A, §14

Autos n.º 1542xxx-4x.2020.8.26.04xx – MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba

Réu: T.F.B.C.

Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – manutenção

Cuida-se de ação penal instaurada em face de TFBC, imputando-lhe os crimes dos artigos 218-C, §1º (por duas vezes), e 216-B, em concurso material de infrações, todos do Código Penal (cf. denúncia de fls. 62/66).

Conforme narrado na exordial, no dia 12 de dezembro de 2019, durante a madrugada, na antiga fábrica Boyes, situada na rua do Porto, na cidade e Comarca de Piracicaba, o denunciado, filmou, pelo aparelho celular, ato sexual praticado com *T.C.J.*, de caráter íntimo e privado, sem sua autorização.

Narra ainda da inicial que, em data incerta, mas no período compreendido entre os dias 12 de dezembro de 2019 e 29 de maio de 2020, na mesma localidade, o acusado transmitiu e divulgou a R.C.S. e a L.F.F.B., pelo aplicativo *whatsapp*, o vídeo acima mencionado, contendo cenas de sexo com a vítima *T.C.J.*, sem seu consentimento e com quem mantinha relação íntima de afeto, com o fim de humilhação.

Além disso, a denúncia narra também que, em data incerta, mas no período compreendido entre os dias 12 de dezembro de 2019 e 29 de maio de 2020, na cidade e Comarca de Piracicaba, L.F.F.B. transmitiu e divulgou a J.R.S., pelo aplicativo *whatsapp*, o vídeo acima mencionado, contendo cenas de sexo entre o denunciado T. e a vítima T..

Boletim Criminal Comentado 119- Novembro

-2020 -

Apurou-se que, o denunciado e a vítima eram amigos e mantinham relação de afeto, mas T. também possuía interesse amoroso, o qual não era correspondido por T..

Então, no dia 12 de dezembro de 2019, o denunciado e a vítima se encontraram na Rua do Porto. Após consumirem bebidas alcoólicas, praticaram relações sexuais. Na ocasião, durante o ato sexual, aproveitando-se da vulnerabilidade de T. em virtude de seu estado de embriaguez elevado, filmou referido ato, sem seu conhecimento.

Após, no período compreendido entre os dias 12 de dezembro de 2019 e 29 de maio de 2020, por meio do aplicativo de celular *whatsapp*, transmitiu e divulgou, sem consentimento de T., com o fim de humilhação, o sobredito vídeo que havia filmado, praticando relações sexuais com ela, para R. e L.B., aduzindo que "*se dependesse da vontade da vítima, qualquer um transa com ela*", e que ela seria "*uma puta, uma prostituta*".

Ademais, no período compreendido entre os dias 12 de dezembro de 2019 e 29 de maio de 2020, também sem o consentimento de T., L. encaminhou referido vídeo, por meio do aplicativo *whatsapp*, para J..

O acusado, em sede policial, admitiu a prática da relação sexual, bem como confirmou que a filmou, mas ressaltou que a acusada estava ciente da filmagem, pois, em determinado momento ela lhe perguntou "você está filmando" e não se opôs. Ademais, negou que a vítima estivesse embriagada. Por fim, informou que enviou o vídeo em questão, através do aplicativo *whatsapp* para sua amiga L. "apenas para ela ver e pediu que apagasse posteriormente" (fls. 15).

L., por sua vez, confirmou que recebeu o vídeo mencionado do denunciado, bem como que o repassou somente a um amigo (fls. 53).

A denúncia foi oferecida e o Douto Promotor de Justiça, em sua cota introdutória (fls. 65), consignou que deixou de propor o acordo de não persecução penal em relação ao denunciado, porquanto não preenche os requisitos necessários para referido benefício. Asseverou que o denunciado praticou crime de conduta de grande reprovabilidade, contra vítima em estado vulnerável, que estava alcoolizada no momento, e, após, compartilhou para mais de uma pessoa tal

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

vídeo, evidenciando a gravidade concreta do crime em questão, o que impede a realização de acordo desta natureza. Ademais, asseverou que não houve confissão formal integral em relação a todos os fatos por ele praticados.

Por outro lado, consignou que, em relação à conduta praticada por L., necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime a propositura do acordo de não persecução penal.

Por decisão de fls. 68, a denúncia foi recebida em relação à TIAGO, determinando-se a citação do réu para apresentar resposta à acusação. Em relação à investigada L. foi acolhida a manifestação ministerial favorável ao benefício do acordo de não persecução penal.

Foram acostadas a folha de antecedentes e as certidões criminais (fls. 70/71 e 69), tratando-se de réu primário.

O acusado, através da Ilustre Defensoria Pública, apresentou resposta à acusação e, considerando a negativa do D. Promotor de Justiça em relação à proposta do acordo de não persecução penal, requereu a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça para sua reanálise (fls. 91/93).

O Douto Promotor de Justiça reiterou a manifestação anterior, para discordar do pleito defensivo (fls. 96/98).

Por r. decisão de fls. 100, a Culpa Juíza, diante do pleito defensivo e da recusa ministerial, com fundamento no art. 28-A, § 14, do CPP, determinou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, para revisão.

É o relato do necessário.

Com razão o Douto Promotor de Justiça, com a devida vênica da Ilustre Defensoria Pública.

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*

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

*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:

- 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**;

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

- 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.

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

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

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 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 caso concreto, **o acordo se revela inviável, uma vez que, de fato, estão ausentes requisitos legais indispensáveis para a formulação da proposta.**

O acusado interrogado, em solo policial, **não apresentou confissão formal e circunstancial dos fatos**, eis que, embora tenha confirmado a divulgação da gravação do ato sexual mantido com a vítima, relatou que a ofendida não estava embriagada, teria consentido com o ato e ainda teria ciência da filmagem da relação sexual que mantiveram (fls. 15).

Ausente, portanto, requisito de ordem **objetiva** para o aventado acordo processual.

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

Não bastasse isso, existem outros óbices à celebração do aventado benefício.

Com efeito, o artigo 28-A do Código de Processo Penal, em seu § 2º, inciso IV, assim dispõe:

“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:

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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;(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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 (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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.

Do dispositivo legal em comento, extrai-se a notória conclusão de que, se o legislador pretendesse incluir na vedação ao acordo apenas as hipóteses da Lei Maria da Penha, não teria acrescido a parte final ao dispositivo legal.

A referência à “condição de sexo feminino” corresponde, inegavelmente, à violência de gênero.

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

Comentando o dispositivo legal, **Rodrigo Leite Ferreira Cabral** conclui que a vedação é de natureza objetiva e leciona:

“É dizer, para sua identificação, não se deve levar em consideração as razões subjetivas do agente para cometer o delito. **O que se deve analisar é se o fato, objetivamente, importou em diminuição, inferiorização ou no seu tratamento da mulher objeto**, desde uma perspectiva intersubjetiva e cultural.

Melhor explicando. Nossa sociedade, nosso contexto significativo, permite muito bem avaliar quando um **ato delitivo manifesta uma forma de diminuição, humilhação e objetificação da mulher**. Não será, pois, um insondável desejo do agente que permitirá afastar ou incluir essa circunstância. (...)

Portanto, para avaliar se a conduta do agente se deu por razões da condição de sexo feminino da vítima não se terá que buscar em suposto mundo psicológico do agente, mas sim verificar o contexto da ação cometida e se ela, desde uma perspectiva intersubjetiva, consubstanciou a razão do delito.

Repita-se. A prática de um delito por razões do sexo feminino da ofendida constitui uma privação de direitos que representa limitação do *status* social da vítima, pois esta não é vista como um parceiro de sociedade, como alguém que está em pé de igualdade com os demais. Ser vítima de um delito pelo simples fato de ser mulher importa em uma séria degradação normativa, em que a pessoa se olha no espelho e vê alguém de menor hierarquia social, o que acarreta uma perda da autoestima pessoal, uma desvalorização social. (...)

Por essas razões é que se tem certo que é de natureza objetiva a vedação prevista no inciso IV, §2º, do art. 28-A, do Código de Processo Penal. (...)

Em suma, **sempre que o delito for cometido contra mulher, por razões da condição de sexo feminino, pouco importando se é no âmbito doméstico ou familiar, se é com violência ou não, está vedada a celebração do acordo de não persecução penal**”. (Manual do Acordo de Não Persecução Penal, Editora JusPodium, Edição 2020, pág. 104/106-g.n.)

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

A “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher”, conhecida também como “Convenção de Belém do Pará”, aprovada² e promulgada³ no Brasil, também trata especificamente da violência de gênero e é mais ampla do que a Lei Maria da Penha:

DEFINIÇÃO E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta **baseada no gênero**, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 2

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
- b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Assim, a violência de gênero contra a mulher não se resume ao âmbito doméstico e familiar, valendo ressaltar que a Convenção de Belém do Pará tem natureza supralegal e está, portanto, acima da Lei Maria da Penha.

Dessa sorte, qualquer violência de gênero contra a mulher – esteja ou não compreendida na Lei n. 11.340/2006 – é incompatível com o acordo de não persecução penal.

² Conforme Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995;

³ Conforme Decreto n. 1.973, de 01 de agosto de 1996, do Presidente da República;

Boletim Criminal **Comentado** 119- Novembro

-2020 -

Ainda se não bastasse, conforme bem destacado pelo Insigne Promotor de Justiça natural, no caso em análise a conduta do denunciado revestiu-se de extrema gravidade, na medida em que após embriagar a vítima, manteve relações sexuais com ela, filmou o ato e posteriormente divulgou a gravação dizendo que T. é “uma puta e uma prostituta” e “se dependesse da vontade da vítima, qualquer um transa com ela”.

Notório, nesse contexto, o propósito do denunciado de humilhar a vítima perante os amigos.

Por tudo isso, conclui-se que o acordo de não persecução penal, em crimes cometidos envolvendo violência de gênero, não é suficiente e necessário à repressão e prevenção do fato.

Ratifica-se, nessa linha de raciocínio, a negativa formulada, não apenas pela ausência de confissão formal e circunstanciada dos fatos, como também pelo descabimento da Justiça Negocial quando a infração penal envolver violência de gênero e, ainda, pela insuficiência do acordo para repressão e prevenção do crime versado neste caderno investigatório.

Há, portanto, obstáculos insuperáveis à formulação da proposta ao acusado.

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 de oferta do acordo, restituindo-se os autos ao juízo competente para o prosseguimento da ação penal.

São Paulo, 16 de novembro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº120,11/2020
(semana nº 5)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

AVISO

Presos ativos que não possuem o CPF preenchido ou preenchido incorretamente

Projeto desenvolvido pelo Núcleo de Execuções Criminais do Centro de Apoio Operacional Criminal (CAOCrim) em parceria com a Secretaria de Administração Penitenciária reduziu de quase 39 mil para cerca de 9.800 o número de detentos que não possuem CPF. As cifras representam uma queda de aproximadamente 75%, obtida entre setembro e outubro.

Os números são referentes a 170 unidades prisionais em todo o Estado. Só na Penitenciária Cabo PM Marcelo Pires da Silva, em Itaí, por exemplo, o total de presos sem CPF caiu de 1.555 para 318.

O projeto, além dos reflexos na esfera penal pelo fato de facilitar a identificação dos presos, tem também uma dimensão social, já que o CPF é fundamental para o acesso a direitos no dia a dia de qualquer cidadão.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao relatório

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: CRIME DE MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS: ANPP e Proibição da Guarda (com vídeo do autor ao final do texto)

Rafael Schwez Kurkowski (2)

INTRODUÇÃO (3)

O artigo 32, § 1º-A, da Lei n. 9.605/1998 (LCA), acrescentado pela Lei n. 14.064/2020, dispõe que, se o agente praticar atos de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar cão ou gato, será punido com pena privativa de liberdade de dois a cinco anos de reclusão e proibição da guarda.

O objetivo do presente ensaio é essencialmente prático, relacionado à rotina do membro do Ministério Público que atua na tutela penal dos animais. Na primeira parte, pretende avaliar o cabimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP), para o crime tipificado no artigo 32, § 1º-A, da LCA. Na segunda parte, estuda em que consiste a “proibição da guarda” referida no mesmo dispositivo legal.

O interesse da presente pesquisa reside na novidade dos dois temas aqui eleitos, sobre os quais há carência de reflexão nos campos profissional e acadêmico.

1 CABIMENTO DO ANPP PARA O CRIME DO ARTIGO 32, § 1º-A, DA LCA

Cabe o ANPP para o crime tipificado no artigo 32, § 1º-A, da LCA?

Segundo o art. 28-A do CPP, se não for a hipótese de arquivamento e se o investigado houver confessado a prática do crime, sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público pode propor o ANPP, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Cumprido integralmente o acordo, sucede a extinção da punibilidade, observando-se que sequer terá sido oferecida a denúncia.

A pretensão de um direito não é exigida ou satisfeita exclusivamente por meio da via judicial. Várias pretensões que decorrem das relações interpessoais conflituosas são realizadas extrajudicialmente,

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe (MPSE). Ex-membro do Ministério Público do Estado do Maranhão (MPMA). Coordenador Disciplinar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo (FAPIDE). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

³ Registra-se o especial agradecimento à Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais Monique Mosca Gonçalves pela troca de ideias e de material para a presente pesquisa bem como à Assessora do Ministério Público do Estado de Sergipe Claudia Ernesta dos Santos pela contribuição de ideias e revisão do presente texto.

Boletim Criminal Comentado 120- Novembro

-2020 -

de modo que apenas uma parcela dos conflitos de interesses é solucionada em full trial pelo Judiciário. (4)

Suxberger (5) argumenta que o ANPP é uma forma de exercício da ação de direito material, tomando por base a classificação de Pontes de Miranda. A ação de direito material, que, no caso penal, constitui o jus puniendi estatal, pode ser exercida por intermédio da ação de direito processual bem como mediante outros institutos. Logo, a ação penal de direito material pode ser deduzida não só pela ação processual, que é a denúncia, mas também por outros mecanismos que permitam obter um resultado equivalente, que é a hipótese do ANPP.

Com a elevação drástica da pena em abstrato no tipo do artigo 32, § 1º-A, da LCA, em comparação à pena do artigo 32, caput, da LCA, é notória a intenção do legislador de, no caso de maus tratos contra cães e gatos, afastar medidas despenalizadoras e de conferir um tratamento mais severo ao sujeito ativo. Além de admitir a prisão preventiva (art. 313, I, do CPP), a Lei torna defesos a transação e a suspensão condicional do processo bem como o arbitramento da fiança pela autoridade policial (art. 322 do CPP).

O crime do artigo 32, § 1º-A, da LCA, traz como elementar a prática da violência contra cão ou gato. Para praticar maus tratos, ferir ou mutilar animais, é ínsito o emprego da violência. Mesmo a prática de ato de abuso redundando em violência, como no exemplo do equino que, à base de golpes desferidos com relho, puxa uma carroça sobrecarregada.

A elementar “maus tratos” também pode ser preenchida pelos conceitos apresentados no art. 3º do Decreto-Lei federal n. 24.645/1934 e até mesmo pelo art. 136 do CP (6).

Nesse ponto, surge a indagação: a violência que interdita o ANPP é apenas aquela infligida contra o animal humano ou abrange também os animais não humanos?

Observando a intenção restritiva do legislador ao afastar medidas despenalizadoras, Monique Gonçalves sustenta o descabimento do ANPP para o crime de maus tratos do art. 32, § 1º-A, da LCA, em razão do emprego de violência contra o cão ou gato. Ela reconhece o animal, na órbita

⁴ GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Marcel Bittencourt. Acordo de Não-Persecução Penal e Discricionariedade Mitigada na Ação Penal Pública. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 5, n. 2, p. 99-120, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6031/pdf>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 107.

⁵ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al* (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019b. p. 101-121; p. 105-108.

⁶ KURKOWSKI, Rafael Schwez. Capítulo 25 – Crime Ambiental – Lei n. 9.605/1998. In: *Leis Penais Especiais Comentadas*. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (Org.). Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1169-1294.

Boletim Criminal Comentado 120- Novembro

-2020 -

penal, como sujeito de direitos em razão da sua condição de ser senciante. Assim, “diferentemente de outras previsões [art. 44, I, do CP, p. ex.], o dispositivo [art. 28-A do CPP] não exige que se trate de crime sem violência à pessoa, de forma que não há razão para se excluir da vedação legal a prática de violência contra seres sencientes, até porque não se está diante de violência contra a coisa. [...] Se a Constituição da República diz que o animal não é uma coisa, senão um ser senciante, dotado de valor e dignidade próprios, não se pode incluir a violência contra os animais na categoria de violência contra a coisa, por se tratar de interpretação contrária ao texto constitucional” (7).

Apesar da robustez dos argumentos empregados por Monique Gonçalves, um dos primeiros autores a sustentar, com argumentos sólidos, o descabimento do ANPP, discorda-se dela.

Mesmo diante da tendência restritiva do legislador no sentido de afastar os instrumentos despenalizadores, é certa a inexistência de vedação expressa do ANPP ao artigo 32, § 1º-A, como ocorre com a proibição da aplicação dos benefícios da Lei n. 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 41 da Lei n. 11.340/2006). Na existência de margem de dúvida no tocante ao cabimento de algum benefício, a legislação, quando quer afastá-lo, traz previsão expressa nesse sentido, como sucede, além do artigo 41 da Lei n. 11.340/2006, com o descabimento da fiança nas hipóteses do artigo 323 do CPP.

Por outro lado, Rodrigo Cabral explica que é apenas a violência contra a pessoa que desautoriza o ANPP, porque o artigo 28-A do CPP está intimamente vinculado ao artigo 44, I, do Código Penal (CP), o qual permite, na sentença condenatória, que a pena restritiva de direitos substitua a pena privativa de liberdade quando esta não for superior a quatro anos e o crime não for cometido com “violência ou grave ameaça à pessoa”. O artigo 28-A do CPP realiza uma “projeção, ainda que aproximada, sobre a possibilidade de substituição de uma eventual futura pena. Em outras palavras, o legislador possibilitou o acordo para aqueles investigados que, ao que tudo indica, seriam efetivamente beneficiados pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito” (8).

Vale dizer: a lógica do ANPP é adiantar a reprovação e prevenção do crime para antes mesmo do oferecimento da denúncia, no caso de crime cuja pena privativa de liberdade estabelecida pela sentença condenatória possa ser substituída por pena restritiva de direitos. Observada a pena mínima de dois anos, será, na prática, muito rara a condenação do réu a uma pena superior a quatro anos, de forma que, na maioria dos casos, a condenação do agente permitirá a substituição

⁷ GONÇALVES, Monique Mosca. A tutela penal dos animais no contexto da nova Lei nº 14.064/2020. *Boletim Criminal Comentado n. 114*, Ministério Público do Estado de São Paulo, out. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAOCRIM%20114.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020. p. 13.

⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 91.

Boletim Criminal Comentado 120- Novembro

-2020 -

da pena. Aqui está uma forte razão que milita contra o posicionamento pelo descabimento do ANPP: quanto ao tipo do artigo 32, § 1º-A, não há coerência no sistema que veda o ANPP, no início da persecução penal, mas admite, no final, com a sentença condenatória, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, pois o artigo 44, I, do CP, somente proíbe essa substituição nas hipóteses de violência praticada contra a pessoa.

Além dessa interpretação sistemática, a interpretação literal evidencia que a violência referida pelo artigo 28-A do CPP envolve somente a pessoa. Esse último artigo legal admite o ANPP quando o agente confessa a prática de infração penal “sem violência ou grave ameaça”. O posicionamento que aumenta o âmbito de incidência da “violência” para abranger outros seres além do homem, notadamente os sencientes, deve ampliar também o âmbito da grave ameaça. Chegará assim à inóspita conclusão de que a grave ameaça contra um cão também impede o ANPP. Todavia, como se identifica uma grave ameaça irrogada por um homem contra um animal? Sustenta-se, em leitura própria, que, como os vocábulos “violência” e “grave ameaça” vêm elencados em sequência, intercalados por uma conjunção alternativa (“ou”), o âmbito de incidência deles deve ser exatamente o mesmo. E porque não há que se cogitar em grave ameaça contra o animal, mas apenas contra o homem, conclui-se que a violência referida no artigo 28-A do CPP é apenas aquela praticada contra o homem.

Também se critica o entendimento segundo o qual, na órbita penal, os animais, notadamente os sencientes, são sujeitos de direitos, não obstante se reconheça e se concorde com a proteção que eles merecem de per se, independentemente da qualquer relação sua para com o homem, principalmente de utilidade. A condição de sujeito de direitos do animal é incompatível com o gozo de vários direitos previstos no artigo 5º da CF: o cão que fica confinado aos limites de uma residência tem a sua liberdade cerceada, o que caracterizaria cárcere privado? O gato que é sacrificado por medida sanitária (Lei n. 569/1948) tem a sua vida violada, o que configuraria homicídio? O cão que é esterilizado sofre lesão corporal? A resposta é negativa, de forma que se conclui que não se pode considerar o cão ou gato “meio” sujeito de direitos: ele ostentaria essa condição de sujeito em relação à sua integridade física, mas não quanto à sua liberdade ou à sua vida.

Além disso, negar, abstratamente, o cabimento do ANPP para o artigo 32, § 1º-A, da LCA, implica reconhecer a incapacidade do Ministério Público de resolver o conflito penal sem depender da judicialização, o que é a tônica do ANPP. Significa contrariar a política criminal que recomenda um Ministério Público resolutivo, aquele que, por mecanismos extrajudiciais, promove a pacificação social conferindo uma resposta efetiva para o problema penal.

Não obstante, a maior gravidade dos maus tratos contra cães e gatos repercute no ANPP. As condições, no caso do artigo 32, § 1º-A, devem ser mais severas e intensas, justamente para

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

cumprir a reprovação e prevenção do crime exigidas pelo art. 28-A, caput, do CPP. Essas condições, com destaque para a do artigo 28-A, V, do CPP, devem ser proporcionais, sob a óptica da suficiência da reprovação e prevenção, à pena a que o agente seria condenado.

Resta claro ainda que, se a gravidade dos maus tratos, no caso concreto, evidenciar uma reprovação e necessidade de prevenção tão intensas a ponto de essas finalidades não poderem ser garantidas pela via do acordo, o ANPP não deve ser oferecido. Menciona-se, a título de exemplo, o agente que mutila as quatro patas e as mamas de uma cadela, impedindo que ela se locomova e amamente os seus filhotes recém-nascidos. Nesse exemplo, as consequências e circunstâncias do crime atestam a imprestabilidade do ANPP.

Dessa forma, por mais que os animais tenham dignidade e mereçam proteção de per si, essa tutela pode ser garantida pelo ANPP.

2 APLICAÇÃO DA PENA DE PROIBIÇÃO DA GUARDA DO CÃO OU GATO

O artigo 32, § 1º-A, prevê a proibição da guarda de cão ou gato. Trata-se de pena restritiva de direito fixada de forma direta e autônoma pela lei. Observada essa natureza jurídica de pena, e não de efeito da sentença condenatória (arts. 91 e 92 do CP), o instituto, à vista da ausência de parâmetros assinados pelo legislador, desafia dificuldades: significado, tempo, abrangência.

A melhor interpretação dessa pena inicia pela Constituição. Esta, no artigo 225, especialmente no seu § 1º, VII, prevê o bem-estar aos animais. A Constituição tem uma pretensão de eficácia consistente em imprimir ordem e conformação à realidade. Quando essa pretensão de eficácia é realizada, a Constituição adquire a sua força normativa. Para tanto, ela impõe tarefas aos seus destinatários. E a Constituição adquire força ativa quando essas tarefas são realizadas, quando existe disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida (9). Ao revés, a força normativa parece quando se opera a frustração material da finalidade do texto constitucional (10), que, no caso do artigo 32, § 1º-A, consiste em evitar o sofrimento do animal.

Impende verificar a melhor forma de a “proibição da guarda” cumprir essa finalidade constitucional. Para tanto, o intérprete deve conciliar o interesse individual com o interesse social,

⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 11-19.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 95.

Boletim Criminal Comentado 120- Novembro

-2020 -

e adaptar a norma à finalidade humana (11); deve adaptar o direito às necessidades presentes e futuras da vida social (12).

A interpretação, ao conferir relevância para o seu resultado, reprová consequências incompatíveis com o bem geral. Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável às necessidades da prática e que conduza a melhor consequência para a coletividade (13). Assim, conclui-se que limitar a “proibição da guarda” apenas à suspensão temporária da guarda do cão ou gato maltratado não é o melhor resultado para a sociedade, a qual exige, pelo artigo 225 da CF, o bem-estar de todos os animais – este é um verdadeiro fim social.

Considerando que o intérprete atribui aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar, porque presume que o legislador tenha-se valido de expressões comuns, tirante os termos técnicos (14), compreende-se que a “proibição da guarda” é genérica e abrangente, envolvendo tanto a perda da guarda de todos os cães e gatos pertencentes ao agente, no momento da sentença condenatória, bem como a impossibilidade, durante certo tempo, de ele ter novos animais dessas duas espécies. A extensão da proibição da guarda para os outros cães e gatos que não foram vítimas justifica-se pela alta probabilidade de que eles também venham a ser agredidos. Essa é a interpretação que atende à força normativa do artigo 225, § 1º, VII, da CF.

Qual o prazo da proibição da guarda? Quanto aos cães e gatos existentes à época da sentença, ocorre a perda da guarda; logo, não há que se falar em prazo. Já a proibição para que o agente, a partir da sentença condenatória, tenha outros cães e gatos deve ocorrer pelo prazo fixado para a pena privativa de liberdade.

O que deve suceder com os animais cuja guarda foi perdida? Animais em situação de abandono ou maus tratos constituem típica questão sanitária local, pelo que é dever do município cuidar deles. Assim tem-se decidido: “Conforme entendimento desta Corte, é da competência dos Municípios a guarda de animais domésticos abandonados, por se tratar de medida sanitária para a promoção da saúde pública. Tratando-se de dever do Município o cuidado com animais abandonados em seu território, não há fundamento para invocação da precariedade de recursos para o cumprimento do dever legalmente estabelecido” (TJRS, 21ª C. Cív., Apelação Cível 70083786400, Rel. Marco Heinz, J. em: 11/03/2020). Logo, os animais de cuja guarda o agente condenado foi proibido devem ser

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 25, 83.

¹² GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 83.

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 135.

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 90.

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

encaminhados ao município, que, por conta própria ou por instituição conveniada, os manterá e inclusive poderá providenciar o seu oferecimento para adoção.

Aqui se divisa uma das principais vantagens do ANPP. É sabido que a maioria dos municípios brasileiros não têm abrigos para cães e gatos; quando têm, as condições são precárias. Uma vez cabível o ANPP, com base no art. 28-A, V, do CPP, deve ser avençado com o agente que ele custeie toda a guarda do cão ou gato até que haja a adoção.

Caso o agente condenado descumpra essa proibição da guarda, que cuida de pena restritiva que o privou do direito, haverá a tipificação do crime de desobediência a decisão judicial (artigo 359 do CP).

CONCLUSÕES

O artigo 32, § 1º-A, da LCA, decorre da força normativa do artigo 225 da CF, que determina o asseguramento do bem-estar dos animais, de per si. O tipo penal em questão traz como elementar a prática de violência.

O ANPP equivale a uma forma de exercício do jus puniendi estatal, que é vantajosa por prescindir do full trial, no Poder Judiciário.

Interpretado sistematicamente com o artigo 41, I, do CP, a violência que interdita o ANPP (art. 28- A, caput, do CPP) é apenas aquela praticada contra o homem, e não em desfavor dos animais. Assim, tem cabimento do ANPP para o crime tipificado no art. 32, § 1º-A, da LCA.

A pena da proibição da guarda deve ser aplicada sob o objetivo constitucional de assegurar o bem estar aos animais, o que caracteriza uma finalidade social. Nesses termos, a proibição da guarda implica: a) a perda definitiva da guarda de todos os cães e gatos que o agente tenha no momento da sentença condenatória; e b) a impossibilidade, no prazo equivalente ao da pena privativa de liberdade, de o sujeito ativo condenado ter outros cães e gatos.

O descumprimento da proibição da guarda, que é uma pena restritiva de direitos fixada direta e autonomamente pelo artigo 32, § 1º-A, da LCA e que priva o réu condenado de direito seu, tipifica o crime do artigo 359 do CP (desobediência a decisão judicial).

REFERÊNCIAS

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal. Salvador: Juspodivm, 2020.

GONÇALVES, Monique Mosca. A tutela penal dos animais no contexto da nova Lei nº 14.064/2020. Boletim Criminal Comentado n. 114, Ministério Público do Estado de São Paulo, out. 2020.

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAOCRIM%20114.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Marcel Bittencourt. Acordo de Não-Persecução Penal e Discricionariedade Mitigada na Ação Penal Pública. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, v. 5, n. 2, p. 99-120, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6031/pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. Capítulo 25 – Crime Ambiental – Lei n. 9.605/1998. In: Leis Penais Especiais Comentadas. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (Org.). Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1169-1294.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (Org.). Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 101-121.

Clique [aqui](#) para assistir o vídeo do Dr. Rafael Schwez Kurkowski, promotor de Justiça de SE, autor do presente estudo.

Boletim Criminal Comentado 120- Novembro

-2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Decisão que indefere liminar em habeas corpus na origem. Habeas corpus no STJ: cabimento?

PESQUISA PRONTA- STJ

A Sexta Turma afirmou que "a teor do disposto no enunciado da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, não se admite a utilização de habeas corpus contra decisão que indeferiu a liminar em *writ* impetrado no tribunal *a quo*, sob pena de indevida supressão de instância. A despeito de tal óbice processual, tem-se entendido que, em casos excepcionais, quando evidenciada a presença de decisão teratológica ou desprovida de fundamentação, é possível a mitigação do referido enunciado".

O entendimento foi firmado no julgamento do AgRg no HC 620.240, sob relatoria do ministro Nefi Cordeiro.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Embora se afirme que a lei não dispôs sobre a concessão de liminar em habeas corpus, o certo é que, por força de construção doutrinária e jurisprudencial, essa possibilidade é amplamente aceita. Demais disso, os regimentos internos dos tribunais, de forma expressa, preveem a liminar no *writ*.

De sorte que o art. 191, inc. IV, do regimento interno do STF, admite a expedição de salvo-conduto, até decisão do feito, "se houver grave risco de consumir-se a violência". No mesmo sentido o regimento interno do STJ (art. 201, inc. IV), e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (art. 248).

É ainda conhecida, nesse sentido, a lição doutrinária segundo a qual, se no mandado de segurança, que tutela interesses patrimoniais, há expressa previsão quanto à liminar, com mais razão há de se reconhecer essa possibilidade no habeas corpus, que protege a liberdade da pessoa. E, de fato, dispõe o art. 7º, inc. III, da Lei n. 12.016/2009, ser cabível a liminar no mandamus "quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida". E, de fato, no cotidiano forense, é corriqueira a concessão de liminares, bastando que se recorde das decisões que, in limine, impedem o indiciamento formal em inquérito policial do suposto autor de um crime ou daquelas que asseguram à testemunha ou ao investigado o direito de permanecer em silêncio perante Comissões Parlamentares de Inquérito ou algum outro procedimento investigativo.

Vale mesmo que se confira a lição de Ada Pellegrini Grinover ao destacar que "de natureza cautelar é a concessão de liminar do habeas corpus, que embora não autorizada pela lei, se esboça em

Boletim Criminal Comentado 120- Novembro

-2020 -

doutrina na esteira da concessão in limine do mandado de segurança” (O processo em sua unidade, Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. 2, p. 72). Nesse sentido, ainda, o enunciado da Súmula 109 das Mesas de Processo Penal da USP, in verbis: “A concessão de medida liminar em habeas corpus, construída pretorianamente, tem o mesmo caráter de medida cautelar atribuída à liminar em mandado de segurança”. De resto, trata-se de medida autorizada pela jurisprudência do STF e largamente utilizada na prática, vez que “desempenha importante função instrumental, pois se destina a garantir, pela preservação cautelar da liberdade de locomoção física do indivíduo, a eficácia da decisão a ser ulteriormente proferida quando do julgamento definitivo do writ constitucional” (STF – Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 147/962).

A reforçar o posicionamento acima, vale que se confira o enunciado da Súmula n. 691 do STF, in verbis:

“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de Habeas Corpus impetrado contra decisão do relator que, em Habeas Corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”.

É dizer: o entendimento sumular da mais alta Corte do país admite, com todas as letras, a concessão de liminar no writ, reconhecendo sua incompetência para conhecer de habeas corpus que se volte contra decisão do relator, de Tribunal Superior, que indeferiu a liminar. Saliente-se, desde logo, que tribunais superiores são assim considerados o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Superior Tribunal Militar (STM) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST). Na prática, a imensa maioria dos casos se refere a indeferimento de liminar no remédio heroico da lavra de Ministro do STJ, na qualidade de relator.

Esse entendimento cristalizado na súmula, que tem por objetivo evitar indesejável supressão de instância, no exame *per saltum* da matéria, afinal “[...] enquanto o STJ não decidir a medida cautelar em causa, não pode ele ser substituído para o julgamento dessa medida por esta Corte, que, se diretamente não tem competência para tanto, não a terá também para fazê-lo indiretamente por via deste habeas corpus, pela singela razão de que não se pode fazer indiretamente o que, por falta de competência, não é permitido fazer diretamente” (STF – HC nº 79.776-RS, Rel. Moreira Alves, j. em 08.02.2000).

O próprio STF, porém, vem admitindo mitigação a tal entendimento. Nesse sentido, “a jurisprudência desta Corte, contudo, admite seu abrandamento, apenas quando a não concessão da liminar enseja a manutenção de flagrante constrangimento ilegal ou de situação manifestamente contrária à jurisprudência do STF” (HC n. 115.015-SP – Rel. Teori Zavascki, j. 27.08.2013). Sendo, assim, manifesta a coação ilegal, o entendimento do STF é no sentido da superação dos termos de sua própria súmula, a admitir, em situações excepcionais, o conhecimento e a concessão da ordem para desconstituir decisão que, oriunda de Tribunal Superior, indeferiu liminar. Aliás, no julgamento do HC nº 85.185-SP, ocorrido no dia 10 de

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

setembro de 2005, cujo relator foi o Ministro Cezar Peluso, sugeriu-se o cancelamento do enunciado da Súmula 691, proposta, no entanto, rejeitada pelo Plenário daquela augusta Corte.

Tal orientação é adotada, também, pelo STJ, quando aprecia writ contra indeferimento de liminar em habeas corpus, como se percebe do julgado em comento.

A posição do STF, portanto, pode ser assim resumida: regra geral, em atendimento ao enunciado da Súmula 691, não se deve conhecer do habeas corpus. Se, todavia, a hipótese em julgamento encerrar flagrante ilegalidade, com patente e injustificada restrição à liberdade da pessoa, pode o STF conceder a ordem, a fim de fazer cessar o constrangimento. Trata-se, aliás, de aplicação do disposto no § 2º, do art. 654, do CPP.

Por derradeiro, mas no contexto da matéria, de se acrescentar que inexistente qualquer ilegalidade – ao revés, demonstra prudência – a decisão do relator que posterga a apreciação da liminar à prévia oferta das informações pela autoridade coatora, para, somente depois, analisar o cabimento daquela (STJ – HC nº 27855-RJ –Rel. Gilson Dipp, j. em 10.06.2003, DJ de 25.8.2003, p. 346).

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Supremo inicia julgamento sobre prescrição do crime de injúria racial

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

Em seu voto, apresentado nesta quinta-feira (26), o relator, ministro Edson Fachin, considerou que o a injúria racial é uma espécie de racismo e, portanto, é imprescritível.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) começou a julgar, na tarde desta quinta-feira (26), o Habeas Corpus (HC) 154248, em que uma mulher busca o reconhecimento da prescrição do crime de injúria racial a que foi condenada. Na sessão de hoje, foram apresentadas as sustentações orais e o voto do relator, ministro Edson Fachin, pelo indeferimento do pedido. A análise da questão deverá ser retomada na próxima quarta-feira (2).

Injúria qualificada

L. M. S., atualmente com 79 anos, foi condenada a um ano de reclusão e 10 dias-multa pelo Juízo da Primeira Vara Criminal de Brasília (DF) por ter ofendido uma frentista de um posto de combustíveis, chamando-a de “negrinha nojenta, ignorante e atrevida”. A prática foi enquadrada como crime de injúria qualificada pelo preconceito (artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal).

Crime inafiançável

A condenação, proferida em 2013, foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), e a defesa de L.M.S. recorreu ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Durante a tramitação do recurso especial, ela pediu a extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, pois já haviam transcorrido mais de quatro anos sem que houvesse o trânsito em julgado da condenação. O recurso foi negado pela 6ª Turma do STJ, que asseverou que o crime de injúria racial é imprescritível e inafiançável.

Prescrição

O mesmo pedido foi apresentado ao Supremo no HC. Os advogados alegam que a conduta de proferir ofensas injuriosas contra alguém, ainda que com referências à cor da pele, não consiste em crime de racismo. Sustentam, ainda, que L. M. S. tinha mais de 70 anos na época da sentença e, portanto, teria direito à redução do prazo prescricional pela metade, conforme o artigo 115 do CP.

Repúdio constitucional

Representando o Movimento Negro Unificado (MNU) e outras instituições aceitas como interessadas no processo, o advogado Paulo Roberto Iotti afirmou que o discurso racista se dá

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

principalmente na forma da chamada injúria racial. Para ele, não reconhecer a ofensa à honra de um indivíduo por motivação racial como racismo significa retirar a maior parte da eficácia do repúdio constitucional aos discursos racistas. O advogado Hédio Silva Júnior reforçou o pedido de denegação do HC, ressaltando ser necessário que o crime de injúria racial não prescreva.

Prescrição

O procurador-geral da República (PGR), Augusto Aras, manifestou-se pela concessão da ordem e avaliou que a imprescritibilidade alcança somente o crime de racismo, e não o de injúria racial. “Devem ser observadas as escolhas feitas pelo constituinte”, observou, ao citar que, no Brasil, o crime de feminicídio e o de estupro prescrevem “e são comportamentos bárbaros e hediondos”. No caso concreto, o procurador-geral verificou que, na data da sentença, L. M. S. tinha mais de 70 anos e que o Código Penal prevê a contagem do prazo prescricional pela metade.

Espécie de racismo

O relator do HC, ministro Edson Fachin, votou pelo indeferimento do pedido. Para ele, o crime de injúria racial é uma espécie de racismo e, portanto, é imprescritível. Segundo o ministro, o legislador aproximou os tipos penais de racismo e injúria, inclusive quanto ao prazo da pretensão punitiva, ao aprovar a Lei 12.033/2009, que alterou o parágrafo único do artigo 145 do Código Penal para tornar pública condicionada a ação penal para processar e julgar os crimes de injúria racial.

Para Fachin, o crime de injúria racial traz em seu bojo o emprego de elementos associados ao que se define como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém. Nesses casos, há ataque à honra ou à imagem alheia, com violação de direitos, como os da personalidade, que estão ligados à dignidade da pessoa humana. Assim, a injúria é uma forma de realizar o racismo, e agir dessa forma significa exteriorizar uma concepção “odiosa e antagônica” revelando que é possível “subjugar, diminuir, menosprezar alguém em razão de seu fenótipo, de sua descendência, de sua etnia”. Por essa razão, o relator considerou possível enquadrar a conduta tanto no conceito de discriminação racial previsto em diplomas internacionais quanto na definição de racismo já empregada pelo Supremo (HC 82424).

Racismo estrutural e institucional

Para o ministro Edson Fachin, a atribuição de valor negativo ao indivíduo em razão de sua raça cria as condições ideológicas e culturais para a instituição e a manutenção da subordinação, “tão necessária para o bloqueio de acessos que edificam o racismo estrutural”. Também amplia “o fardo desse manifesto atraso civilizatório e torna ainda mais difícil a já hercúlea tarefa de cicatrizar as feridas abertas pela escravidão para que se construa um país de fato à altura do projeto constitucional nesse aspecto”, concluiu.

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

Leia a [íntegra do voto do ministro Edson Fachin](#).

Processo relacionado: HC 154248

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O § 3º do art. 140 do CP, acrescentado pela Lei 9.459/97, e alterado pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), diz:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A presente qualificadora refere-se à injúria preconceituosa, não se confundindo com o delito de racismo previsto na Lei 7.716/89. Neste, pressupõe-se sempre uma espécie de segregação (marginalizar, pôr à margem de uma sociedade) em função da raça ou da cor. No caso do § 3º do art. 140, o crime é praticado através de xingamentos envolvendo a raça, cor, etnia, religião ou origem da vítima. A diferença tem relevância e repercussão prática. Vejamos.

Xingar alguém fazendo referências à sua cor é injúria, crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima, afiançável e prescritível; impedir alguém de ingressar numa festa por causa da sua cor é racismo, cuja pena será perseguida mediante ação penal pública incondicionada, inafiançável e imprescritível.

O STJ, contudo, julgando agravo regimental no recurso especial nº 686.965/DF, considerou que a injúria racial está na seara dos crimes relativos ao racismo e é também imprescritível, pois tem sentido de segregação, somando-se às definições da Lei nº 7.716/89, que não traz um rol taxativo.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal começou a julgar o Habeas Corpus (HC) 154248, em que uma mulher busca o reconhecimento da prescrição do crime de injúria racial a que foi condenada. No mesmo sentido do STJ posicionou-se o relator, ministro Edson Fachin.

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema Crime de resistência. Análise de promoção de arquivamento de inquérito policial – confirmação

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28

Autos nº 1505xxx-6x.2018.8.26.01xx – MM. Juízo da 4ª Vara do Foro Regional de Vila Mimosa, Comarca de Campinas

Autor do fato: C.R.A.

Assunto: análise de promoção de arquivamento de inquérito policial – confirmação

Cuida-se de investigação penal instaurada visando à apuração do crime de resistência, fato ocorrido no dia 14 de julho de 2018, por volta das 03h50min, na Avenida Mirandópolis, 200, Vila Pompeia, na cidade e comarca de Campinas, ocasião em que agentes policiais militares deliberaram abordar o autor do fato, C.R.A., porque, na visão dos servidores, ele se comportava de modo suspeito; consta que referido indivíduo foi na direção de um dos policiais, para agredi-lo, sendo certo que os agentes públicos, então, optaram por fazer uso de força física moderada para contê-lo, disso resultando lesões no autor, que foi conduzido ao pronto-socorro, medicado e liberado (cf. fls. 01/03).

O investigado ostenta longa lista de antecedentes criminais, com vários processos e condenações por roubo, receptação dolosa qualificada, entre outros delitos (cf. fls. 84/107).

Não foi localizado laudo médico atinente às lesões sofridas pelo ofendido por ocasião da aludida abordagem policial (cf. fls. 119/120). Tampouco veio para os autos prontuário médico atinente ao atendimento respectivo.

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

O Douto Promotor de Justiça promoveu o arquivamento da investigação, por não vislumbrar elementos mínimos para a persecução penal em juízo, sustentando que não se esclareceu nos autos qual foi o comportamento suspeito do autor do fato, que motivou a abordagem. Ponderou, ainda, que não é razoável crer que experiente criminoso “...vá investir contra um policial numa situação como a descrita, em nítida desvantagem e propenso a receber o revide” (cf. fls. 125/128).

O MM. Juiz discordou da promoção de arquivamento e aplicou o disposto no art. 28, do Código de Processo Penal (cf. fls. 129/132).

É o relato do necessário.

Com razão o Douto Promotor de Justiça, com a máxima vênia do MM. Juiz.

O boletim de ocorrência relativo aos fatos é lacônico e genérico, de modo que não se sabe ao certo por que os agentes públicos deliberaram abordar o autor do fato.

Do histórico do boletim de ocorrência consta ainda que “...os policiais optaram por fazer uso da força moderada para detenção do mesmo onde este veio se lesionar no olho do lado direito e nos lábios onde este foi conduzido para o PS São José onde foi medicado e liberado” (*sic*) (cf. fls. 02).

O autor do fato afirmou que foi agredido pelos agentes públicos (fls. 02).

Os policiais não prestaram depoimento, cuidando-se de fato ocorrido há mais de dois anos, em julho de 2018. Sequer há laudo pericial comprobatório das lesões corporais sofridas pelo ofendido.

O cerne da questão não está em discutir se a promoção de arquivamento deu mais valor ao relato do investigado, “criminoso experiente”, ou ao dos policiais, como acenado pelo Magistrado em sua r. decisão. Não há motivos concretos nos autos para que se coloque em xeque o relato dos milicianos, tampouco para que se imprima rótulo de veracidade à versão do autor do fato.

Boletim Criminal **Comentado** 120- Novembro

-2020 -

O problema central que se desenha, portanto, é que não estão demonstradas no caderno investigatório, por provas mínimas que justifiquem a persecução penal em juízo, as elementares do delito de resistência, previsto no art. 329, do Código Penal. Isso porque não se sabe precisamente qual ato legal os agentes levariam a efeito na ocasião, tendo então o autor se oposto, mediante violência, esboçando iminente agressão a um dos policiais, a quem teria reconhecido de anterior abordagem.

Não houve testemunha sobre os fatos, que ocorreram durante a madrugada (03h50min).

Eventual ação penal estaria fadada à improcedência, ficando a versão dos agentes contra a negativa do acusado, imputando-lhes ato de abuso.

Não há, também, provas mínimas de eventual abuso por parte dos agentes. Nem mesmo laudo das lesões que o autor teria sofrido na abordagem veio para os autos.

Não se identifica, nesse contexto, justa causa para a persecução criminal em juízo.

É certo que o investigado ostenta antecedentes criminais. Tal circunstância, porém, não faz prova de que cometeu o crime de resistência – convenhamos – no caso concreto.

Ante o exposto e com a renovada vênua do MM. Juiz, insiste-se na promoção de arquivamento formulada, com as ressalvas do art. 18, do Código de Processo Penal.

São Paulo, 23 de novembro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº121,12/2020
(semana nº 1)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 121- Dezembro

-2020 -

AVISO

Execução Criminal: publicamos os Enunciados elaborados durante o XI Encontro Nacional do Ministério Público no Sistema Prisional (ENSP), promovido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública (CSP), realizado nos dias 5/6 de novembro de 2020, em Brasília, os quais não têm força vinculante ao Ministério Público dos Estados e da União. O Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM teve decisiva participação na elaboração dos Enunciados. [Confira aqui.](#)

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Art. 366 do CPP e o período de suspensão da prescrição.

Uma vez determinada a suspensão do processo, porque o réu, citado por edital, não compareceu e nem constituiu defensor, deve ser suspenso, também, o prazo prescricional (art. 366 do CPP).

Seria mesmo demasiado que o réu, nessas condições, já beneficiado com a suspensão do processo (e, portanto, imune à eventual condenação), ainda contasse com a possibilidade de ver sua punibilidade extinta pela prescrição da pretensão punitiva. Haveria, assim – em que pese a possibilidade de decretação da prisão preventiva – inegável estímulo à fuga, criando-se uma situação de impunidade incompatível com o Direito.

Como alertou Damásio de Jesus, quando da entrada em vigor da nova redação do art. 366 do CPP (que prevê a suspensão do prazo prescricional para o réu citado por edital), “é necessário tocar o sino dos dois lados para se saber onde está desafinado, se na parte da acusação ou da defesa” (Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 9271/96, Boletim IBCCrim nº 42, edição especial, junho de 1996).

Debate aguerrido foi travado com a entrada em vigor dessa alteração legislativa, referente ao período pelo qual deveria permanecer suspenso o prazo prescricional. Alguns defendiam que a suspensão deveria ocorrer por prazo indeterminado, vigorando *ad eternum*. O Supremo Tribunal Federal chegou a adotar esse posicionamento, no Recurso Extraordinário n. 460.971-RS, em que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 13.02.2007. **Contudo, a tese foi recentemente espancada pela mesma Corte no RE 600.851. Decidiram os Ministros que, se aceita, criaria uma situação de imprescritibilidade, não prevista na Constituição, que admite serem crimes imprescritíveis somente os crimes de racismo e aqueles perpetrados por grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º., incs. XLII e XLIV).**

Boletim Criminal **Comentado** 121- Dezembro

-2020 -

Foi alertado pela Corte Maior, em reforço, que não faria o menor sentido que um fato sem qualquer gravidade, que importasse, por exemplo, na prática de uma contravenção penal, aguardasse eternamente em um escaninho do cartório o improvável comparecimento do réu citado por edital. E por quanto tempo: vinte, trinta, quarenta anos? Daí a inconveniência da proposta. Pensou-se, ainda, na possibilidade de se tomar o prazo máximo de prescrição, independentemente da infração penal em tese perpetrada pelo réu, ou seja, aquele de vinte anos, previsto no art. 109, inc. I do Código Penal.

Acabou seguindo a tese que se encontra hoje pacificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 415), do seguinte teor:

“O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”.

Deve ser alertado, contudo, que nos crimes imprescritíveis, o STF admitiu a suspensão do processo sem prazo determinado. A tese fixada pelo STF foi a seguinte:

“Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na CF/88 como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso”.

Boletim Criminal **Comentado** 121- Dezembro

-2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Modo como o crime é cometido pode justificar a decretação de prisão preventiva

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou o entendimento de que o modo como o crime é cometido, revelando a gravidade concreta da conduta, constitui elemento capaz de demonstrar o risco social e de justificar a decretação da prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública.

A jurisprudência foi aplicada pelo colegiado ao analisar um caso em que o réu, acusado dos crimes de homicídio qualificado e corrupção de menor, alegou a ilegalidade de sua prisão preventiva em virtude da ausência dos requisitos previstos no [artigo 312](#) do Código de Processo Penal (CPP), tendo em vista que possuía bons antecedentes e só havia respondido a uma ação penal, na qual foi absolvido.

Segundo o processo, o acusado, movido por vingança, teria sido o responsável pela morte a tiros de um adolescente que delatou seu envolvimento com tráfico de drogas.

Ao homologar a prisão em flagrante, o juiz considerou haver prova suficiente da materialidade e indícios concretos da autoria do crime. O habeas corpus impetrado em segunda instância foi denegado. Entre outros fundamentos, o tribunal apontou que o réu responde a diversas ações penais – o que indica a sua periculosidade.

Natureza excepcional

O relator do recurso no STJ, ministro Joel Ilan Paciornik, destacou o entendimento do tribunal segundo o qual, dada a natureza excepcional da prisão preventiva, ela só pode ser aplicada quando evidenciado o preenchimento dos requisitos do artigo 312 do CPP.

O ministro ressaltou que, "considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o [artigo 319](#) do CPP".

Leia o [acórdão](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [RHC 134558](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

Reza o art. 282, §6º, do CPP:

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Esse dispositivo reforça o caráter residual da prisão preventiva, verdadeira última ratio, 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).

Como salienta Luiz Flávio Gomes, “cabe ao juiz aquilatar as vantagens e desvantagens de cada situação. A relação que permeia o princípio da necessidade é a fundada nos custos e benefícios. Se uma medida alternativa ou substitutiva é suficiente, deve-se evitar a prisão (princípio da suficiência das penas ou medidas alternativas ou substitutivas)” (Prisão e medidas cautelares, Ed. RT, p. 33).

A necessidade de fundamentação da decisão no caso concreto, sem paixões para fatores abstratos, moveu o legislador na Lei 13.964/19.

No caso analisado, o magistrado observou que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, pois ficou comprovada pelas instâncias ordinárias, com base na análise das provas, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade do recorrente, evidenciadas pelo modo como o delito foi praticado – o que demonstra o risco de sua manutenção no meio social.

O Min. Joel Paciornik levou em consideração, ainda, o risco de reiteração delitiva apontado pelo juiz de primeiro grau, bem como a informação do tribunal de origem de que o acusado responderia a outras ações penais, além daquela em que foi absolvido.

O relator salientou que a jurisprudência do STJ também estabelece que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade e bons antecedentes, não impedem, por si só, a decretação da prisão preventiva.

Por fim, o ministro mencionou precedentes do tribunal em que ficou decidido ser "inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública".

Boletim Criminal **Comentado** 121- Dezembro

-2020 -

2- Tema: Delação premiada e fixação de competência

INFORMATIVO 999 STF- SEGUNDA TURMA

A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração da competência.

Isso porque, conforme decidido por esta Corte, nos autos do INQ 4.130, os fatos relatados em colaboração premiada não geram prevenção. Enquanto meio de obtenção de prova, os fatos relatados em colaboração premiada, quando não conexos com o objeto do processo que deu origem ao acordo, devem receber o tratamento conferido ao encontro fortuito de provas.

Destaca-se que a regra no processo penal é o respeito ao princípio do juiz natural, com a devida separação das competências entre justiça estadual e justiça federal. Assim, para haver conexão ou continência, seria necessário que, além da mera coincidência de agentes, houvesse uma conexão fático-objetiva entre os fatos imputados em ambas ações penais. Deve-se ter em conta que a conexão e a continência são “verdadeiras causas modificadoras da competência e que têm por fundamento a necessidade de reunir os diversos delitos conexos ou os diferentes agentes num mesmo processo, para julgamento simultâneo”.

Com a finalidade de viabilizar a instrução probatória e impedir a prolação de decisões contraditórias, a alteração da competência deve-se limitar às restritas situações em que houver o concurso de agentes em crime específico, simultâneo ou recíproco, nos casos de crimes cometidos com a finalidade de ocultar infração anterior, quando houver um liame probatório indispensável, ou nas hipóteses de duas pessoas serem acusadas do mesmo crime (arts. 76 e 77 do Código Penal).

No caso, o único vínculo fático-objetivo que sustentaria a tese da conexão instrumental seria a citação do paciente em uma delação, no sentido de que ele integraria a suposta organização criminosa investigada na ação que tramita perante a justiça federal. Não obstante a coincidência parcial de réus nas ações penais, há autonomia na linha de acontecimentos que desvincula os fatos imputados ao paciente numa delas dos fatos descritos na outra.

Trata-se de agravo regimental em habeas corpus impetrado contra decisão de indeferimento de idêntica medida no Superior Tribunal de Justiça que manteve a competência da justiça federal para julgar e processar o paciente, promotor de justiça aposentado.

Com base no entendimento exposto, a Segunda Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental interposto contra decisão concessiva da ordem, decretou a ilegalidade da prisão preventiva do paciente, por estar fundada em suposições e ilações, e determinou a remessa dos autos à justiça comum estadual de primeiro grau.

Boletim Criminal **Comentado** 121- Dezembro

-2020 -

HC 181978 AgR/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10.11.2020. (HC-181978)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A colaboração premiada deve ser definida, com base na Lei 12.850/13, alterada pelo PACOTE ANTICRIME, como a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial, redução de pena, ou sua substituição ou outros benefícios penais, desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei.

Observe-se, contudo, que, devido a alteração promovida pela Lei 13.964/2019, foi inserido na Lei 12.850/2013 o art. 3º-A que tratou de dar um conceito legal ao instituto, assim redigido:

“Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

A definição legal, em nosso sentir, produz significativas alterações sobre o tema porque consolida a sua natureza mista e estabelece bases principiológicas que devem ser aplicadas para todas as demais espécies de colaboração premiada. Vejamos.

Ao prever tratar-se de negócio jurídico e meio de obtenção de prova, proclamou-se sua natureza dúplice, já sedimentada inclusive pelos tribunais brasileiros. Neste sentido reconhece o STF que “A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes” (STF, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli).

Esses elementos conceituais enunciam a estrutura ontológica e a função utilitarista da colaboração premiada. Vejamos.

Ao prever que a colaboração premiada é um negócio jurídico, a legislação consagra a ideia de que ela deve ser celebrada em meio um ajuste bilateral de cláusulas, condições, prestações e contraprestações recíprocas, o que produz consequências significativas acerca de vários pontos do instituto. A partir disso, deve-se considerar a consensualidade como sua característica principal o que implica em um robustecimento da autonomia da vontade, na busca pela eficiência, na lealdade e boa-fé objetiva das partes. Essas características têm reflexos profundos como a substituição do sistema de legalidade estrita pelo da juridicidade negociada, aumento no protagonismo convergente das partes com consequente redução da atuação do juiz, diversificação de estratégias defensivas e acusatórias, etc.

Em razão da consensualidade do instituto, restou consolidado o entendimento de que “Não existe direito líquido e certo a compelir o Ministério Público à celebração do acordo de delação premiada, diante das características desse tipo de acordo e considerando a necessidade de distanciamento

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

que o Estado-juiz deve manter durante o cenário investigado e a fase de negociação entre as partes do cenário investigativo. O acordo de colaboração premiada, além de meio de obtenção de prova, constitui-se em um negócio jurídico processual personalíssimo, cuja conveniência e oportunidade estão submetidos à discricionariedade regrada do Ministério Público e não se submetem ao escrutínio do Estado-juiz. Em outras palavras, trata-se de ato voluntário, insuscetível de imposição judicial”. (STF. 2ª Turma. MS 35693 AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/5/2019).

A natureza bilateral do acordo produz outras duas consequências, a nosso ver: 1) não é mais possível defender a possibilidade de colaborações premiada unilateral e 2) somente o Ministério Público pode celebrar os acordos de colaboração, conforme será visto em tópicos próprios.

Aliás, é da diversidade defensiva à consensualidade esclarecida que desaguamos na ideia consolidada de que a colaboração premiada é autêntico meio de defesa conferido ao acusado, atributo que somado aos outros informam a natureza mista do instituto.

A parte final do conceito legal do art. 3º-A consagra o viés pragmático da colaboração premiada, perspectiva que implica em uma análise voltada à busca pelos melhores resultados produtivos e úteis, porque, a um só tempo, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes econômicos, abreviam o tempo para a solução do conflito e atendem um prático cálculo de utilidade social.

Firmadas essas premissas, decorrentes do conceito legal, concluiu o STF, no caso em exame, que a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração da competência. Enquanto meio de obtenção de prova, os fatos relatados em colaboração premiada, quando não conexos com o objeto do processo que deu origem ao acordo, devem receber o tratamento conferido ao encontro fortuito de provas.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Sonegação fiscal. Teoria do domínio do fato. Inexistência de nexos de causalidade. Inaplicabilidade. Dolo. Essencialidade. Descrição de culpa em sentido estrito. Incompatibilidade com o tipo penal.

INFORMATIVO 681 STJ- SEXTA TURMA

A teoria do domínio do fato não permite, isoladamente, que se faça uma acusação pela prática de qualquer crime, eis que a imputação deve ser acompanhada da devida descrição, no plano fático, do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado delituoso.

Informações do Inteiro Teor

Apesar de o Código Penal prever que todo aquele que concorre para o crime é considerado autor (art. 29, caput), ainda que a sua participação seja de menor importância (art. 29, § 1º), há situações nas quais o intérprete lança mão do domínio do fato, do modo a presumir e demarcar a autoria.

Entretanto, o conceito de "domínio do fato" ou "domínio final do fato" não se satisfaz com a simples referência à posição do indivíduo como administrador ou gestor (de fato ou previsto no contrato social da empresa). Vale dizer, é insuficiente considerar tal circunstância, isoladamente, para que se possa atribuir a responsabilidade penal pela prática de crime tributário.

Em relação ao domínio do fato, há interessantes produções doutrinárias que chamam a atenção para os problemas que orbitam ao redor dessa teoria. O principal deles pode ser identificado logo em sua gênese, isto é, na ausência de uma construção teórico-dogmática coerente e passível de ser coordenada em harmonia com o nosso ordenamento jurídico, sobretudo na atuação jurisdicional diante de casos concretos. Fazer uso da teoria do domínio do fato pressupõe do intérprete a manutenção da coerência sistêmica.

Foi com Welzel, em 1939, que surgiu uma teoria do domínio do fato como critério de delimitação de autoria e que dependeria de dois pressupostos: a) os pessoais, decorrentes da estrutura do tipo, e o b) fático, ligado ao domínio final do fato (o autor seria o senhor da decisão e da execução de sua vontade final). O domínio do fato, em sua concepção, portanto, compunha as espécies de autoria ou coautoria (direta ou mediata).

Todavia, é com Roxin, sem dúvida, que a teoria do domínio do fato ganhou "sua expressão mais acabada". Longe de ser um aprimoramento ou aperfeiçoamento da teoria de Welzel, constituiu-se ela uma construção nova, com implicações teóricas e práticas distintas.

Enquanto para Welzel a teoria do domínio do fato seria um pressuposto (requisito) material para determinação da autoria, para Roxin consistiria em um critério para delimitação do papel do agente

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

na prática delitiva (como autor ou partícipe). Ela representou, assim, uma forma de distinguir autor de partícipe e não fundamentou responsabilidade penal onde ela não existe, mas apenas distinguiu o papel desempenhado por cada agente no delito.

Roxin desenvolveu uma teoria em que o domínio do fato se manifestava de três maneiras, sem a pretensão de universalidade sobre todos os casos: a) domínio da ação, nas hipóteses em que o agente realiza, por sua própria pessoa, todos os elementos estruturais do crime (autoria imediata); b) domínio da vontade, na qual um terceiro funciona como instrumento do crime (autoria mediata); e c) domínio funcional do fato, que trata da ação coordenada, com divisão de tarefas, por pelo menos mais uma pessoa.

Ao tratar especificamente do domínio da vontade, Roxin distinguiu três hipóteses: (1) por coação exercida sobre terceiro, (2) por indução a erro de terceiro e (3) por um aparato organizado de poder. Esta última hipótese trata daquele que "servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados".

Mas, para Roxin, esse não seria o único critério de fundamentação e distinção da autoria e da participação. Existiriam outros delitos que não seriam influenciados pela teoria do domínio do fato, como naqueles em que há violação de dever (delitos próprios). Então, v. g., no crime de peculato, não seria estabelecida a autoria pela teoria do domínio do fato, mas por violação de dever. Além desses, os delitos culposos, omissivos (próprios e impróprios), também não seriam abrangidos pela teoria do domínio do fato.

Observa-se, portanto, que a referida teoria opera em um plano de abstração e funciona como uma ratio, a qual é insuficiente, por si mesma e se conceitualmente considerada, para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É insuficiente e equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado aos fatos, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo (comprovação da existência de um plano delituoso comum ou a contribuição relevante para a ocorrência do fato criminoso).

Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva.

Também não é correto, no âmbito da imputação da responsabilidade penal, partir da premissa ligada à forma societária, ao número de sócios ou ao porte apresentado pela empresa para se

Boletim Criminal **Comentado** 121- Dezembro

-2020 -

presumir a autoria, sobretudo porque nem sempre as decisões tomadas por gestor de uma sociedade empresária ou pelo empresário individual, - seja ela qual for e de que forma esteja constituída - implicam o absoluto conhecimento e aquiescência com os trâmites burocráticos subjacentes, os quais, não raro, são delegados a terceiros.

O delito de sonegação fiscal, previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, exige, para sua configuração, que a conduta do agente seja dolosa, consistente na utilização de procedimentos (fraude) que violem de forma direta a lei ou o regulamento fiscal, com objetivo de favorecer a si ou terceiros, por meio da sonegação. Há uma diferença inquestionável entre aquele que não paga tributo por circunstâncias alheias à sua vontade de pagar (dificuldades financeiras, equívocos no preenchimento de guias etc.) e quem, dolosamente, sonega o tributo com a utilização de expedientes espúrios e motivado por interesses pessoais.

Na hipótese, o quadro fático descrito na imputação é mais indicativo de conduta negligente ou imprudente. A constatação disso é reforçada pela delegação das operações contábeis sem a necessária fiscalização, situação que não se coaduna com o dolo, mas se aproxima da culpa em sentido estrito, não prevista no tipo penal em questão.

Processo: REsp 1.854.893-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 8/9/2020, DJe 14/9/2020.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Uma das soluções existentes para a imputação de crimes em concurso de pessoas se baseia na denominada “teoria do domínio do fato”, para a qual autor é quem controla finalisticamente o fato, ou seja, quem decide a sua forma de execução, seu início, cessação e demais condições. Partícipe, por sua vez, é quem, embora colabore dolosamente para o alcance do resultado, não exerce domínio sobre a ação.

Há três aspectos sob os quais a teoria do domínio final do fato deve ser analisada:

(I) Domínio da ação: corresponde ao autor imediato, aquele que, por sua vontade, executa o núcleo do tipo.

(II) Domínio da vontade: neste caso, o agente se vale de terceira pessoa para a prática do crime. É caso de autoria mediata, que se verifica em três situações: a) coação moral irresistível: o coato, oprimido pelo medo, sucumbe ante a violência moral e pratica a conduta criminosa em favor de quem domina sua vontade; b) erro determinado por terceiro: erro não espontâneo que leva o provocado à prática do delito; c) domínio da organização: o comandante de uma organização criminosa emite ordens para o cometimento de infrações penais por subordinados (voltaremos a este tema à frente).

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

(III) Domínio funcional: retrata a situação em que, a partir de uma decisão conjunta de cometer a infração penal, duas ou mais pessoas atuam em colaboração, sendo que cada uma delas tem uma espécie de domínio sobre o todo. É o caso, por exemplo, em que dois indivíduos combinam a prática de um roubo e, enquanto um deles ameaça a vítima com a arma de fogo, o segundo subtrai os bens. Nesse caso, ocorre a chamada “imputação recíproca”, em que ambos respondem pelo fato como um todo, não obstante cada um tenha praticado parte da conduta típica (GRECO, Luis et alii. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 30).

Imputar a alguém a prática de um crime em razão de seu domínio final sobre o fato pressupõe, evidentemente, a demonstração de que a pessoa a quem a acusação é feita foi responsável pelo curso da prática delituosa. Em casos como os de crimes tributários, cometidos no âmbito de sociedades comerciais, as imputações não podem se basear na simples posição ocupada por administradores. É sempre necessário estabelecer a ligação entre a conduta do agente na gestão da empresa e o resultado criminoso, como decidiu o STJ no julgamento do REsp 1.854.893/SP (j. 8/9/2020):

“Apesar de o Código Penal prever que todo aquele que concorre para o crime é considerado autor (art. 29, caput), ainda que a sua participação seja de menor importância (art. 29, § 1º), há situações nas quais o intérprete lança mão do domínio do fato, do modo a presumir e demarcar a autoria.

Entretanto, o conceito de “domínio do fato” ou “domínio final do fato” não se satisfaz com a simples referência à posição do indivíduo como administrador ou gestor (de fato ou previsto no contrato social da empresa). Vale dizer, é insuficiente considerar tal circunstância, isoladamente, para que se possa atribuir a responsabilidade penal pela prática de crime tributário.

Em relação ao domínio do fato, há interessantes produções doutrinárias que chamam a atenção para os problemas que orbitam ao redor dessa teoria. O principal deles pode ser identificado logo em sua gênese, isto é, na ausência de uma construção teórico-dogmática coerente e passível de ser coordenada em harmonia com o nosso ordenamento jurídico, sobretudo na atuação jurisdicional diante de casos concretos. Fazer uso da teoria do domínio do fato pressupõe do intérprete a manutenção da coerência sistêmica.

Foi com Welzel, em 1939, que surgiu uma teoria do domínio do fato como critério de delimitação de autoria e que dependeria de dois pressupostos: a) os pessoais, decorrentes da estrutura do tipo, e b) fático, ligado ao domínio final do fato (o autor seria o senhor da decisão e da execução de sua vontade final). O domínio do fato, em sua concepção, portanto, compunha as espécies de autoria ou coautoria (direta ou mediata).

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

Todavia, é com Roxin, sem dúvida, que a teoria do domínio do fato ganhou “sua expressão mais acabada”. Longe de ser um aprimoramento ou aperfeiçoamento da teoria de Welzel, constituiu-se ela uma construção nova, com implicações teóricas e práticas distintas.

Enquanto para Welzel a teoria do domínio do fato seria um pressuposto (requisito) material para determinação da autoria, para Roxin consistiria em um critério para delimitação do papel do agente na prática delitiva (como autor ou partícipe). Ela representou, assim, uma forma de distinguir autor de partícipe e não fundamentou responsabilidade penal onde ela não existe, mas apenas distinguiu o papel desempenhado por cada agente no delito.

Roxin desenvolveu uma teoria em que o domínio do fato se manifestava de três maneiras, sem a pretensão de universalidade sobre todos os casos: **a)** domínio da ação, nas hipóteses em que o agente realiza, por sua própria pessoa, todos os elementos estruturais do crime (autoria imediata); **b)** domínio da vontade, na qual um terceiro funciona como instrumento do crime (autoria mediata); e **c)** domínio funcional do fato, que trata da ação coordenada, com divisão de tarefas, por pelo menos mais uma pessoa.

Ao tratar especificamente do domínio da vontade, Roxin distinguiu três hipóteses: (1) por coação exercida sobre terceiro, (2) por indução a erro de terceiro e (3) por um aparato organizado de poder. Esta última hipótese trata daquele que “servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados”.

Mas, para Roxin, esse não seria o único critério de fundamentação e distinção da autoria e da participação. Existiriam outros delitos que não seriam influenciados pela teoria do domínio do fato, como naqueles em que há violação de dever (delitos próprios). Então, v. g., no crime de peculato, não seria estabelecida a autoria pela teoria do domínio do fato, mas por violação de dever. Além desses, os delitos culposos, omissivos (próprios e impróprios), também não seriam abrangidos pela teoria do domínio do fato.

Observa-se, portanto, que a referida teoria opera em um plano de abstração e funciona como uma *ratio*, a qual é insuficiente, por si mesma e se conceitualmente considerada, para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É insuficiente e equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado aos fatos, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo (comprovação da existência de um plano delituoso comum ou a contribuição relevante para a ocorrência do fato criminoso).

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva.

Também não é correto, no âmbito da imputação da responsabilidade penal, partir da premissa ligada à forma societária, ao número de sócios ou ao porte apresentado pela empresa para se presumir a autoria, sobretudo porque nem sempre as decisões tomadas por gestor de uma sociedade empresária ou pelo empresário individual, – seja ela qual for e de que forma esteja constituída – implicam o absoluto conhecimento e aquiescência com os trâmites burocráticos subjacentes, os quais, não raro, são delegados a terceiros.

O delito de sonegação fiscal, previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, exige, para sua configuração, que a conduta do agente seja dolosa, consistente na utilização de procedimentos (fraude) que violem de forma direta a lei ou o regulamento fiscal, com objetivo de favorecer a si ou terceiros, por meio da sonegação. Há uma diferença inquestionável entre aquele que não paga tributo por circunstâncias alheias à sua vontade de pagar (dificuldades financeiras, equívocos no preenchimento de guias etc.) e quem, dolosamente, sonega o tributo com a utilização de expedientes espúrios e motivado por interesses pessoais.

Na hipótese, o quadro fático descrito na imputação é mais indicativo de conduta negligente ou imprudente. A constatação disso é reforçada pela delegação das operações contábeis sem a necessária fiscalização, situação que não se coaduna com o dolo, mas se aproxima da culpa em sentido estrito, não prevista no tipo penal em questão”.

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Divergência sobre tipificação dos crimes noticiados, com reflexo na tramitação de inquérito policial

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos nº 1518xxx-6x.201x.8.26.0050 – MM. Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Franca

Suscitante: 6º Promotor de Justiça de Franca

Suscitados: 4xº Promotor de Justiça da Capital (oficiante junto ao DIPO 3) e GEDEC – Grupo Especial de Repressão a Delitos Econômicos

Assunto: divergência sobre tipificação dos crimes noticiados, com reflexo na tramitação de inquérito policial

Cuida-se de inquérito policial instaurado por Portaria, para apurar crime de estelionato (CP, art. 171) cometido, em tese, por M.O.S., sócio da C.C.A. Ltda., e L.C.C., contador da empresa, indivíduos que teriam aplicado golpe em prejuízo do Banco I. do Brasil S/A – “BIB” (cf. fls. 02 e 03/14).

Consta dos autos que a C.C.A. Ltda., representada por M., firmou contratos de crédito à exportação (CCEs) com o Banco I. Brasil, com o objetivo de angariar recursos para a empresa, para financiamentos à exportação. Conforme se extrai dos documentos colacionados, os contratos foram firmados entre 31/08/2017 a 22/03/2019, com valores milionários e diversos (fls. 5).

Consta ainda que, para obter a captação financeira junto ao Banco I. do Brasil, a C. apresentou balanços contábeis e relatórios de demonstrações financeiras, emitidos pela auditoria C. Auditores Independentes e assinados pelo contador E.W.. Todavia, posteriormente, constatou-se que os referidos documentos se prestaram apenas a induzir o Banco I. em erro, para a autorizar a concessão dos créditos (CCEs), por indicarem uma boa situação financeira da empresa, que era inverídica.

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

Com efeito, foi descoberta uma fraude dois meses após o último empréstimo firmado com o Banco I. (cédula de crédito à exportação n. 14-0050/19, datado de 22/02/2019), ocasião em que a C. requereu Recuperação Judicial junto à 3ª Vara Cível do Foro de Franca/SP (Autos n. 1012xxx-x9.2019.8.26.0196). Na ocasião, no pedido recuperacional, fez-se juntada de documentos que comprovavam que, em verdade, a situação financeira da empresa era bem diversa da apresentada ao Banco Industrial para a obtenção dos créditos.

Ao longo da investigação, auscultou-se M. (fls. 320/321), que negou prática de crime, alegando que os balanços patrimoniais apresentados pela C. ao Banco condiziam com a realidade da empresa, mas eram projetados, diferindo do balanço patrimonial que foi posteriormente apresentado ao Juízo Recuperacional. Também foi ouvido o contador L. (fls. 323/324), que igualmente justificou as diferenças nos balanços patrimoniais, pelos mesmos argumentos aduzidos por M..

A vítima Banco I. ofereceu representação, ratificando a condição de procedibilidade introduzida pela Lei n. 13.964/19 (CP, art. 171, §5º), por se tratar de estelionato praticado em detrimento de particular (fls. 675/706).

Relatado o feito (fls. 713/716), o Banco Industrial peticionou nos autos, para apresentar elementos que ensejam o oferecimento de denúncia, em complementação à conclusão da d. autoridade policial (fls. 720/724).

A Douta Promotora de Justiça que recebeu os autos, oficiante junto ao MM. Juízo do DIPO 3 (Capital), entendeu que, dos elementos amealhados, extraem-se indícios da prática do crime de lavagem de dinheiro, de modo que a atribuição para análise do inquérito compete ao Grupo de Atuação Especial de Repressão à Formação de Cartel e à Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos – GEDEC, conforme art. 4º do Ato 554/2008-PGJ.

Invocou precedente desta Chefia Institucional (Conflito Negativo de Atribuição n. 3.931/19), que teria confirmado tratar-se de competência do GEDEC a atuação em feitos criminais de atribuição das Promotorias de Justiça Criminais do Foro Central da Capital que envolvam a prática

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

de delito de lavagem de capitais, em todas as fases de persecução penal, inclusive em juízo, até decisão final.

Diante disso, pugnou pela remessa dos autos ao aludido Grupo Especial, para que, assim entendendo, tome as providências que considerar cabíveis (fls. 725/728).

A Digníssima Magistrada, nos termos da Resolução n. 811/2019 do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou a redistribuição dos autos a uma das Varas de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital (fls. 729).

O Ilustre Representante Ministerial destinatário, contudo, discordou de sua antecessora, declinando da atribuição do Grupo Especial para oficiar no feito em questão.

Sustentou que a premissa ventilada não se amolda às atribuições do GEDEC, previstas no art. 4º do Ato 554/2008-PGJ, haja vista que a notícia de utilização de “laranjas” e “testas-de-ferro”, bem como consequente manobra de lavagem de valores descrita na Lei n. 9.613/98, dizem respeito a outra investigação, fatos que vêm sendo apurados em outros autos, em trâmite perante a Comarca de Franca/SP (cf. fls. 684 e seguintes), e relacionada a outra instituição financeira que provavelmente foi lesada pela C., a N.S.R.M. Administração de Recursos e Finanças S.A (gestora do Fundo de Investimentos em Direitos Creditórios da Indústria E.I.).

Destacou que a apuração referente ao presente inquérito policial, por sua vez, versa primordialmente sobre a contratação de créditos de exportação (CCEs) junto ao Banco I., isto é, delito descrito no art. 171 do CP, além do crime previsto no art. 168, §1º, I e II, da Lei n. 11.101/05 (crime recuperacional/falimentar).

Assim, entendeu que, ao menos por ora, a presente investigação não traz qualquer evidência de prática de crime previsto na Lei n. 9.613/98, uma vez que constatada a prática de estelionato contra particular (Banco Internacional), além de possível crime propriamente falimentar, tendo em vista os atos fraudulentos praticados por M., em provável conluio com outras pessoas (por exemplo, contadores), que tiveram por intuito assegurar a vantagem consistente nos créditos obtidos junto ao BIB sem que a C. tivesse realmente, à época, a situação financeira

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

necessária para obtenção destes valores, auferindo vantagem indevida em prejuízo da instituição financeira, tendo em vista a apresentação de balanço patrimonial que era incondizente com a realidade da empresa.

Pontuou que, sobre o processamento dos crimes propriamente falimentares, dispõe o art. 183 da Lei n. 11.101/05 que compete ao juiz criminal da jurisdição onde houver sido concedida a recuperação judicial conhecer de eventual ação penal.

Argumentou, também, que, ainda que se verifique a existência de crime que não é propriamente falimentar (estelionato em detrimento de particular), ainda assim estar-se-ia diante de clara conexão instrumental de crimes, nos termos do art. 76, III, do CPP, devendo ser ambos os delitos processados perante uma das Varas Criminais da jurisdição em que tenha sido concedida a recuperação judicial da C.

Nesse cenário, concluiu restar evidente que as provas dos crimes mencionados dependem e serão melhor averiguadas valendo-se de uma análise conjunta aos fatos que foram/vêm sendo apurados nos autos da Ação Recuperacional n. 1012xxx-6x.2019.8.26.0x96 (3ª Vara Cível da Comarca de Franca/SP), relativa à recuperação judicial da C., devendo a apuração dos crimes em tela prosseguir perante a Promotoria de Justiça de Franca/SP.

Diante disso, requereu a respectiva remessa dos autos, para que a Promotoria de Justiça destinatária tome as providências que entender cabíveis e, desde logo, em caso de discordância, postulou no sentido de que sirva a manifestação para suscitar conflito negativo de atribuição, tendo em vista que o GEDEC enfrenta dificuldades estruturais atinentes a todos os Grupos de Atuação Especial, o que impõe a aplicação de critérios de seletividade racional para o acompanhamento dos casos (fls. 732/737).

Foi determinada a remessa dos autos a uma das Varas Criminais da Comarca de Franca (fls. 739/740).

M. peticionou nos autos, sustentando que as manifestações ministeriais não examinaram as razões levantadas pelo ora indiciado às fls. 349/353, sobre os motivos pelos quais não há justa

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

causa para prosseguimento da presente investigação, pugnano pela análise da possibilidade de arquivamento do feito antes de eventual remessa dos autos a Franca (fls. 741/744).

O Douto Promotor de Justiça do GEDEC aduziu que todos os argumentos apresentados e que constam dos autos foram/são levados em consideração para a formação da opinião Ministerial, de forma que os argumentos não podem ser considerados como “ignorados” pelo simples fato de a opinião do Ministério Público não ter sido no sentido de acatar as teses defensivas expostas na petição, no sentido de promover o arquivamento do feito nesta fase inicial da investigação.

Destacou que já houve remessa dos presentes autos a uma das Varas Criminais da Comarca de Franca/SP, sendo de atribuição do Promotor de Justiça oficiante na referida Vara formar a *opinio delicti* acerca dos fatos descritos no presente inquérito policial, inclusive sobre eventual ausência de justa causa para a persecução penal e conseqüente promoção de arquivamento.

Diante disso, concluiu que não compete ao GEDEC analisar o petitório, por não vislumbrar qualquer hipótese de atuação do Grupo Especial, em consonância ao disposto no art. 4º do Ato n. 554/2008-PGJ, tendo havido inclusive declínio de atribuição (fls. 747).

Foi determinada a remessa dos autos à Comarca de Franca (fls. 749/750).

O Nobre Membro do *Parquet* destinatário, contudo, discordou de seus antecessores e suscitou o presente conflito negativo de atribuição.

Ponderou, inicialmente, que a portaria inaugural deste inquérito policial, além do próprio relatório final, não dão margem a dúvidas no sentido de que se apura neste procedimento crimes de estelionato perpetrados pelos investigados M. e L., que induziram, por meio de expedientes fraudulentos, os representantes do Banco Industrial, a fim de facilitarem a concessão de créditos e, com isso, obterem indevidas vantagens econômicas.

Argumentou que, apesar de estar em curso perante o Juízo da Comarca de Franca processo de recuperação judicial em nome da C. (autos n. 1012xxx-6x.2019.8.26.0196), as contratações em tese fraudulentas descritas neste inquisitório, em um total de sete, ocorreram entre 31/08/2017 e

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

22/03/2019, ou seja, antes da distribuição do referido processo de recuperação, em 10 de maio de 2019.

Destacou, ainda, que os créditos tomados pela empresa do investigado M. saíram da conta do banco cedente, situado na cidade de São Paulo, e foram depositados na conta corrente da C., por ela mantida na própria agência matriz do Banco Industrial do Brasil (agência 0001-9), situada na cidade e comarca de São Paulo, inferindo-se daí, consoante remansoso entendimento jurisprudencial e da própria Procuradoria-Geral de Justiça, que os crimes patrimoniais se consumaram na comarca de Capital (fls. 758/770).

Vieram os autos a esta Chefia Institucional, para solução do impasse (fls. 771/772).

Eis a síntese do necessário.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que a vinda da causa a esta Chefia Institucional assenta-se no art. 115 da Lei Complementar Estadual nº 734/93, encontrando-se configurado, portanto, o conflito negativo 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, pág. 486-487).

Pondere-se, não obstante, que em sede de conflito de atribuições não cumpre à Procuradoria-Geral de Justiça efetuar um juízo a respeito da existência de prova da materialidade ou indícios de autoria das infrações penais objeto do expediente. O exame deve se cingir à definição sobre qual é o Membro do Ministério Público a quem incumbe funcionar nos autos.

Pois bem.

Assiste razão ao Douto Promotor de Justiça do GEDEC, com a devida vênia do Ilustre Suscitante; senão, vejamos.

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

Não há comprovação, ao menos por ora, da existência de crime de lavagem de dinheiro.

Verte dos autos, em síntese, que a C., representada por M., teria firmado contratos de crédito à exportação (CCE) com o Banco I., entre agosto de 2017 e março de 2019, no valor total de R\$ 27.500.000,00, lastreados em balanços contábeis e relatórios de demonstrações financeiras favoráveis, apresentados pela auditoria C. Auditores I., constatando-se, posteriormente, que os referidos documentos se prestaram apenas a induzir a instituição bancária em erro, por indicarem uma boa situação financeira da empresa, que era inverídica. L., contador da empresa C., também figura como investigado nos autos.

Destaque-se que apenas em maio de 2019, dois meses após a celebração do último CCE, a C. requereu pedido de recuperação judicial junto à 3ª Vara Cível da Comarca de Franca, cujos documentos demonstraram situação financeira diversa da apresentada à época ao Banco I. do Brasil, com balanços patrimoniais deficitários.

Nesse cenário, conclui-se que, ao menos em tese, a conduta dos investigados encontra adequação no delito capitulado no art. 168, §1º, incisos I e II, da Lei n. 11.101/05, eis que referido tipo penal não exige que a ação delituosa seja realizada antes da distribuição do processo de recuperação judicial:

Art. 168. Praticar, **antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial**, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento da pena

§ 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:

I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos;

II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros;

Boletim Criminal **Comentado** 121- Dezembro

-2020 -

Repise-se que, no caso vertente, as condutas supostamente fraudulentas praticadas pelos investigados foram realizadas na iminência de ser distribuído o processo de recuperação judicial da empresa e, desta forma, poderá restar demonstrado que tal conduta causou ainda mais prejuízos aos credores da pessoa jurídica, destacando-se o expressivo valor dos empréstimos contraídos junto à instituição financeira que figura como vítima.

Ao comentar tal delito, o Professor Renee do Ó Souza esclarece que:

“O sujeito passivo, por sua vez, é a coletividade de credores, bem como a administração da justiça. Essa, aliás, é uma das diferenças que se apresentam entre este delito de fraude a credores e o de estelionato (art. 171 do Código Penal): enquanto neste último o sujeito passivo é determinado, no crime falimentar ora estudado, o sujeito passivo é um grupamento, por vezes, até mesmo indeterminado (uma coletividade indeterminada)”. (Leis Penais Especiais Comentadas, coordenação de Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó Souza, editora Juspodivm, 3ª edição, pág. 1570)

O presente caderno investigatório, até o presente momento, sem dúvida versa sobre crime supracitado, praticado por M. e L., pela C., em face do Banco I..

Nesse cenário, muito embora a regra legal do art. 183 da Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas diga que cabe ao juiz criminal da jurisdição conhecer da ação penal pelos crimes previstos naquele Diploma Legal, já se fixou que a competência *ratione materiae* para apurar delitos falitários é do juízo universal, em face do art. 15 da Lei Paulista n.3.947/1983.

Nesse sentido, inclusive, a Resolução n. 200/2005 – TJSP, de 31 de março de 2005, cuja constitucionalidade já foi confirmada pelo Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (Incidente de inconstitucionalidade n. 1700450100, relator Desembargador BORIS KAUFFMANN, j. em 28-01-2019).

Acrescente-se, outrossim, que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça igualmente confirmou a validade desse critério determinador de competência material:

Boletim Criminal Comentado 121- Dezembro

-2020 -

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PROCESSO PENAL. JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA. COMPETÊNCIA. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

II - No caso concreto, alega-se a incompetência absoluta do Juízo Universal da Falência no Estado de São Paulo para a apuração criminal.

III - "Especificamente no Estado de São de Paulo, a Lei Estadual nº 3.947/83, em seu art. 15, determina que as ações por crime falimentar e as que lhe sejam conexas são da competência do respectivo Juízo Universal da Falência, tendo sido tal diploma legislativo declarado constitucional pelo c. Supremo Tribunal Federal, por se tratar de norma típica de organização judiciária, inserida, portanto, no âmbito da competência legislativa privativa dos Estados, a teor do art. 125, § 1º, da Lex Fundamentalís" (HC n.106.406/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 03/08/2009).

Habeas corpus não conhecido”.

(HC 485.767/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5.ª TURMA, julgado em 19/3/2019, DJe de 26/3/2019).

Importante consignar, uma vez mais, que, na solução de conflito de atribuições, não cumpre à Chefia Institucional do Ministério Público efetuar um juízo a respeito da existência de prova da materialidade ou indícios de autoria das infrações penais objeto do expediente. O exame deve se cingir à definição sobre qual é o Membro da Instituição a quem cabe intervir no procedimento.

Isso considerado, é certo que compete ao Douto Promotor de Justiça que oficia junto ao E. Juízo em que tramita a ação de recuperação judicial da empresa C. Ltda. a atribuição para atuar no presente feito.

Referido membro do Ministério Público, que atua perante o Juízo Universal, terá conhecimento mais amplo de todas as questões envolvidas no pedido recuperacional, sendo certo ainda que a comprovação de fraude, no caso presente, *poderá* fazer com que a recuperação judicial seja convalidada em falência (art. 73, parágrafo único, c.c. art. 94, III, b, da Lei n. 11.101/2005).

Boletim Criminal **Comentado** 121- Dezembro

-2020 -

Daí, forçoso concluir que a conveniência da investigação criminal e o próprio destino do pedido recuperacional recomendam seja a opinião delitiva formada perante o Juízo Universal, ou seja, a 3ª Vara Cível da Comarca de Franca, que processa o pedido de recuperação judicial.

Diante do exposto, conhece-se do presente conflito para dirimi-lo, declarando que a atribuição para oficiar nos autos incumbe ao Douto Promotor de Justiça da Comarca de Franca que oficia nos autos da recuperação judicial da empresa C.C.A. Ltda.

Determina-se, para tanto, o retorno do feito à origem, a fim de que o MM. Juízo providencie o correto encaminhamento do expediente.

São Paulo, 19 de novembro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº122,12/2020
(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

AVISO

Este é o último boletim do ano de 2020. Embora tenha sido um ano atípico, com muitos problemas de saúde, tensão e isolamento social, o Ministério Público de São Paulo usou a criatividade, a inspiração no interesse público e se uniu para que não deixássemos de corresponder às necessidades atuais. Seja por meio do Gabinete de Crise, instalado no Gabinete do Sr. Procurador-Geral de Justiça, coordenado pelo Dr. Arthur Pinto Filho, ou por meio de notas técnicas e reuniões virtuais, ainda por meio da destinação de recursos às secretarias de saúde e dos índices de produção do GAECO e GEDEC; mas, sobretudo, através da Escola Superior do Ministério Público, conseguimos debater com os colegas as principais questões surgidas no período de pandemia: as audiências virtuais; o acordo de não persecução penal 100% virtual; a questão da soltura de presos em razão da polêmica contaminação em estabelecimentos prisionais; o RX da violência doméstica em época de pandemia; a significativa queda dos índices de registros sobre os crimes de abusos sexuais em crianças e vulneráveis; a capacitação em pesquisas em banco de dados conveniados e redes sociais; a difusão de fake News e a orientação do CAOCRIM; dentre outros temas e debates em tempo real.

Enfim, houve muita dedicação na área criminal – no eixo cível não foi diferente – e o CAOCRIM esteve presente, com muita honra, em todos os momentos. Agradecemos o apoio e a confiança por parte do Senhor Procurador-Geral de Justiça e de todos os membros do MPSP.

Nesse último Boletim do CAOCRIM, e na véspera do Natal, época de renascimento, desejamos que em cada lar possa reacender o fogo da vida, a renovação dos sonhos e metas para o ano novo. Vamos celebrar todas as nossas conquistas, no trabalho e na vida pessoal, e todos os nossos objetivos alcançados. Importante enxergar a época como oportunidade de virada, de aprimoramento e planejamento para um ano novo ainda melhor. Vamos para o próximo ano unidos, juntos como nossos parceiros, com um olhar para a frente com determinação e otimismo, levando conosco todas as lições que aprendemos.

Desejamos a todos um Feliz Natal, com muita saúde e amor; e um Ano Novo muito próspero.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Realização de audiência preliminar prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, não obstante informação de interdição civil do investigado, para melhor verificação da suposta incapacidade penal.

Prevista no artigo 26, caput, do Código Penal, a inimputabilidade por anomalia psíquica significa a incapacidade de imputação daquele que, “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Adotou-se, nesse tanto, o critério biopsicológico. Portanto, pode o doente mental ser considerado imputável – desde que a sua anomalia psíquica não se manifeste de maneira a comprometer sua autodeterminação ou capacidade intelectual. Nesta esteira, há casos em que o agente é acometido de doença mental, mas exibe intervalos de lucidez, ocasiões em que entende o caráter ilícito do fato e pode determinar-se de acordo com este entendimento. Em situações dessa natureza, seguindo a regra, a doença mental não é suficiente para afastar a imputabilidade, razão por que o agente mentalmente enfermo, se pratica um fato típico e ilícito em período, ainda que diminuto, de consciência deverá ser punido na qualidade de imputável.

Percebe-se, nessa esteira, que, a despeito da apresentação da certidão de interdição por parte da defesa, o juiz deve determinar a instauração do incidente. Como destacado, a incapacidade civil não se confunde com a inimputabilidade penal, eis que em direito penal, para se afirmar a inimputabilidade não basta a doença. Faz-se imperioso que o agente, em virtude disto, não tenha capacidade de discernimento do caráter delituoso da conduta no momento da ação ou omissão.

Nesse sentido, aliás, vem decidindo o TJSP:

“Mandado de segurança. Investigado interditado. Direito líquido e certo à designação e realização da audiência preliminar. Incapacidade civil que não faz presumir a penal. Segurança concedida”.

Clique [aqui](#) para ler a decisão.

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Julgamento de crimes de menor potencial ofensivo pela Justiça Comum é constitucional

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

Para o STF, não há óbice ao julgamento, pela Justiça Comum, de crimes de competência dos Juizados Especiais, quando praticados em concurso com delitos mais graves.

O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade de dispositivos legais que permitem o deslocamento de causas da competência dos Juizados Especiais Criminais para a Justiça Comum ou para o Tribunal do Júri em casos de situação processual de conexão e continência. Na sessão virtual encerrada em 4/12, o Plenário, por unanimidade, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5264, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR).

O objeto da ação eram os artigos 1º e 2º da Lei 11.313/2006, que alteraram o artigo 60 da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995) e o artigo 2º da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001). A PGR argumentava que os dispositivos violavam o princípio do juiz natural e o inciso I do artigo 98 da Constituição da República, que trata do julgamento, pelos Juizados Especiais Criminais, de infrações de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes com pena máxima não superior a dois anos). Para a PGR, o dispositivo constitucional confere aos Juizados Especiais Criminais “competência material absoluta” para esses casos, e essa regra não poderia ser modificada por causas legais, como a conexão ou a continência, que permitem a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

Competência relativa

Os ministros acompanharam o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, que afirmou que a Constituição Federal não torna os Juizados Especiais Criminais instância exclusiva para o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo, mas garante a esse tipo de crime a observância do procedimento célere e dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995. “Dota-se, portanto, os Juizados Especiais Criminais de competência relativa”, frisou.

A ministra explicou que, se uma infração penal de menor potencial ofensivo for praticada em concurso com outra infração penal comum e a competência do processo for deslocada para a Justiça Comum ou para o Tribunal do Júri, “não há óbice, senão determinação constitucional”, em respeito ao devido processo legal, de aplicação dos institutos da transação penal e da composição dos danos civis quanto à infração de menor potencial ofensivo. “As garantias fundamentais é que

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

devem ser asseguradas, independentemente do juízo em que tramitarem as infrações penais", concluiu.

Processo relacionado: [ADI 5264](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A presença de conexão ou continência implica a reunião de processos perante um mesmo juízo e, se possível, o processamento e julgamento conjunto das ações. Trata-se da regra anunciada no art. 79, caput, do CPP.

Em se tratando de infrações penais que sejam de competência da jurisdição comum, haverá sempre a reunião dos feitos e a presença desse critério de definição de competência do juízo. As consequências da conexão e da continência, especialmente aquela que se refere à definição da competência do juízo, só serão afastadas em duas situações: no concurso entre jurisdição penal e infracional, isto é, na presença de fatos conexos ou continentes que se refiram à competência da jurisdição criminal e à competência da justiça infracional (a Vara da Infância e Juventude, nos termos do art. 148, inc. I, da Lei n. 8.069/1990); e na presença entre concurso entre jurisdição comum e jurisdição militar.

No que se refere às infrações penais de menor potencial ofensivo, reza o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95, alterado pela Lei 11.313/06:

Art. 60.

(...)

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Essa alteração despertou indisfarçável controvérsia. É que a competência do JECRIM está estabelecida constitucionalmente. Ora, se a Constituição estabeleceu a competência do JECRIM para os crimes de menor potencial ofensivo, não haveria sentido em atribuir prevalência à regra prevista no CPP que determinaria a observância de conexão e continência como critérios definidores da competência. Por isso, como bem alertado por Antonio Suxberger, nos seus comentários à Lei 9.099/95 (Ed. Juspodivm), tão logo foi editada a Lei n. 11.313/2006, vários autores se apressaram em reputá-la como inconstitucional, por suposta ofensa ao disposto no art. 98, inciso I, da Constituição Federal. Para quem reputa inconstitucional a alteração promovida em 2006 na Lei n. 9.099, a solução seria o desmembramento dos feitos que reunissem crimes de

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

menor potencial ofensivo, para que estes sejam processados e julgados no JECRIM, e os demais fatos criminosos observem a competência do juízo criminal comum.

Nessa linha de argumentos, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 5.240 em fevereiro de 2015, argumentando que os institutos da conexão e da continência, previstos na legislação infraconstitucional, não podem ser utilizados como pretexto para contrariar as regras de competência fixadas na Carta Magna.

O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade de dispositivos legais que permitem o deslocamento de causas da competência dos Juizados Especiais Criminais para a Justiça Comum ou para o Tribunal do Júri em casos de situação processual de conexão e continência. Na sessão virtual encerrada em 4/12, o Plenário, por unanimidade, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5264, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR).

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Reconhecimento de falta grave por crime doloso durante a execução dispensa trânsito em julgado

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

Segundo o relator, ministro Edson Fachin, a jurisprudência sedimentada do Tribunal é de que as esferas penal e administrativa são independentes.

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é possível reconhecer a ocorrência de falta grave no curso da execução penal, independentemente do trânsito em julgado da condenação criminal por fato definido como crime doloso. A fixação da tese se deu no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 776823, com repercussão geral reconhecida (Tema 758), na sessão virtual finalizada em 4/12.

Falta grave

O caso concreto envolve um condenado por roubo que, durante a execução da pena, foi preso em flagrante por tentativa do mesmo crime. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) negou pedido de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) para a apuração de falta grave, com fundamento no princípio constitucional da presunção de inocência. Para o tribunal estadual, a aplicação do artigo 52 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) pressupõe o trânsito em julgado da condenação. O dispositivo prevê que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou da disciplina interna, sujeitará o preso, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado.

O RE 776823 foi interposto pelo Ministério Público do Grande do Sul (MP-RS) contra a decisão do TJ-RS.

Natureza mista

Em seu voto, o relator, ministro Edson Fachin, apontou que o Plenário, no julgamento do RE 972598, decidiu que a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência realizada na presença do defensor e do MP, afasta a necessidade de prévio PAD e supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no processo instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

Sanções diferentes

Segundo o relator, o reconhecimento de falta grave se desenvolve, em regra, como procedimento de natureza mista: de caráter administrativo, perante a autoridade prisional (PAD), e de cunho

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

judicializado, perante o juízo da execução. Ele não se confunde, portanto, com o processo a ser desenvolvido no juízo de conhecimento pelo eventual crime doloso, pois as sanções decorrentes, de natureza disciplinar (como a regressão a regime mais gravoso), diferem das previstas na legislação penal (a pena). Assim, exigir o trânsito em julgado do processo penal para a imposição de sanção disciplinar seria como vincular competências de juízos distintos. Da mesma forma, os artigos 52 e 118 da Lei de Execução Penal, que regem esfera distinta e independente do processo de conhecimento, não são incompatíveis com a presunção da inocência, prevista na Constituição Federal.

Sentença condenatória

Por outro lado, o ministro observou que a existência de sentença criminal condenatória pela prática do crime doloso no curso da execução permite o reconhecimento da sanção disciplinar, pois pressupõe que foram franqueadas ao sentenciado/acusado todas as garantias decorrentes do contraditório e da ampla defesa. Fachin salientou, contudo, que o uso da sentença criminal pelo juízo da execução não dispensa a defesa técnica em relação à falta grave e que a decisão na esfera administrativo-disciplinar não é irrecorrível.

Nos termos do voto do relator, o STF deu provimento ao RE para determinar ao juízo de origem que dê início à apuração da prática de falta grave, observando as diretrizes firmadas.

Tese

A tese de repercussão geral fixada no julgamento foi a seguinte: “O reconhecimento de falta grave consistente na prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal dispensa o trânsito em julgado da condenação criminal no juízo do conhecimento, desde que a apuração do ilícito disciplinar ocorra com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, podendo a instrução em sede executiva ser suprida por sentença criminal condenatória que verse sobre a materialidade, a autoria e as circunstâncias do crime correspondente à falta grave”.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A prática de crime doloso configura falta grave em sede de execução, admitindo consequências várias para o reeducando, como a regressão de regimes e a imposição de sanção disciplinar.

Sem implicar na violação do princípio da presunção de inocência, essas consequências (e outras) não pressupõem sentença condenatória transitada em julgado, bastando a prova de que o preso praticou crime ou fato definido como falta grave. Isto porque a regressão, por exemplo, deve ser baseada em procedimento administrativo que garanta ao condenado o exercício do contraditório e da ampla defesa, ocasião em que lhe será possível alegar o que considerar conveniente para evitar a regressão. Além disso, considerando a importância de respostas rápidas a más condutas ocorridas

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

durante o cumprimento da pena, seria inviável, na prática, aguardar o trânsito em julgado de uma sentença condenatória para aplicar sanções disciplinares.

Foi essa a tese de repercussão geral fixada no julgamento pelo STF: “O reconhecimento de falta grave consistente na prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal dispensa o trânsito em julgado da condenação criminal no juízo do conhecimento, desde que a apuração do ilícito disciplinar ocorra com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, podendo a instrução em sede executiva ser suprida por sentença criminal condenatória que verse sobre a materialidade, a autoria e as circunstâncias do crime correspondente à falta grave”.

Por fim, alertamos que, a depender das circunstâncias, inclusive o aguardo do procedimento administrativo para que se determine a regressão pode contrariar a ordem pública, razão pela qual se admite a regressão cautelar sem que o condenado seja previamente ouvido. É o que se dá, por exemplo, no caso de prisão em flagrante por crimes graves como tráfico de drogas e roubo:

“1. Em se tratando de regressão cautelar, não é necessária a prévia instauração ou conclusão do procedimento administrativo – PAD e a oitiva do sentenciado em juízo, exigíveis apenas no caso de regressão definitiva. Inaplicabilidade do enunciado sumular 533 desta Corte. 2. Nos termos do art. 118 da Lei de Execução Penal, a execução da pena privativa de liberdade está sujeita à forma regressiva, com a transferência para um regime mais rigoroso do que o estabelecido no édito condenatório, o que não configura constrangimento ilegal.” (RHC 92.446/BA, j. 08/02/2018)

2-Tema: Relator afasta exigência de coabitação e aplica Lei Maria da Penha em crime cometido contra empregada pelo neto da patroa

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

O ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), restabeleceu sentença que condenou um homem pelo crime de atentado violento ao pudor (atual delito de estupro) praticado contra a empregada doméstica que trabalhava na casa da avó dele.

O Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), na análise de revisão criminal, entendeu que a vara especializada em violência doméstica seria incompetente para julgar o caso, e anulou a sentença condenatória. Para a corte estadual, como o neto não morava na casa da avó, não seria aplicável a Lei Maria da Penha, que prevê a competência da vara especializada para os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

Entretanto, segundo o ministro Sebastião Reis Júnior, relator do caso no STJ, o próprio TJGO reconheceu tratar-se de crime que teria sido praticado pelo neto da patroa contra a empregada que trabalhava na residência. Tais circunstâncias – afirmou o ministro – confirmam a situação de vulnerabilidade da vítima e atraem a competência do juizado de violência doméstica.

Ele ressaltou que, de acordo com a sentença condenatória, o crime foi cometido em ambiente doméstico, tendo o neto da patroa se aproveitado do convívio com a empregada da casa – ainda que esporádico – para praticá-lo, situação que se enquadra na hipótese do artigo 5º, inciso I, da Lei Maria da Penha.

Relação de intimidade

O relator também destacou que o fato de o réu não morar na residência – circunstância considerada pelo TJGO para anular a sentença – não afasta a aplicabilidade da Lei Maria da Penha.

De acordo com o ministro, "o que se exige é um nexo de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade pré-existente, gerada pelo convívio doméstico, sendo desnecessária coabitação ou convívio contínuo entre o agressor e a vítima, podendo o contato ocorrer de forma esporádica".

Ao restabelecer a sentença, Sebastião Reis Júnior ressaltou parecer do Ministério Público Federal no sentido de que, no caso dos autos, considerando a existência de relação hierárquica e de hipossuficiência da vítima, não há dúvidas de que a hipótese é de violência doméstica contra a mulher, sendo competente a vara especializada

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

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Para os efeitos da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Boletim Criminal Comentado 122- Dezembro

-2020 -

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

De acordo com o disposto no art. 5º, I, da Lei 11.340/06, a agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança (insere-se, na hipótese, a agressão do patrão em face da funcionária doméstica).

Com efeito, segundo Fabrício da Mota Alves, assessor parlamentar do Senado, com a experiência, portanto, de quem acompanhou a discussão legislativa travada no Parlamento, “essa definição abrange, inclusive, os empregados domésticos, ou seja, os ‘esporadicamente agregados’ – assunto, aliás, muito debatido no Congresso Nacional. O termo ‘esporadicamente’ aqui dá uma noção de relacionamento provisório, típica da relação de emprego doméstico”.²

É também a impressão de Damásio de Jesus e Hermelino de Oliveira, quando destacam que “não se pode afirmar que essas normas foram expressas visando à proteção da empregada doméstica. De ver-se, entretanto, que não se pode dizer que a excluíram de sua incidência, até porque o mandamento constitucional proíbe a violência no âmbito das relações familiares. A questão é saber se a empregada doméstica insere-se nesse contexto, uma vez que a nova lei ordinária delimita o campo da sua incidência como sendo o ‘espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas’ (...) Para que se possa opinar sobre a questão proposta, é também necessário relembrar o conceito legal de empregado doméstico como sendo ‘aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas’ (art. 1.º da Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972). Essa prestação de serviços no seio das famílias e no ambiente residencial é que justifica o tratamento legal dado à relação de trabalho doméstico e sua forma de proteção (...). A propósito, os escritores nunca desprezaram os empregados domésticos. No passado, encontramos a figura do mordomo fiel, que muito se prestou a tantas peças literárias, sendo, amiúde, a chave do deslinde de histórias policiais misteriosas. Hoje, diante das transformações da família e da vida moderna, a figura da empregada da casa passou a ser objeto de peças teatrais, algumas de muito sucesso, aparecendo como protagonista principal do enredo, tal o seu envolvimento com a vida das pessoas da residência. De se concluir, pois, que ela merece a proteção da Lei 11.340/2006”.³

Foi o que decidiu o STJ na decisão em comento.

² *Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: [http://jus.com.br/revista/texto/8764/lei-maria-da-penha]. Acesso em 27.07.2012.

³ *A empregada doméstica e a Lei Maria da Penha*. Disponível em: [www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b16_04.html]. Acesso em: 27.07.2012. Deve ser lembrado, ainda, que a LC 150/2015, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico, estabelece, no art. 27, parágrafo único, VII, a possibilidade de rescisão por culpa do empregador quando este praticar qualquer das formas de violência contra mulheres de que trata o art. 5.º da Lei 11.340/2006.

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Divergência sobre a tramitação de inquérito policial – continuidade da investigação criminal perante o juízo criminal comum – ausência de lançamento definitivo do tributo – não configuração, até o momento, de crime material contra a ordem tributária – crimes de estelionato (CP, art. 171), contra o consumidor (66, CDC) e contra as relações de consumo (art. 7º, II, Lei nº 8.137/90), delitos não previstos na Resolução 811/2019 do TJSP, que estabelece em rol taxativo os crimes de competências das Varas de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos nº 1515094-94.2019.8.26.0050 – MM. Juízo do DIPO 4 (Comarca da Capital)

Suscitante: Promotor de Justiça em exercício perante a 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital

Suscitado: xº Promotor de Justiça de Repressão à Sonegação Fiscal

Assunto: divergência sobre a tramitação de inquérito policial – continuidade da investigação criminal perante o juízo criminal comum – ausência de lançamento definitivo do tributo – não configuração, até o momento, de crime material contra a ordem tributária – crimes de estelionato (CP, art. 171), contra o consumidor (66, CDC) e contra as relações de consumo (art. 7º, II, Lei nº 8.137/90), delitos não previstos na Resolução 811/2019 do TJSP, que estabelece em rol taxativo os crimes de competências das Varas de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital

Cuida-se de inquérito policial instaurado para apurar possível crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inciso III, da Lei n. 8.137/1990, em tese, praticado por R.M.S.S.. Durante as investigações, contudo, constatou-se, na verdade, que o autor da infração penal seria T.M.B..

Consta do relatório de investigação que originou a portaria de instauração que, em 15/2/2020, a equipe de policiais da Delegacia Especializada diligenciou na Rua Fernandes Silva,

Boletim Criminal Comentado 122- Dezembro

-2020 -

235/241, para intimar T.M.B. para prestar esclarecimentos no inquérito policial n. 4x5/1x, tendo em vista que ele teria recebido em sua conta corrente um valor de forma fraudulenta.

No local, constatou-se que se tratava de um estabelecimento comercial para ensacar individualmente feijão, sendo que chegou ao local também um caminhão carregado com o produto a granel, cujo condutor procurou por T.

O que despertou curiosidade foi o fato de a nota fiscal apresentada pelo motorista estar direcionada a outro endereço, da Rua B.O., 190, Brás, e em nome da empresa “M.G.A.LTDA.”, ou seja, local e empresas diversos daquele logradouro, onde estabelecida a empresa de T., “I.COM. E B.C.”.

Indagado, T. disse que o feijão seria beneficiado em embalagens individuais e encaminhado por romaneio posteriormente.

Não havia, naquele momento, meios para constatar a informação e nem conhecimento técnico a respeito da forma de trânsito para beneficiamento daquele produto. No local, foram fotografadas notas fiscais, as instalações e várias marcas já ensacadas (fls. 04/19).

Posteriormente, T. compareceu na Delegacia informou que sua empresa “I.” estaria acertando a sua situação fiscal e não vem emitindo nota fiscal, comprometendo-se a apresentar documentação da regularização da empresa, apresentando uma nota do feijão que foi descarregado, oriunda da Secretaria da Fazenda de Santa Catarina e destinada à empresa “MG” (cf. fls. 25/26).

A aludida nota fiscal foi questionada junto à Secretaria da Fazenda de Santa Catarina, mas sem êxito (fls. 115).

De posse das fotos das embalagens localizadas na empresa de T., foi então localizado RMSS (fls. 29/31), que consta como proprietário da empresa “COMERCIAL”. Inicialmente ouvido, alegou que a empresa foi aberta em seu nome, mas não seria o proprietário.

Boletim Criminal Comentado 122- Dezembro

-2020 -

GB informou que trabalha na empresa “M”, uma das identificadas nas embalagens, e que conhece a pessoa de T, mas seu produto é embalado na empresa “RSA”. Admitiu que o endereço constante da embalagem da MS não é o mesmo onde se localiza referida empresa. Porém, apresentou notas fiscais dos produtos (fls. 37/83).

RTF informou ser contador da empresa “MG”, a qual foi encerrada anteriormente à data dos fatos aqui apurados, desde 24/10/2018, de modo que a nota fiscal de fls. 18, não poderia ter sido emitida em 09/02/2019, mas confirmou que produtores rurais, quando vende seu produto, emitem notas fiscais nas Secretarias da Fazenda (fls. 84/105).

Tendo ficado patente que TMB utilizava as instalações de sua empresa para envasar feijão em embalagens individuais, estando irregular a situação de sua empresa, foi novamente ouvido e formalmente indiciado por estelionato (fls. 128/140).

N informou trabalhar na empresa “COMERCIAL” e confirmou ser de propriedade de R, que tem como funcionários M e R (fls. 144/145).

SAB, a fls. 152/153, informou que é sócio proprietário da empresa “MGA” e que possui o funcionário GMMB como responsável pela compra e envasamento de feijão.

WG disse ser proprietário da empresa “MGR LTDA.”, a qual foi encerrada em outubro de 2018, e que há muito tempo utilizou os serviços da empresa de TIAGO (fls. 163/164).

HEI informou que representa a empresa “COMERCIAL” e “GBC”, que são de propriedade de seus filhos, e que utilizou os serviços da “I”, mas somente até o início de 2018 (fls. 177/180).

A, a fls. 185, informou que presta serviços contábeis para empresa “M”, somente relatando sobre o envio de documentos a esta unidade policial.

PAF alegou nunca ter tido qualquer relação com a empresa “I”, e sim que foi sócio da empresa “TG”, bem como que somente manteve amizade pessoal com TMB (fls. 216/233).

Boletim Criminal Comentado 122- Dezembro

-2020 -

RI, a fls. 230, afirmou que é proprietário da empresa “GCC”, que conhece T. e que utilizou seus serviços até março de 2018.

JSI asseverou ser proprietário da empresa “COMERCIAL” e também conhece TIAGO, mas não utiliza seus serviços desde janeiro de 2018 (fls. 232).

RA disse que a empresa “RSA” pertencia à sua irmã e somente prestava serviços. T. é sobrinho de sua ex-esposa e não realizava nenhuma negociação com ele (fls. 256/257 e 278/279).

Acostaram-se notas fiscais a fls. 287/352.

Os autos tramitavam junto ao MM. Juízo do DIPO 4, tendo o Ilustre Representante Ministerial oficiante na Promotoria de Justiça de Repressão à Sonegação Fiscal aduzido que, embora o inquérito policial tenha sido instaurado para a investigação de crime contra a ordem tributária e eventuais outros que fossem revelados no curso das diligências, analisando os fatos e os elementos até então coletados, não há crime contra a ordem tributária consumado, posto que não ocorreu lançamento de eventual tributo devido nas operações apuradas nos autos e, mais ainda, não ocorreu lançamento definitivo de tributo, circunstância essa que é indispensável para a justa causa da investigação e da ação penal (Súmula Vinculante nº 24 do STF). Assim, entendeu ser o caso de comunicar o Fisco estadual e o Fisco municipal, com autorização judicial a eles para acesso ao inquérito e eventual processo a todo o momento, para conhecimento e providências fiscais pertinentes. Concluiu que não se pode falar em sonegação fiscal, mas estão presentes, em tese, outros delitos, como aqueles contra o consumidor e contra a ordem econômica e ainda o estelionato, imputado no indiciamento de fls. 139. Diante disso, declinou da atribuição de oficiar nestes autos e requereu que fosse dada vista dos autos a um dos ilustres promotores de justiça das promotorias criminais do Foro, bem como que fossem comunicados (e autorizados a examinar os autos) os Fiscos estadual e municipal (fls. 266/267).

Determinou-se a abertura de vista ao Promotor de Justiça Criminal competente (fls. 268), mas, pouco depois, antes que se concretizasse tal ordem, o MM. Juiz, nos termos da Resolução n. 811/2019 do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou a redistribuição dos autos a uma das

Boletim Criminal Comentado 122- Dezembro

-2020 -

Varas de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital, (fls. 269).

RMSS disse que trabalhava na Zona Cerealista com indivíduo de vulgo “C”, quando também conheceu M. Ao observar que o comércio de feijão era lucrativo e por não conhecer o ramo, acabou acordando com M que iria montar uma empresa e ele iria ensinar o declarante a trabalhar com o produto, sendo pago pelos serviços prestados. Ao ser intimado a comparecer na Delegacia, acabou não declarando a real situação, porque ficou com medo de que houvesse algum problema com a empresa e não retornou para retificar o seu depoimento, porque achou que a investigação era apenas sobre T. Ao ser M. novamente intimado, resolveu retornar com ele para esclarecer todos os fatos. Informou que a empresa se encontra inativa atualmente, mas ainda aberta e devidamente regularizada, sendo que pretende encerrar as atividades (fls. 353).

M, na mesma linha, informou que trabalhou na empresa “COMERCIAL” como uma espécie de gerente geral, sendo que a empresa pertence a R, a qual está ativa, mas sem movimentação. Aduziu o declarante que ainda trabalha no ramo, já que tem muitos anos no segmento e diversos contatos comerciais, negociando feijão para outras empresas à base de comissão (fls. 354/355).

Acostaram-se diversas notas fiscais (fls. 360/1519).

Ao apresentar o relatório final, a Digna Autoridade Policial observou que, das oitivas e documentos apresentados, extrai-se que T. estaria utilizando sua empresa para envasar feijão e aparentemente utilizou embalagens das empresas para as quais já havia efetuado trabalhos no passado, sendo que sua empresa estava inabilitada para estar em operação. Consignou, na ocasião, que foram juntados equivocadamente documentos de outro inquérito policial das fls. 242/255 e 271, os quais não tem qualquer relação com os presentes autos (fls. 356/358).

O Douto Promotor de Justiça oficiante junto à Vara Especializada, então, entendeu aquele Juízo não é competente para apreciar a presente investigação. Destacou que, embora o feito tenha sido inicialmente instaurado para apurar suposto crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inciso III, da Lei n. 8.137/1990 (falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda,

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

ou qualquer outro documento relativo à operação tributável), conforme pontuado na manifestação ministerial de fls. 266/267, ainda não houve lançamento do tributo, circunstância que afeta a justa causa para prosseguimento da ação penal (SV n. 24 do STF). Nesse passo, remanesceriam os demais crimes vislumbrados nos autos, a saber: crime contra o consumidor (art. 66 do CDC) e estelionato (art. 171 do CP). E considerando que tais delitos fogem da competência da Vara Especializada, determinada pela Resolução n. 811/2019, requereu o envio dos autos para uma das varas criminais. Sem prejuízo, desde logo, reiterou o pleito para envio de cópias ao Fisco Municipal, Estadual e Federal, a fim de procederem a verificação dos tributos eventualmente sonegados (fls. 1523/1528).

A Digníssima Magistrada acolheu as razões ministeriais como fundamento e determinou a remessa dos autos à Vara de origem (fls. 1530).

O MM. Juiz do DIPO 4, então, entendeu haver nos autos conflito negativo de atribuição, determinando a remessa a esta Chefia Institucional (fls. 1533).

Eis a síntese do necessário.

A rigor, não há um conflito de atribuição instalado, uma vez que ambos os Doutos Promotores de Justiça que se manifestaram nos autos, oficiantes na Promotoria de Justiça de Repressão à Sonegação Fiscal (fls. 266/267) e perante a 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital (fls. 1523/1528) convergiram no sentido de que os autos devem ser remetidos ao Promotor de Justiça Criminal oficiante junto ao DIPO 4.

Isso porque ambos os signatários entendem que, embora o feito tenha sido inicialmente instaurado para apurar suposto crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inciso III, da Lei n. 8.137/1990, ainda não houve lançamento do tributo, circunstância que afeta a justa causa para prosseguimento da ação penal, nos termos da Súmula Vinculante n. 24 do STF e, nesse passo, remanesceriam os demais crimes vislumbrados nos autos, tratando-se de supostos crimes contra o consumidor (art. 66 do CDC), contra a ordem econômica e de estelionato (art. 171 do CP).

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

A controvérsia instaurada nos presentes autos decorreu do fato de que o MM. Juiz do DIPO 4, antes mesmo de ouvir o Promotor de Justiça Criminal, conforme determinado a fls. 268, determinou a redistribuição do feito à Vara Especializada, nos termos da Resolução n. 811/2019 (cf. fls. 269).

E quando o Promotor de Justiça oficiante na a 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital concordou com o seu antecessor, concluindo que compete ao Promotor de Justiça Criminal oficiante junto ao DIPO 4 apreciar o caso, solicitando o retorno dos autos à origem, o Digníssimo Magistrado concluiu haver nos autos conflito negativo de atribuição.

Conhece-se, contudo, da remessa, visando sanar eventual controvérsia atinente à atribuição para funcionar nestes autos.

Com razão, no entanto, os Doutos Promotores de Justiça que se manifestaram nos autos, com a máxima vênia do MM. Juiz que determinou a remessa a esta Chefia Institucional.

Isso porque, de fato, os elementos reunidos não permitem inferir, de plano, até o presente momento, a existência de crime contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990).

Consoante já expandido, verte dos elementos amealhados que ainda não houve lançamento do tributo, de modo que, nos termos da Súmula Vinculante n. 24 do STF, não está configurado delito material contra a ordem tributária cogitado na portaria de instauração do inquérito policial.

Dessa maneira, verifica-se que o objeto do presente expediente resume-se a eventuais crimes contra o consumidor (art. 66, do CDC, Lei n. 8.078/90) e contra as relações de consumo (art. 7º, II, da Lei n. 8.137/90), além do estelionato (CP, art. 171, *caput*) imputado a TIAGO em seu formal indiciamento, motivo por que falece à 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital competência para apreciar os fatos.

Boletim Criminal **Comentado** 122- Dezembro

-2020 -

Nesse sentido, o art. 2º, da Resolução n. 811/2019, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Art. 2º. Compete às Varas de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital apreciar, processar e julgar com exclusividade os inquéritos policiais, termos circunstanciados de ocorrência, medidas cautelares penais preparatórias e incidentais, **as ações penais e eventuais outros procedimentos relativos aos crimes contra a ordem tributária e econômica previstos nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 8.137/90, aos crimes da Lei de Licitações (arts. 89 a 98 da Lei nº 8.666/93), aos crimes da Lei de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (Lei nº 9.613/98) e aos crimes da Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/13), inclusive os definidos como de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei nº 9.099/95, bem como delitos conexos.**

Destaque-se que o rol dos delitos de competência da Vara Especializada é taxativo, razão por que não comporta ampliação, até mesmo para que não se inviabilize o andamento das investigações e ações penais que tramitam naquela vara de crimes tributários, organizações criminosas e lavagem de capitais.

Nesse contexto, insiste-se na manutenção dos autos junto ao DIPO 4, declarando que a atribuição para oficiar nos autos cabe ao Douto Promotor de Justiça Criminal, que, ao receber os autos por livre distribuição, requererá o que de direito, segundo sua independência funcional.

Determina-se, ainda, conforme já requerido nos autos, a remessa de cópias – por meio digital e via *e-mail* – solicitando-se confirmação de recebimento, aos Fiscos Municipal, Estadual e Federal, a fim de que verifiquem eventuais tributos que lhes são devidos em virtude dos fatos que são objeto do presente caderno investigatório.

São Paulo, 09 de dezembro de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº123, 2/2021
(semana nº 1)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

AVISOS

1- Tema: Formatação Jurídica do Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM

Outrora previsto unicamente no inciso I do artigo 4.º da Resolução PGJ 534/2008, que instituiu o CAOCRIM, o Núcleo de Execuções Criminais ganhou formatação jurídica no dia 20 de janeiro, por meio da Resolução n.º 1.303/2021-PGJ.

Cuida-se de órgão central para produzir ou compilar dados e informações e fornecê-los aos membros do Ministério Público para subsidiar sua atuação relativa às execuções criminais e ao sistema carcerário.

Importante destacar que, dentre as competências do Núcleo de Execuções Criminais, estão a promoção da interlocução entre primeira e segunda instâncias, inclusive para efeito de recursos extraordinários e especiais, viabilizando o acolhimento de teses institucionais, bem como a elaboração de súmulas para uniformização e racionalização de entendimentos.

Para acesso à Resolução n.º 1.303/2021-PGJ clique [aqui](#).

2- Tema: Protesto da Pena de Multa - Convênio com o IEPTB

O Procurador-Geral de Justiça assinou, no dia 18 de janeiro deste ano, o Primeiro Termo Aditivo ao Acordo de Cooperação Técnica n.º 015/2019-MPSP, firmado em 21/05/19 com o Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil, que viabiliza a remessa eletrônica a protesto de certidões de pena de multa, expedidas nos termos do artigo 479-B das NSCGJ, por meio do sistema denominado Resgate de Valores.

O Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM determinou o envio de e-mail a todas as Promotorias de Execuções Criminais, solicitando nome, e-mail funcional e telefone dos Promotores respectivos. A listagem foi encaminhada ao IEPTB para criação de login e senha de acesso ao sistema.

Referido Instituto disponibilizará também tutorial para facilitar o manuseio do sistema.

Vale ressaltar que a Resolução n.º 1.229/2020-PGJ, alterada pela Resolução n.º 1.232/2020-PGJ, disciplina o protesto e a execução da certidão da pena de multa; e que

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

somente a certidão de pena de multa somente poderá ser enviada a protesto se o sentenciado possuir CPF.

Clique [aqui](#) para a Resolução n.º 1.229/2020-PGJ.

Resultado de gestão realizada pelos integrantes do Núcleo de Execuções junto à SAP, o número de presos que ainda não possuem CPF reduziu para 8.628.

Dirigentes de unidades prisionais estão empenhados no cadastro dos presos junto à Receita Federal.

Lembramos os colegas da importância de buscar durante a investigação e no curso da ação penal informação sobre o número do CPF do investigado/réu, de modo que conste da qualificação dele.

3- Tema: Criação de campo no Boletim Informativo contendo informação sobre saldo de pecúlio do preso

Atendendo à solicitação feita pelos integrantes do Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM, a SAP criou campo no Boletim Informativo gerado via GEPEN, contendo informação a respeito da existência de saldo de pecúlio do preso.

Importante lembrar que o MPSP possui convênio com a SAP desde 2017, por meio do qual é possível solicitar diretamente ao diretor da unidade prisional o Boletim Informativo do preso; bem como acessar o GEPEN.

De igual modo, atendendo a nossa solicitação, a SAP enviará bimestralmente ao Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM relação nominal dos presos que possuem saldo de pecúlio. A primeira relação, recebida em 29/12/20, foi encaminhada no mês de janeiro para todas as Promotorias de Execuções Criminais do Estado.

4- Tema: Medidas protetivas e Pandemia

Durante o estado de emergência pela COVID19 e considerando a prorrogação da vigência da Lei 13.979/2020 pelo STF, as medidas protetivas deferidas em favor da mulher em

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

situação de violência, com ou sem prazo determinado, permanecem vigentes na pandemia.

Da decisão de revogação ou não prorrogação de medida protetiva de urgência durante a pandemia cabe correção parcial, ante a expressa previsão do artigo 5º da Lei 14.022/20.

O recurso cabível do indeferimento da medida protetiva vinculada a inquérito policial ou processo criminal durante o estado de emergência pela COVID 19 é o recurso em sentido estrito, que pode ser cumulado com medida cautelar para conferir efeito suspensivo ao recurso. Na hipótese de medida protetiva autônoma ou cível o recurso cabível da decisão de indeferimento é o agravo de instrumento (ENUNCIADO 73 CAOCRIM).

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Aspectos criminais envolvendo "fura fila" na vacina da COVID. Tipos penais e competência

Em dezembro de 2020, o Ministério da Saúde lançou o *Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19* – atualizado em janeiro de 2021² –, no qual são estabelecidas ações e estratégias para que a vacinação seja operacionalizada em todo o território nacional. Devido à impossibilidade material e operacional de que a vacina seja disponibilizada a toda a população simultaneamente, um dos objetivos específicos do plano nacional é o estabelecimento de grupos prioritários, que, em razão de suas condições pessoais ou das atividades a que se dedicam, devem ser imunizados o quanto antes para afastar os riscos da contaminação e das graves consequências da enfermidade:

“pessoas com 60 anos ou mais institucionalizadas, pessoas com deficiência institucionalizadas, povos indígenas vivendo em terras indígenas, trabalhadores de saúde, pessoas de 75 anos ou mais; povos e comunidades tradicionais ribeirinhas; povos e comunidades tradicionais quilombolas, pessoas de 60 a 74 anos, pessoas com comorbidades (quadro 1), pessoas com deficiência permanente grave, pessoas em situação de rua, população privada de liberdade, funcionários do sistema de privação de liberdade, trabalhadores da educação do ensino básico (creche, pré-escolas, ensino fundamental, ensino médio, profissionalizantes e EJA), trabalhadores da educação do ensino superior, forças de segurança e salvamento, forças armadas, trabalhadores de transporte coletivo rodoviário de passageiros, trabalhadores de transporte metroviário e ferroviário, trabalhadores de transporte aéreo, trabalhadores de transporte aquaviário, caminhoneiros, trabalhadores portuários, trabalhadores industriais”.

Tão logo iniciada a vacinação em alguns estados, surgiram inúmeras notícias de irregularidades envolvendo especialmente agentes públicos que, embora não integrassem os grupos prioritários, arranjaram para que fossem vacinados ou para que o fossem familiares e pessoas de seu relacionamento. Considerando a tendência de que atos semelhantes se reproduzam e de que outras irregularidades sejam cometidas, elencamos

². https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/janeiro/25/planovacinaocovid_v2_25jan21.pdf

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

algumas condutas mais prováveis e propomos as soluções que nos parecem mais adequadas:

1) Atos irregulares praticados por prefeito municipal

a) Se o prefeito municipal não integra grupo prioritário, mas, ainda assim, toma a iniciativa de ser vacinado ou de influenciar para que alguém o seja, esse simples ato corresponde a indevida utilização de serviços públicos e caracteriza crime de responsabilidade tipificado no art. 1º, inc. II, do Decreto-lei 201/67:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...)

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”

Também é possível sustentar a incidência do art. 268 do Código Penal:

“Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”.

Quem promove de alguma forma a vacinação sem respeitar a ordem imposta infringe determinação do poder público (plano nacional) elaborada para a contenção da doença. É possível, no entanto, haver certa controvérsia nessa imputação porque, se alguém busca se imunizar prontamente, contribui para o controle da doença, não para sua propagação, o que esvaziaria a objetividade jurídica da punição (a manutenção da saúde pública). Por outro lado, não se pode ignorar que a infringência da ordem imposta no plano de vacinação concorre para o caos na operação das unidades de saúde e para a propagação da doença entre as pessoas dos grupos mais vulneráveis.

Além disso, a conduta do prefeito é ímproba, pois viola os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa. O prefeito incorre no art. 11 da Lei 8.429/92:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente (...)”.

b) É possível, também, que, em razão de sua função, o prefeito exija que o funcionário da unidade de saúde lhe aplique a vacina. Nesse caso, não há dúvida de que se tipifica o crime de concussão:

“Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”.

Note-se que, ao se referir a *vantagem indevida*, a lei buscou incriminar qualquer tipo de benefício proibido, ainda que não econômico ou patrimonial, exatamente como ocorre na exigência de vacinação por agente público que não integra nenhum grupo prioritário.

c) Também não se descarta a possibilidade de o prefeito municipal, em vez de exigir a vacinação, apenas utilizar o cargo ou invocar sua condição para que seja vacinado, o que caracteriza o crime de abuso de autoridade tipificado no art. 33, parágrafo único, da Lei 13.869/19:

Art. 33.

(...)

Parágrafo único. Incorre na mesma pena 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.

Temos aqui a conduta popularmente conhecida como “carteirada”, por meio da qual o agente público, valendo-se de sua condição funcional ou a invocando, busca vantagem ou tratamento diferenciado que extrapola seus direitos. Nesse caso, ao contrário do que ocorre na concussão, a vantagem não envolve diretamente o desempenho da função. O indivíduo invoca sua condição de agente público sem comercializá-la. Além disso, a disposição do parágrafo único não se caracteriza pela *exigência* de vantagem, mas apenas pela invocação da condição de agente público para fins ilícitos. Não está em contexto de coerção ou intimidação.

d) Se o prefeito toma parte em atos de apropriação ou desvio de vacinas, comete crime de responsabilidade tipificado no art. 1º, inc. I, do Decreto-lei 201/67:

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio”.

e) Se o prefeito solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem para arranjar a vacinação de terceiros alheios aos grupos prioritários, incorre no crime de corrupção passiva:

“Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

O crime tem a pena majorada se, em razão da vantagem ou da promessa, o ato que infringe o dever funcional é realmente praticado (§ 1º).

Se o gestor apenas cede a pedido de terceiro, sem solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem, a corrupção passiva é privilegiada (§ 2º).

f) Se o prefeito toma conhecimento de alguma irregularidade envolvendo a operação do plano de vacinação e não adota as medidas adequadas, pode responder por prevaricação ou por condescendência criminosa:

“Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

“Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente”.

A marca da distinção entre as condutas é o propósito com que atua o agente (o que deve ser apurado no caso concreto): se para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, há prevaricação; se por simples indulgência, para não ver prejudicado um seu subordinado, há condescendência criminosa.

2) Atos irregulares praticados por outros servidores públicos

a) Se o servidor público não integra grupo prioritário, mas, ainda assim, toma a iniciativa de ser vacinado ou de influenciar para que alguém o seja, pratica ato de improbidade

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

administrativa que viola os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa (art. 11 da Lei 8.429/92).

Também é possível sustentar a imputação do art. 268 do CP, observadas as ressalvas já destacadas no item 1.

b) Se o servidor público exige que o funcionário da unidade de saúde lhe aplique a vacina, comete o crime de concussão (art. 316 do CP).

c) Se, em vez de exigir a vacinação, o servidor apenas utiliza o cargo ou invoca sua condição para que seja vacinado, há crime de abuso de autoridade (art. 33, parágrafo único, da Lei 13.869/19).

d) Se o servidor público toma parte em atos de apropriação ou desvio de vacinas, comete crime de peculato:

“Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário”.

Há também ato de improbidade administrativa na forma do art. 10 da Lei 8.429/92:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente (...)”.

e) Se o servidor público solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem para arranjar a vacinação de terceiros alheios aos grupos prioritários, ou, no caso do funcionário da

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

unidade de saúde, para aplicar diretamente a vacina, incorre no crime de corrupção passiva (art. 317 do CP).

O crime tem a pena majorada se, em razão da vantagem ou da promessa, o ato que infringe o dever funcional é realmente praticado (§ 1º).

Se o servidor apenas cede a pedido de terceiro, sem solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem, a corrupção passiva é privilegiada (§ 2º).

f) Se o servidor público toma conhecimento de alguma irregularidade envolvendo a operação do plano de vacinação e não adota as medidas adequadas, pode responder por prevaricação ou por condescendência criminosa, de acordo com sua intenção de satisfazer interesse ou sentimento pessoal ou de atuar por simples indulgência.

Esta situação certamente será mais comum do que aquela envolvendo o prefeito municipal, tendo em vista que irregularidades cometidas em unidades de saúde tendem a chegar ao conhecimento de servidores mais próximos antes de que atinjam cargos mais elevados.

g) Se o servidor público exerce função em uma unidade de saúde e aplica o imunizante em si mesmo de maneira irregular, comete o crime de prevaricação, pois pratica ato de ofício contra disposição expressa de lei para satisfazer interesse pessoal.

A despeito de os servidores do sistema de saúde integrarem grupo prioritário, não se descarta a possibilidade de condutas irregulares ante regras específicas da vacinação. O plano nacional contém um item denominado “microprogramação”, segundo o qual os estados “devem dispor de plano de operacionalização e os municípios uma programação local da campanha de vacinação, incluída no Plano Municipal de Saúde, com base nas diretrizes do Plano Nacional”. Nesse contexto, a vacinação dos trabalhadores da saúde “exige trabalho conjunto entre Atenção Primária à Saúde e Urgência e Emergência, **principalmente para aqueles que atuam em unidades exclusivas para atendimento da covid-19**” (destacamos). Dessa forma, é possível o descumprimento de diretrizes específicas relativas à operacionalização da campanha de imunização.

Comete o mesmo crime o servidor que, fora dos casos de corrupção passiva (inclusive privilegiada), oferece a vacinação a parentes, amigos ou conhecidos que não integram nenhum grupo prioritário.

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

h) O servidor público que toma parte na vacinação irregular de alguém e, ao registrar o ato em documento de controle, insere informações como se o vacinado integrasse o grupo prioritário, comete o crime de falsidade ideológica, pois insere, em documento público, informação falsa, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

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

3) Atos irregulares praticados por particulares

a) Ao particular que não integra grupo prioritário, mas, ainda assim, toma a iniciativa de ser vacinado ou de influenciar para que alguém o seja pode ser atribuído o crime do art. 268 do CP, observadas aqui também as ressalvas feitas anteriormente a respeito das controvérsias que podem cercar a imputação.

b) Se, para ser vacinado irregularmente, o particular oferece ou promete vantagem a algum servidor público, comete o crime de corrupção ativa:

“Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

Se, em razão da vantagem ou da promessa, o servidor pratica o ato ilegal, a pena é majorada (parágrafo único).

c) A conduta do particular pode ser acompanhada pelo uso de documentos falsos capazes de inserir o indivíduo em grupos prioritários, como identidade que altere a data de nascimento, atestado médico que indique comorbidades, identidades funcionais etc. Nesse caso, imputa-se, em concurso (formal ou material, conforme o caso), o uso de documento falso (art. 304), observada a pena cominada à falsificação do documento apresentado:

→ Identidade falsificada: pena do art. 297;

→ Atestado falso emitido por médico no exercício da profissão: pena do art. 302 (o médico que atesta falsamente e sabe que o documento será usado para burlar o sistema de vacinação responde também como partícipe do crime do art. 268).

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

→ Atestado materialmente falso: pena do art. 301, § 1º;

→ Identidade funcional falsificada: se proveniente de entidade privada, a pena é a do art. 298; se a entidade é pública, a pena é a do art. 297.

O particular também pode, para assumir a posição prioritária, declarar falsamente sua condição a um servidor público, o que pode caracterizar o crime de falsidade ideológica na modalidade de fazer inserir, em documento público, declaração falsa para alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

4) Outras condutas criminosas

a) Tendo em vista as restrições naturais ao suprimento da demanda por vacinas neste momento, é provável que se multipliquem atos de falsificação. A conduta de falsificar o imunizante se subsume ao art. 273 do Código Penal, classificado como crime hediondo:

“Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”.

Ao indivíduo que não pratica nem participa da falsificação, mas importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a vacina falsificada é imputada a figura equiparada do § 1º.

Também se inserem nesse tipo penal condutas relativas a matérias-primas utilizadas nas vacinas (§ 1º-A).

b) Atos de subtração de vacinas podem caracterizar os crimes de furto (art. 155) ou roubo (art. 157), a depender das circunstâncias. Quem adquire, recebe, transporta, conduz ou oculta, em proveito próprio ou alheio, a vacina subtraída responde por receptação.

No que concerne a este último crime, é preciso atentar para o fato de que a modalidade culposa deve ser descartada. Com efeito, a receptação culposa consiste na conduta de adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso. Nesse caso, devido às circunstâncias, o agente não tem certeza da origem criminosa do bem. Ocorre que, no momento, é de conhecimento geral que as vacinas são disponibilizadas exclusiva e gratuitamente pelo poder público. Qualquer pessoa que as

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

esteja comercializando o faz de forma manifestamente irregular, o que implica a certeza da origem criminosa do produto por quem o adquire em qualquer circunstância.

d) O particular contrário à campanha de vacinação que destrói, inutiliza ou deteriora doses fornecidas a unidades de saúde deve responder por crime de dano, que no caso é qualificado porque cometido contra o patrimônio público (art. 163, parágrafo único, inc. III, CP).

5) Competência

Considerando que a União é a maior responsável pelo financiamento da campanha de vacinação, o que inclui a aquisição das vacinas e sua distribuição aos estados, certamente surgirão controvérsias a respeito da competência para julgar crimes envolvendo desvios e subtrações de doses distribuídas a unidades de saúde nos municípios e atos irregulares na ordem prioritária de vacinação.

Segundo a orientação dominante, a malversação de verbas públicas que, distribuídas pela União, incorporam-se ao patrimônio do estado ou do município, deve ser julgada pela Justiça Estadual:

“A jurisprudência deste Supremo Tribunal é de que a competência para processar e julgar crimes sobre desvio de verbas públicas estaduais ou municipais, mesmo provenientes de repasse da União, é do Poder Judiciário estadual, ressalva feita a casos em que a verba ainda não tenha sido incorporada ao orçamento do Estado ou do Município: Precedentes” (AO n. 2.093, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 10.10.2019).

É também o que dispõe a súmula 209 do STJ:

“Compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”.

Em suma, no desvio de receitas públicas provenientes de convênios estabelecidos entre a União e os estados e municípios, estando a verba já incorporada, a competência para processar e julgar é da Justiça Estadual.

Essa orientação é perfeitamente aplicável a atos irregulares relativos à administração das doses de vacinas adquiridas pela União e doadas aos demais entes federativos,

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

especialmente porque cabe aos estados e aos municípios a organização e a operacionalização local do plano de vacinação.

Atente-se, no entanto, para o disposto na súmula 208 do STJ:

“Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”.

Para estabelecer com segurança a competência de julgamento, portanto, é preciso analisar, no caso concreto, a que título a União distribui as doses de vacinas aos estados e municípios. Como tem decidido o STJ, o documento que formaliza o convênio é um componente primordial para bem diferenciar as situações tratadas súmulas 208 e 209:

“1. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, o documento que instrumentaliza o convênio constitui peça chave para se aferir a competência na seara penal, dirimindo aparente conflito entre as Súmulas ns. 208 e 209 do STJ. São as cláusulas do convênio que revelam a necessidade ou não de a Municipalidade prestar contas à União sobre o cumprimento da avença (STJ, HC 198.375/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/2/2017).

2. No caso dos autos, restou demonstrado que a fiscalização da execução do contrato seria atribuição do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, conforme cláusula contratual citada pela magistrada sentenciante, o que evidencia a desnecessidade da municipalidade em prestar contas à União.

3. Nesse contexto, resta inaplicável o disposto na Súmula n. 208/STJ, prevalecendo a competência da Justiça Estadual, conforme dispõe o enunciado sumular n. 209 desta Corte: ‘compete a Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal’” (AgRg no REsp 1.828.858/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 26/05/2020).

Sabe-se que o Ministério da Saúde, na qualidade de coordenador do programa nacional de vacinação, está promovendo a distribuição das vacinas sem condições limitantes, no intuito de conferir a maior celeridade possível à imunização dos grupos mais vulneráveis. Diante disso, no momento não há motivos para questionar a competência da Justiça Estadual.

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

Aliás, o fato de o Ministério da Saúde ser o coordenador do plano nacional não é motivo, por si, para atrair o interesse da União e impor a competência da Justiça Federal. Isso porque há várias outras situações em que, não obstante órgãos centrais da União exerçam alguma espécie de controle, a competência para julgamento de crimes continua na Justiça Estadual. Por exemplo: a) os crimes de posse e porte de arma de fogo. O fato de haver o Sistema Nacional de Armas (SINARM), incumbido de controlar, por exemplo, as características e a propriedade de armas de fogo e as autorizações de porte e as renovações expedidas pela Polícia Federal, não influencia na competência para julgar os crimes tipificados nos artigos 12, 14 e 16 da Lei 10.826/03; b) o crime de tráfico de drogas. A existência do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), coordenado pela União, não retira a competência da Justiça Estadual para julgar o tráfico de drogas no qual não se identifique interesse direto da União; c) crimes relativos a adoções ilegais. Há um Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) cuja violação não atrai, só por isso, a competência da Justiça Federal.

Por fim, a competência para julgar irregularidades relativas à ordem prioritária de vacinação também deve recair – e com muito mais razão – na Justiça Estadual. Inicialmente, porque não envolve malversação de recursos provenientes da União. Além disso, como já destacado, o micro planejamento do plano de vacinação é local, ou seja, promovido por estados e municípios. Atos criminosos como infração de medida sanitária, corrupção (ativa ou passiva), prevaricação, condescendência criminosa, falsidade ideológica e uso de documentos falsos não afetam os interesses da União a ponto de se justificar a atuação da Justiça Federal.

2- Tema: Penhora do Pecúlio: possibilidade, respeitado o limite legal

Com fundamento no artigo 168 da LEP, é possível na Ação de Execução da Pena de Multa postular o desconto da remuneração do preso, observado o limite estabelecido no inciso I do referido dispositivo legal.

Clique [aqui](#) para Agravo em Execução interposto em face de decisão que indeferiu o pedido, com fundamento no artigo 833, inciso IV do CPC.

Boletim Criminal **Comentado** 123- Fevereiro- 2021 -

3- Tema: Informativo n.º 681 STJ: Entendimento contrário à Tese 502 do Setor de Recursos Especiais e Extraordinários e ao Enunciado 49 PGJ-CGMP-Lei 13.964/19

Contrariando nossa tese institucional, o STJ está firmando jurisprudência no sentido de que, diante da lacuna da nova redação do art.112 da LEP, a interpretação deve ser feita *in bonam partem*, de modo que se a reincidência não for específica em crime hediondo, não poderão ser exigidas as frações de 60% e 70% para progressão.

Com o escopo de aperfeiçoar a redação do artigo 112 da LEP, o Procurador-Geral de Justiça apresentou Minuta de Projeto de Lei.

O MPSP se empenhará na mobilização dos Ministérios Públicos de outros Estados com vistas à aprovação do PL.

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº124, 2/2021
(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: ANPP e audiência de homologação. (In)dispensabilidade da presença do MP.

O ANPP será formalizado nos autos do procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público (PIC) ou do inquérito policial (IP), devendo conter a qualificação completa do investigado, bem como as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento.

O ajuste deve ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

O art. 28-A prevê verdadeira solenidade para julgamento do ANPP. O juiz marca audiência para verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença de seu defensor, bem como sua legalidade.

A “ratio legis” fica bem clara. Confere-se ao juiz, com a oitiva do investigado (compromissário) e de seu defensor, a salutar possibilidade de avaliar se o acordo foi ou não forçado, contra a vontade do investigado. Daí porque, na audiência a que se refere o dispositivo, não haver previsão quanto à presença do proponente do acordo (Ministério Público), mas somente do indigitado e seu defensor. Nesse sentido o Enunciado no 26 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo editado em conjunto com a colenda Corregedoria Geral do Ministério Público (PGJ/CG), no tocante à Lei no 13.964/2019:

“Não é obrigatória a participação do membro do Ministério Público na audiência de homologação do acordo de não persecução penal prevista no § 4o do art. 28-A do CPP”.

Alguns juízes, contudo, condicionavam a realização da referida audiência à presença do órgão de execução do Ministério Público. Trata-se de evidente erro “in procedendo”, reparável pela via da correção parcial.

Compartilhamos, neste estudo, importante precedente do TJ/SP, deferindo liminar em sede de correção parcial subscreta pelo colega Leonardo D’Angelo Vargas Pereira.

Clique [aqui](#) para ter acesso.

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Violência doméstica e familiar. Valor do depoimento da vítima. Evolução da jurisprudência.

No julgado abaixo, encaminhado ao CAO-CRIM pelo promotor de Justiça Rogério Zagallo, o STJ decidiu que o depoimento da vítima na fase inquisitiva, somado à prova pericial submetida à contraditório postergado, se mostram suficientes para fundamentar a condenação.

STJ- AgRg no HABEAS CORPUS Nº 558613 - RJ (2020/0016617-0)

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA EXCLUSIVAMENTE INQUISITORIAL. INOCORRÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. DEPOIMENTO EM FASE POLICIAL. EXAME DE CORPO DE DELITO. VÍTIMA QUE REATOU RELACIONAMENTO COM AGRESSOR E PERMANECEU EM SILÊNCIO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. VOLUNTARIEDADE RECURSAL. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO INTERPOSTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a divergência a respeito da estratégia defensiva entre o novo advogado e seu predecessor na causa não inquina de nulidade a ação penal, ainda que se trate de hipótese de não interposição de recurso, em razão do princípio da voluntariedade recursal. 2. A época da audiência de instrução, a vítima não quis dar sua versão dos fatos, pois já havia reatado o relacionamento com o acusado/paciente. Tratando-se de violência doméstica e familiar, é comum que não haja testemunhas do fato. Dentro desse cenário, o depoimento da vítima na fase inquisitiva e a prova pericial submetida à contraditório postergado se mostram suficientes para fundamentar a condenação. 3. Agravo Regimental desprovido.

Como se percebe do julgado acima, o entendimento dos nossos tribunais acerca do valor da palavra da vítima nos casos de violência doméstica e familiar está em franca evolução, justamente em razão das características particulares desse tipo de violência, que impedem ou dificultam que a mulher em situação de violência consiga romper com o ciclo da violência.

Vamos demonstrar essa evolução e subsidiar o promotor e o procurador de Justiça com decisões que confirmam a tese 13 do STJ publicada na série enunciados da Corte sobre a Lei Maria da Penha:

“Nos crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar o recebimento da denúncia ou a condenação, pois normalmente são cometidos sem testemunhas”.

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

Vejamos.

HC 318976/RS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, Julgado em 06/08/2015, DJE 18/08/2015

RHC 051145/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 11/11/2014, DJE 01/12/2014

AgRg no AREsp 423707/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 07/10/2014, DJE 21/10/2014

HC 263690/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, Julgado em 17/10/2013, DJE 24/10/2013

AgRg no AREsp 213796/DF, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, Julgado em 19/02/2013, DJE 22/02/2013

HC 151204/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, Julgado em 23/10/2012, DJE 26/10/2012

HC 179364/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 07/08/2012, DJE 16/08/2012

Decisões Monocráticas sobre a tese

AREsp 547181/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 25/05/2015, Publicado em 03/06/2015

AREsp 574212/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 25/11/2014, Publicado em 28/11/2014

AREsp 329687/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 05/06/2013, Publicado em 12/06/2013

Importante, ainda, destacar ementas sobre o tema, todas retiradas de julgados do STJ:

[...] CRIME DE AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ESPECIAL RELEVÂNCIA À PALAVRA DA VÍTIMA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. [...] 3. A palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar a condenação pelo crime de ameaça, mormente porque se trata de violência doméstica ou familiar. [...]. STJ, AgRg no AREsp 423707/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 07/10/2014. – Grifou-se.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas. [...] 3. Estando em conflito, de um lado, a preservação da integridade física da vítima e, de outro, a liberdade irrestrita do suposto ofensor, atende aos mandamentos da proporcionalidade e razoabilidade a decisão que restringe moderadamente o direito de ir e vir do último. STJ, RHC 34035/AL, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 05/11/2013. – Grifou-se.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PALAVRA DA VÍTIMA. ASSUNÇÃO DE ESPECIAL IMPORTÂNCIA. [...] 1. O recurso encontra-se fundamentado na negativa de vigência aos artigos 41 e 395, inciso III, do CPP, sob o argumento da falta de justa causa para a ação penal que investiga o crime de ameaça ocorrido no âmbito familiar, tendo em vista que a simples palavra da vítima, sem os demais meios probatórios, não configura indício suficiente de autoria e materialidade a autorizar o recebimento da ação penal. 2. 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 213796/DF, Rel. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJPR), j. em 19/02/2013.

São vários os julgados de tribunais de justiça que caminham no mesmo sentido, isto é, de que a palavra da vítima deve ter uma valoração diferenciada. Confira-se:

- Em crimes que envolvem violência doméstica, a palavra da vítima merece especial valor, sobretudo quando em sintonia com as provas produzidas. TJDF, **Acórdão 900407**. No mesmo sentido são as seguintes decisões do TJDF: **Acórdão 900830**, Unânime, Rel. Souza e Avila, 2ª Turma Criminal, j. em 15/10/2015; **Acórdão 899048**, Unânime, Rel. Cesar Laboissiere Loyola, 2ª Turma Criminal, j. em 08/10/2015; **Acórdão 896485**, Unânime, Relator: Esdras Neves, 1ª Turma Criminal, j. em 24/09/2015; **Acórdão 877453**, Unânime, Relator: SILVA LEMOS, 1ª Turma Criminal, j. em 12/06/2015. **Acórdão n. 918750**, 20140110021780APR, Relator: Silvânio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal, j. em 04/02/2016, Publicado no DJE: 15/02/2016. Pág.: 197; **Acórdão n. 912096**, 20130210048999APR, Relator: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, j. em 10/12/2015, Publicado no DJE: 18/12/2015. Pág.: 105; **Acórdão n. 908335**, 20140610007924APR, Relator: Jesuino Rissato, 3ª Turma Criminal, j. em 26/11/2015, Publicado no DJE: 01/12/2015.

- A decisão está baseada na palavra da vítima, que possui especial relevo e credibilidade nos delitos de violência doméstica, que são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas. TJDF - PET: 20150020205129, Rel. Esdras Neves, j. em 24/09/2015, 1ª Turma Criminal, Publicado no DJE : 01/10/2015.

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

- Inviável a tese de absolvição por insuficiência de provas quando as declarações da ofendida são coerentes, ratificadas em Juízo sob o crivo do contraditório, e corroboradas por outras provas acostadas aos autos. O crime de ameaça é formal, qual seja, a consumação independe do resultado naturalístico – a intimidação da ofendida. [...] É cediço que a palavra da vítima, no tocante aos crimes que envolvem relações domésticas, reveste-se de especial credibilidade, pois são cometidos na maioria das vezes sem a presença de testemunhas oculares. TJDF, Acórdão 915110, 20140410058204APR, Rel. Humberto Adjuto Ulhôa, 3ª Turma Criminal, j. em 21/01/2016.

- NOS CRIMES OCORRIDOS NO ÂMBITO FAMILIAR, A PALAVRA DA VÍTIMA TEM MAIOR RELEVANCIA, UMA VEZ QUE, TAL DELITO TENDE A OCORRER SEM TESTEMUNHAS. [...] o acervo probatório se mostrou suficiente em demonstrar que a conduta do apelante foi tida como típica, em especial a palavra da vítima, que, em crimes decorridos no âmbito familiar, ganha certo relevo probatório, uma vez que, tais delitos não são praticados na presença de terceiros, configurando como um meio probante mais concreto à elucidação dos fatos, ainda mais quando se apresenta com precisão de detalhes, como no presente caso, sendo impossível, portanto, a absolvição pretendida pela defesa. **TJPA, APL 201430196960, Data de publicação: 14/11/2014.**

- A Lei n. 11.340/06, intitulada 'Lei Maria da Penha', tem como objetivo coibir a violência doméstica e familiar, que na maioria das vezes ocorre às escuras, dentro do próprio ambiente domiciliar, ausente de testemunhas presenciais. Assim, nos delitos tipificados na nova lei, de suma importância é a palavra da vítima para o melhor elucidar dos fatos, de modo que comprovadas a materialidade e a autoria do delito de violência doméstica, impossível a absolvição TJSC, AC 2009.024627-0, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 13/10/2009.

- PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS - PALAVRA DA VÍTIMA QUE TEM ESPECIAL RELEVÂNCIA, CORROBORADA PELA PROVA TESTEMUNHAL - DEMONSTRAÇÃO DE QUE A CONDUTA IMPÕE MEDO NA VÍTIMA. TJSC, Rel. Getúlio Corrêa, j. em 17/11/2014.

- Em casos de violência contra a mulher - seja ela física ou psíquica -, a palavra da vítima é de fundamental importância para a devida elucidação dos fatos, constituindo elemento hábil a fundamentar um veredicto condenatório, quando firme e coerente, máxime quando corroborada pelos demais elementos de prova encontrados nos autos. TJSC, ACrim 2013.029436-0, Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 20.08.2013.

- Nos crimes de violência doméstica, a palavra da vítima tem especial relevância probatória, quando em consonância com as demais provas existentes nos autos. TJMG, APR 10073120027658001/MG, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Relator: Sálvio Chaves, j. em 09/10/2014.

- Em crimes cometidos no âmbito doméstico, a palavra da vítima é de extrema relevância, na medida em que, via de regra, as agressões ocorrem na clandestinidade, ou seja, no próprio

Boletim Criminal Comentado 124- Fevereiro-

2021 -

ambiente familiar e sem a presença de testemunhas. TJMG, HC 10000130835242000/MG, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Rel. Júlio César Lorens, j. em 03/12/2013.

- O conjunto probatório mostra-se idôneo e firme no sentido de esclarecer a materialidade e a autoria, não se havendo falar em absolvição por insuficiência de provas. São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso. TJMS, Processo 0061291-71.2012.8.12.0001.

- A PALAVRA DA VÍTIMA TEM ESPECIAL RELEVÂNCIA EM CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. NÃO HAVENDO ELEMENTOS NOS AUTOS QUE A CONTRARIE, NÃO HÁ POR QUE DESACREDITÁ-LA, SOBREMANEIRA QUANDO AMPARADA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. TJRS, Apelação Criminal 70052745643, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Julio Cesar Finger, j. em 10/04/2013.

- Em crimes decorrentes de violência doméstica, a palavra da vítima é de suma relevância, principalmente quando vem acompanhada de prova da materialidade do delito. Caso em que o réu não trouxe aos autos nenhum elemento de prova capaz de desfazer a versão trazida na peça acusatória. TJRS, AC 70052937026, Segunda Câmara Criminal, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, j. em 17/09/2015.

- Em crimes de violência doméstica, diante da divergência das versões apresentadas pelo acusado e pela vítima, prepondera esta, por tratar de crimes praticados, em geral, sem a presença de testemunhas, pois no ambiente doméstico. TJRS, Rel. Catarina Rita Krieger Martins, j. em 01/03/2012, Terceira Câmara Criminal.

- Em crimes de violência doméstica, que via de regra são perpetrados no ambiente residencial, sem outras testemunhas, a palavra firme e convicta da vítima assume especial relevância, ainda mais que essa tem como único interesse apontar o verdadeiro culpado pela infração e não incriminar gratuitamente alguém. Ademais, as lesões se encontram devidamente comprovadas pela prova técnica. TJRS, Apelação Crime 70043429604, Primeira Câmara Criminal, Rel. Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 19/10/2011.

- Nos crimes de violência doméstica, os quais, geralmente, ocorrem à distância de testemunhas, a palavra da ofendida assume especial relevo, consistindo em prova suficiente para a condenação. TJRS, Apelação Crime 70042446518, Quarta Câmara Criminal, Rel. Gaspar Marques Batista, j. em 29/06/2011.

- A palavra da vítima, nos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, quando firme e coerente, é prova suficiente para justificar sentença condenatória. Especialmente quando corroborada por outros elementos de provas colhidos na instrução, como no caso destes autos. 2. Inexistindo prova judicial capaz de invalidar a versão firme e coerente apresentada pela vítima, que

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

foi corroborada com depoimentos testemunhais, não há que se falar em absolvição do apelante. TJPI, ACR 201100010060882 PI, Rel. Des. Joaquim Dias de Santana Filho, j. em 10/04/2012, 2ª. Câmara Especializada Criminal.

- Lesão corporal. Violência doméstica. Palavra da vítima. Relevância, devido à natureza da infração, praticada, quase sempre, na clandestinidade Prova suficiente a autorizar a condenação. TJPR, 8259970, Rel. Campos Marques, j. em 08/03/2012, 1ª Câmara Criminal.

- Tratando-se de crime envolvendo violência doméstica e familiar, assume especial relevo a palavra da ofendida, em razão de tais infrações serem comumente praticadas na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciadas por outras pessoas, mormente se confortada por outros elementos de provas. TJRJ, APL 00270792920128190001/RJ, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, j. em 10/12/2015.

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Terceira Seção revisa tese e define que não pagamento de multa impede reconhecimento de extinção de punibilidade

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Em sessão virtual, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afetou e revisou a tese do **Tema 931** dos recursos repetitivos, para definir um novo entendimento sobre a possibilidade de extinção de punibilidade pelo cumprimento de pena sem pagamento de multa.

A tese fixada pelos ministros é a seguinte: "Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade".

Para o julgamento, foram afetados e julgados na sessão virtual os Recursos Especiais 1.785.861 e 1.785.383, sob relatoria do ministro Rogerio Schietti Cruz. Ele destacou que o colegiado tinha entendimento no sentido oposto, de que o não pagamento da multa não impedia o reconhecimento da extinção da punibilidade.

Entendimento modificado

Entretanto, destacou Schietti, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da **ADI 3.150**, adotou o entendimento de que a alteração legislativa sofrida pelo **artigo 51** do Código Penal com a edição da **Lei 13.964/2019** – Pacote Anticrime – não retirou da multa o seu caráter de pena, de sanção criminal. Dessa forma, tornou-se necessária a revisão do tema por parte do STJ.

"A nova redação do artigo 51 do Código Penal trata da pena de multa como dívida de valor já a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, em momento, inclusive, anterior ao próprio cumprimento da pena privativa de liberdade ou da restritiva de direitos", observou Schietti.

Para evitar decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no STJ, o colegiado acolheu a proposta de revisão de tese e definiu que, na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária impede o reconhecimento da extinção da punibilidade, seguindo o posicionamento do STF.

Recursos repetitivos

O Código de Processo Civil de 2015 regula, no **artigo 1.036** e seguintes, o julgamento por amostragem, mediante a seleção de recursos especiais que tenham controvérsias idênticas. Ao

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

afetar um processo, ou seja, encaminhá-lo para julgamento sob o rito dos repetitivos, os ministros facilitam a solução de demandas que se repetem nos tribunais brasileiros.

No [site do STJ](#), é possível acessar todos os temas afetados, bem como saber a abrangência das decisões de sobrestamento e as teses jurídicas firmadas nos julgamentos, entre outras informações.

Leia o [acórdão](#) do REsp 1.785.861.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1785861](#) [REsp 1785383](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A 3.^a Seção do STJ muda o entendimento e reconhece que o não pagamento da pena de multa impede o reconhecimento da extinção da punibilidade do réu que já terminou de cumprir a pena privativa de liberdade.

Essa revisão já era esperada. No ano de 2018, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que, em virtude da natureza de sanção penal – não alterada pela Lei 9.268/96 –, a pena de multa deve ser executada pelo Ministério Público no próprio juízo da execução penal.

O tribunal apreciou conjuntamente a ADI 3150 e uma questão de ordem na Ação Penal 470. A ação direta de inconstitucionalidade havia sido ajuizada pelo Procurador-Geral da República para que o tribunal conferisse interpretação conforme ao art. 51 do Código Penal e estabelecesse a legitimidade do Ministério Público e a competência da Vara de Execuções Penais para a execução da pena de multa.

Já na questão de ordem questionava-se decisão do ministro Barroso, que havia estabelecido, com base no art. 164 da LEP, a legitimidade do Ministério Público para executar multa imposta na AP 470, mas a União sustentava que a Lei 9.268/96 havia revogado tacitamente o disposto na Lei de Execução Penal, razão por que caberia à Procuradoria da Fazenda Nacional executar a sanção imposta naquela condenação.

Segundo o ministro Barroso – que foi acompanhado pela maioria –, a alteração promovida pela Lei 9.268/96 não alterou a natureza da pena de multa, que continuou a ser uma espécie de sanção penal, tanto que na própria AP 470 o STF impôs o pagamento da multa como condição para a progressão de regime. O art. 164 da LEP, portanto, continua em vigor e é claro ao estabelecer a legitimidade do Ministério Público, a quem cabe a fiscalização da execução penal.

Para adequar o texto legal à referida decisão do STF, a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou a redação do art. 51 do CP, que passou a prever expressamente a competência do juízo da execução

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

penal, no qual, evidentemente, deve atuar o Ministério Público. Aboliu-se, também, a legitimidade subsidiária da procuradoria da Fazenda Pública.

Fincada a sua natureza, a multa é sanção penal e, como tal, não permite a extinção da execução enquanto não for cumprida ou alcançada pela prescrição.

2- Tema: Terceira Seção vai fixar tese sobre uso de condenações passadas no cálculo da pena

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) submeteu, para julgamento sob o rito dos repetitivos, um recurso especial em que se discute o uso de condenações anteriores na dosimetria da pena. A tese proposta é a seguinte: "Condenações criminais transitadas em julgado, não utilizadas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente".

A relatora do recurso, ministra Laurita Vaz, afirmou que a controvérsia (**Tema 1.077**) tem jurisprudência pacífica nas turmas criminais do tribunal. O colegiado decidiu não suspender os processos que sejam relacionados à matéria.

Valoração da personalidade

No Recurso Especial 1.794.854, cadastrado como representativo da controvérsia, a defesa pediu o afastamento da valoração negativa da personalidade, decorrente de três condenações criminais com trânsito em julgado por fatos anteriores.

Segundo a ministra, o entendimento adotado no STJ, tanto pela Quinta quanto pela Sexta Turma, é de que não é possível a utilização de condenações penais pretéritas, ainda que transitadas em julgado, como fundamento para a valoração negativa da personalidade.

Ela mencionou precedente no qual se reafirmou 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 sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente".

Recursos repetitivos

O Código de Processo Civil de 2015 regula, nos **artigos 1.036** e seguintes, o julgamento por amostragem, mediante a seleção de recursos especiais que tenham controvérsias idênticas. Ao

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

afetar um processo, ou seja, encaminhá-lo para julgamento sob o rito dos repetitivos, os ministros facilitam a solução de demandas que se repetem nos tribunais brasileiros.

A possibilidade de aplicar o mesmo entendimento jurídico a diversos processos gera economia de tempo e segurança jurídica.

No [site do STJ](#), é possível acessar todos os temas afetados, bem como saber a abrangência das decisões de sobrestamento e as teses jurídicas firmadas nos julgamentos, entre outras informações.

Leia o [acórdão](#) de afetação do REsp 1.794.854.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1794854](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Nesse tanto, a divergência que existe na correta aplicação dos antecedentes do agente, nos parece que o que deve ser evitado é a sua dupla valoração. O STJ já decidiu que o juiz não é obrigado a mencionar pelo nome a circunstância judicial utilizada para aumentar a pena. Sua obrigação consiste em fundamentar o aumento em aspectos que encontrem correspondência concreta nos fatos julgados. Se existe uma circunstância judicial específica destinada à valoração do passado desabonador do réu (antecedentes), revela-se uma imprecisão intitulá-la de personalidade ou de conduta social negativas. Todavia, não se pode perder de vista que a dicção legal não impõe ao julgador a obrigatoriedade de nomear as circunstâncias legais. O que é cogente na tarefa individualizadora da pena-base é indicar peculiaridades concretas dos autos, relacionadas às oito vektoriais do art. 59 do CP. Se a sentença mencionar várias condenações definitivas anteriores do réu para aumentar a sanção básica, sem dar título algum à circunstância, não haverá vício no decisum.

A motivação da decisão (anotações criminais anteriores) deve permitir ao operador do direito expor a razão da escolha da sanção ao fato sob julgamento e possibilitar à defesa compreender e fiscalizar sua atuação (HC 501.144/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 10/3/2020).

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Recusa ministerial quanto ao aditamento de denúncia – manutenção.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 384, § 1º

Autos n. 1539xxx-5x.2019.8.26.0050 – MM. Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo - Capital

Réu: T.A.A.

Assunto: recusa ministerial quanto ao aditamento de denúncia – manutenção.

Cuida-se de ação penal movida pelo Ministério Público em face de T.A.A., imputando-lhe, na exordial, o crime de receptação dolosa qualificada, previsto no artigo 180, § 1º e § 2º do Código Penal (cf. fls. 01/03).

Devidamente notificado, o denunciado ofereceu defesa preliminar (fls. 92).

A peça inicial foi recebida (fls. 75/76) e, ao cabo da instrução processual, a Digníssima Magistrada entendeu que, pela prova colhida em juízo, não ficou demonstrado que o bilhete apreendido em poder do acusado é oriundo de crime antecedente, o que não se pode presumir. Ao contrário, o que consta é que referido bilhete foi objeto material do crime de falsificação de papéis públicos.

Dessa forma, ponderou a MM. Juíza, “É certo que, para praticar os furtos, o acusado fez uso de bilhete único, cujo conteúdo - créditos - eram obtidos de forma fraudulenta, sendo certo que tinha plena ciência deste fato, de modo que praticou o crime previsto no artigo 293, inciso VI, § 1º, inciso I, do Código Penal.”

Considerando que por ocasião das alegações finais o Douto Promotor de Justiça insistiu na capitulação legal constante da denúncia, visando resguardar o princípio da correlação entre acusação e defesa, tendo em vista a necessidade de aditamento à denúncia para a correta descrição e capitulação dos crimes imputados ao réu, a Cultra Magistrada determinou a remessa dos

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

autos a esta Chefia Institucional, nos termos do que estabelece o artigo 384, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal. (fls. 174/180)

Eis a síntese do necessário.

Com a devida vênia da Digníssima Magistrada, assiste razão ao Ilustre Membro Ministerial; senão, vejamos.

Segundo apurou-se, em data incerta, porém antes do dia 12 de dezembro de 2019, na cidade e comarca de São Paulo, T.A.A. recebeu e, no dia 12 de dezembro de 2019, por volta das 14h45min, na Estação Sé de Metrô, também nesta Capital, vendeu, expôs à venda e utilizou, em atividade comercial informal, coisa que sabia ser produto de crime, consistente em cartão magnético de “Bilhete Único” e seus respectivos créditos fraudados, avaliados em R\$ 558,00 (quinhentos e cinquenta e oito reais), em prejuízo da empresa vítima *SPTrans*.

Apurou-se que pessoa desconhecida promoveu a inserção fraudulenta de créditos em cartão magnético do tipo “Bilhete Único”, viabilizando que o objeto fosse empregado por vendedores informais de passagens de metrô que as revendem por preços inferiores ao praticado.

Entre a inserção fraudulenta e o dia 12 de dezembro de 2019, o denunciado recebeu o cartão munido de créditos fraudados, tendo ciência de sua origem espúria.

Na data dos fatos, o denunciado passou a oferecer passagens a usuários do metrô que se encontravam na estação Sé, ofertando-as por R\$ 4,00 (quatro reais), preço inferior àquele cobrado oficialmente, isto é, R\$ 4,30 (quatro reais e trinta centavos).

A ação foi visualizada por policiais civis, os quais detiveram o denunciado e apreenderam o Bilhete Único que este trazia consigo e 27 (vinte e sete) unidades de bilhetes avulsos (auto de exibição e apreensão às fls. 18).

Analisado o conteúdo do cartão magnético, a empresa *SPTrans*, por meio de seu representante, confirmou que este estava carregado com créditos fraudulentamente inseridos,

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

causando prejuízos no montante de R\$ 558,00 (quinhentos e cinquenta e oito reais), conforme Auto de Constatação de Créditos Irregulares no Bilhete Único de fls. 21.

Pois bem.

A prova amealhada mostra-se, em nosso sentir, segura a ponto de embasar a condenação em estreita conformidade com os fatos deduzidos na denúncia.

Isso porque, na fase inquisitorial, T. permaneceu em silêncio (fls. 10). Em Juízo, negou a prática do crime, asseverando que achou o bilhete jogado no chão na estação de Metrô e quanto tentou utilizá-lo, passando-o na catraca, foi abordado pelos policiais e preso. Negou que estivesse abordando as pessoas na fila e oferecendo passagens mais baratas.

A negativa do denunciado restou isolada, pois as testemunhas Eduardo Santana da Silva e Thiago Crisostomo de Oliveira, policiais civis, afirmaram em uníssono que presenciaram T. abordando as pessoas na fila e oferecendo passagens por preço inferior ao comercializado oficialmente.

Portanto, o agente foi surpreendido por policiais civis vendendo e expondo à venda, no exercício de atividade comercial, irregular ou clandestina, créditos constantes de um cartão de bilhete único “SPTrans”, coisa que sabia ou devia saber ser produto de crime.

Inegável, portanto, que o agente obteve, em circunstâncias não esclarecidas, o cartão de bilhete único com créditos virtuais falsamente inseridos, sabendo, portanto, de sua origem ilícita, e passou a vender e expor à venda os referidos créditos virtuais fraudulentos, no exercício de atividade comercial, já que abordava as pessoas na fila do Metrô e vendia as passagens por preço abaixo do praticado pela Companhia de Trens Metropolitanos (CPTM) aos usuários do transporte.

O cartão de bilhete único “SPTrans” apreendido é produto de crime anterior praticado por pessoas não identificadas em face da CPTM, pois, consoante verificado, referidos agentes, mediante burla ao sistema de cobrança da Companhia de Trens Metropolitanos, nele inseriram créditos monetários irregulares e falsos e passaram a empregá-lo para que outras pessoas, valendo-

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

se destes mesmos bilhetes, ingressassem e se utilizassem, fraudulentamente, sem o devido pagamento, do sistema ferroviário de transportes públicos, causando danos financeiros à citada empresa.

Nessa esteira, conclui-se que o investigado adquiriu e comercializou bilhete no qual havia sido inserido créditos de forma ilícita, coisa que sabia, portanto, ser produto de crime precedente (em tese, ao menos, uma falsidade).

Diante disso, o fato criminoso apurado, com a máxima vênia da Cultra Magistrada, se ajusta ao tipo penal de receptação dolosa qualificada, no exercício de atividade comercial, ainda que informal, irregular e clandestina.

Embora T. tenha permanecido em silêncio no interrogatório policial e negado o fato em Juízo, a sua conduta, atrelada à irregularidade dos créditos contidos nos bilhetes e às circunstâncias de local e horário, torna indubitoso que exerceu atividade comercial, ainda que irregular e clandestina.

E, nos termos do § 2.º do art. 180 do Código Penal, *equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.*

Nesse passo, o eminente ROGÉRIO GRECO leciona, no tocante à classificação doutrinária, que o delito versado é:

“crime próprio com relação ao sujeito ativo, uma vez que o tipo penal exige a qualidade de comerciante ou industrial, mesmo que essas atividades sejam irregulares ou clandestinas...” (Código Penal Comentado. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 597).

Ainda que não tenha havido ou se aperfeiçoado um estelionato em momento anterior à ação do agente, o crime precedente constitui, ao menos, uma falsidade ideológica ou de papel

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

público (CP, art. 299 ou 293, VI), traduzida na inserção de declaração falsa (crédito monetário inexistente em cartão do bilhete único), por meio de fraude eletrônica.

Mas o conjunto probante não demonstrou que o denunciado foi o autor do crime antecedente, eis que nenhum elemento de convicção foi produzido no sentido de ter sido THALISSON o autor da inserção do crédito fraudulento no bilhete apreendido em sua posse.

Nesse cenário, indubitável que o acusado, em data incerta, porém antes do dia 12 de dezembro de 2019, recebeu e, na referida data, na Estação Sé de Metrô, vendeu, expôs à venda e utilizou, em atividade comercial informal, coisa que sabia ser produto de crime, consistente no cartão magnético de “Bilhete Único”, praticando, assim, o crime de receptação qualificada.

Nesse sentido, os recentes julgados do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA - Configuração. Autoria e materialidade demonstradas. Prova segura do conhecimento da origem ilícita do bem. Depoimentos do policial civil e das testemunhas em harmonia com o conjunto probatório - **Posse de cartões de transporte público com créditos adulterados. Circunstâncias da abordagem que evidenciam o dolo do agente na conduta de receber produto de origem ilícita, no exercício de comércio irregular ou clandestino equiparado a atividade comercial** - Inviável a desclassificação para a modalidade simples ou culposa - Condenação mantida. PENAS e REGIME PRISIONAL - Bases nos mínimos Regime aberto Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade). Conformismo do Ministério Público (vedada a reformatio in pejus) - Apelo desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 0021660-70.2018.8.26.0050; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 11ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/06/2020 – g.n.).

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro- 2021 -

Apelação Criminal - ESTELIONATO - Emendatio libelli. Nova definição jurídica aos fatos. Manutenção da condenação, mas pelo crime de receptação. Possibilidade. Conduta descrita na denúncia. **Conjunto acusatório idôneo a demonstrar a subsunção da conduta ao crime previsto no artigo 180, do Código Penal** - Conjunto probatório robusto em desfavor do réu. Firme prova testemunhal - **Apreensão de bilhetes de transporte público com inserção de créditos irregulares** - Afastamento da continuidade delitiva. Interpretação do conjunto fático-probatório em benefício do réu. In dubio pro reo - Apelo parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1519457-27.2019.8.26.0050; Relator (a): Rachid Vaz de Almeida; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 25ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/06/2020-g.n.).

Recurso em Sentido Estrito - Denúncia rejeitada - **Receptação qualificada art. 180, §§ 1º e 2º, do Código Penal** - r. decisão que rejeitou a denúncia. Recurso Ministerial buscando a reforma da r. decisão e o recebimento da denúncia. **Averiguada que vendia bilhete único com créditos inseridos por meio fraudulento.** Recurso Ministerial provido, para receber a denúncia, determinando-se o regular prosseguimento do feito.

(TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0002219-31.2017.8.26.0635; Relator (a): Ely Amioka, órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 19ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/07/2020 – g.n.).

Conclui-se, destarte, que do material fático-probatório inferem-se elementos suficientes para se atribuir ao increpado o enquadramento legal efetuado pelo Nobre Membro do *Parquet*, consoante descrito na peça acusatória.

Cremos, portanto, que a insistência ministerial afigura-se plenamente justificada.

Boletim Criminal **Comentado** 124- Fevereiro-
2021 -

Diante do exposto, deixa-se de aditar a exordial ou de designar outro promotor de justiça para fazê-lo, cumprindo ao Ilustre Representante do *Parquet* interpor os recursos cabíveis na hipótese de sucumbência, por ocasião da prolação da sentença.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº125,02/2021
(semana nº 3)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

AVISO

Multa Penal e inscrição no sistema da Dívida Ativa: impossibilidade

Após o julgamento da ADI 3.150 e diante da alteração promovida no artigo 51 do Código Penal pela Lei n.º 13.964/19, reputamos inviável a inscrição da multa penal no Sistema da Dívida Ativa, posto que reconhecido seu caráter penal, não constituindo apenas um crédito do Estado.

A partir de consulta formulada pelo colega Rafael Salzedas Arbach, 1.º Promotor de Justiça de Pacaembu, o Núcleo de Execuções Criminais solicitou à Subprocuradora Geral do Estado Adjunta manifestação acerca do tema.

Clique [aqui](#) para conhecer o Ofício SUBCTF n. 01/2021.

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal

Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso.

Por decisão majoritária, nesta quinta-feira (11), o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu que é incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento que possibilite impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação. Segundo a Corte, eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, com base em parâmetros constitucionais e na legislação penal e civil.

O Tribunal, por maioria dos votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 1010606, com repercussão geral reconhecida, em que familiares da vítima de um crime de grande repercussão nos anos 1950 no Rio de Janeiro buscavam reparação pela reconstituição do caso, em 2004, no programa “Linha Direta”, da TV Globo, sem a sua autorização. Após quatro sessões de debates, o julgamento foi concluído hoje, com a apresentação de mais cinco votos (ministra Cármen Lúcia e ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Luiz Fux).

Solidariedade entre gerações

Ao votar pelo desprovimento do recurso, a ministra Cármen Lúcia afirmou que não há como extrair do sistema jurídico brasileiro, de forma genérica e plena, o esquecimento como direito fundamental limitador da liberdade de expressão “e, portanto, “como forma de coatar outros direitos à memória coletiva”. Cármen Lúcia fez referência ao direito à verdade histórica no âmbito do princípio da solidariedade entre gerações e considerou que não é possível, do ponto de vista jurídico, que uma geração negue à próxima o direito de saber a sua história. “Quem vai saber da escravidão, da violência contra mulher, contra índios, contra gays, senão pelo relato e pela exibição de exemplos específicos para comprovar a existência da agressão, da tortura e do feminicídio?”, refletiu.

Ponderação de valores

No voto em que acompanhou o relator, ministro Dias Toffoli, pelo desprovimento do RE, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a liberdade de expressão é um direito de capital importância, ligado ao exercício das franquias democráticas. No seu entendimento, enquanto categoria, o direito ao esquecimento só pode ser apurado caso a caso, em uma ponderação de valores, de maneira a sopesar qual dos dois direitos fundamentais (a liberdade de expressão ou os direitos de

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

personalidade) deve ter prevalência. “A humanidade, ainda que queira suprimir o passado, ainda é obrigada a revivê-lo”, concluiu.

Exposição vexatória

Por outro lado, o ministro Gilmar Mendes votou pelo parcial provimento do RE, acompanhando a divergência apresentada pelo ministro Nunes Marques. Com fundamento nos direitos à intimidade e à vida privada, Mendes entendeu que a exposição humilhante ou vexatória de dados, da imagem e do nome de pessoas (autor e vítima) é indenizável, ainda que haja interesse público, histórico e social, devendo o tribunal de origem apreciar o pedido de indenização. O ministro concluiu que, na hipótese de conflito entre normas constitucionais de igual hierarquia, como no caso, é necessário examinar de forma pontual qual deles deve prevalecer para fins de direito de resposta e indenização, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Legislativo.

Ares democráticos

O ministro Marco Aurélio também seguiu o relator. A seu ver, o artigo 220 da Constituição Federal, que assegura a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, está inserido em um capítulo que sinaliza a proteção de direitos. “Não cabe passar a borracha e partir para um verdadeiro obscurantismo e um retrocesso em termos de ares democráticos”, avaliou. Segundo o ministro, os veículos de comunicação têm o dever de retratar o ocorrido. Por essa razão, ele entendeu que decisões do juízo de origem e do órgão revisor não merecem censura, uma vez que a emissora não cometeu ato ilícito.

Fato notório e de domínio público

Para o presidente do STF, ministro Luiz Fux, é inegável que o direito ao esquecimento é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, e, quando há confronto entre valores constitucionais, é preciso eleger a prevalência de um deles. Para o ministro, o direito ao esquecimento pode ser aplicado. Mas, no caso dos autos, ele observou que os fatos são notórios e assumiram domínio público, tendo sido retratados não apenas no programa televisivo, mas em livros, revistas e jornais. Por esse motivo, ele acompanhou o relator pelo desprovimento do recurso.

Não participou do julgamento o ministro Luís Roberto Barroso, que declarou sua suspeição, por já ter atuado, quando era advogado, em outro processo da ré em situação parecida com a deste julgamento.

Tese

A tese de repercussão geral firmada no julgamento foi a seguinte:

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

“É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

Processo relacionado: **RE 1010606**

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Decisão STJ - RESP MPSP - Falta de pagamento da multa impede a progressão, salvo se o sentenciado for hipossuficiente

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Cominada no preceito secundário do tipo incriminador (isolada, alternativa ou cumulativa com a pena privativa de liberdade) ou substitutiva da prisão (art. 44 do CP), a pena de multa é espécie de sanção penal patrimonial, consistente na obrigação imposta ao sentenciado de pagar ao fundo penitenciário determinado valor em dinheiro.

Segundo a redação conferida ao art. 51 do Código Penal pela Lei 7.209/84, o não pagamento voluntário da multa acarretava a sua conversão em pena privativa de liberdade. Contudo, com o advento da Lei nº 9.268/96 não mais se admitiu a conversão, encarando-se a multa não paga como dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição (art. 51, CP).

Essa alteração provocou extensa controvérsia a respeito da natureza da pena de multa, que, para diversos doutrinadores, havia perdido seu caráter penal. A controvérsia instalada se estendeu à competência para a execução da multa, pois, se o caráter penal havia desaparecido, não caberia mais à vara de execução penal, por provocação do Ministério Público, exigir do condenado o pagamento do valor imposto na sentença condenatória. Seria, portanto, da Fazenda Pública a legitimidade para promover a execução. Esta orientação chegou a ser adotada pelo STJ por meio da súmula 521, embora o tribunal tenha mantido a atribuição do Ministério Público para adotar medidas assecuratórias do pagamento da multa

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que, em virtude da natureza de sanção penal – não alterada pela Lei 9.268/96 –, a pena de multa deve ser executada pelo Ministério Público no próprio juízo da execução penal. Esse raciocínio foi seguido pelo PACOTE ANTICRIME, que alterou novamente o art. 51 do CP, prevendo, expressamente, a competência da VEC para atuar na execução da pena pecuniária.

É importante lembrar que o STF apreciou conjuntamente a ADI 3150 e uma questão de ordem na Ação Penal 470. A ação direta de inconstitucionalidade havia sido ajuizada pelo Procurador-Geral da República para que o tribunal conferisse interpretação conforme ao art. 51 do Código Penal e estabelecesse a legitimidade do Ministério Público e a competência da vara de execução penal para a execução da pena de multa. Já na questão de ordem questionava-se decisão do ministro Barroso, que havia estabelecido, com base no art. 164 da LEP, a legitimidade do Ministério Público para

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

executar multa imposta na AP 470, mas a União sustentava que a Lei 9.268/96 havia revogado tacitamente o disposto na Lei de Execução Penal, razão por que caberia à Procuradoria da Fazenda Nacional executar a sanção imposta naquela condenação.

Para o ministro Barroso – que foi acompanhado pela maioria –, a alteração promovida pela Lei 9.268/96 não alterou a natureza da pena de multa, que continuou a ser uma espécie de sanção penal, **tanto que na própria AP 470 o STF impôs o pagamento da multa como condição para a progressão de regime.**

A tese de o inadimplemento da multa poder impedir a progressão para o não hipossuficiente foi seguida pelo STJ, em REsp do MP/SP.

RECURSO ESPECIAL Nº 1905890 - SP - Clique [aqui](#)

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Dosimetria da pena. Majorantes sobejantes. Patamar fixo ou variável. Valoração em outra fase. Possibilidade. Princípio da individualização da pena.

INFORMATIVO 684 STJ- SEXTA TURMA

O deslocamento da majorante sobejante para outra fase da dosimetria, além de não contrariar o sistema trifásico, é a que melhor se coaduna com o princípio da individualização da pena.

Informações do Inteiro Teor

A questão jurídica diz respeito, em síntese, à valoração de majorantes sobejantes na primeira ou na segunda fase da dosimetria da pena, a depender se a causa de aumento traz patamar fixo ou variável.

De início, ressalta-se que não é possível dar tratamento diferenciado à causa de aumento que traz patamar fixo e à que traz patamar variável, porquanto, além de não se verificar utilidade na referida distinção, o mesmo instituto jurídico teria tratamento distinto a depender de critério que não integra sua natureza jurídica.

Quanto à possibilidade propriamente dita de deslocar a majorante sobejante para outra fase da dosimetria, considero que se trata de providência que, além de não contrariar o sistema trifásico, é a que melhor se coaduna com o princípio da individualização da pena.

Com efeito, o sistema trifásico, trazido no art. 68 do Código Penal, disciplina que a fixação da pena observará três fases: a fixação da pena-base, por meio da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal; a fixação da pena intermediária, com a valoração das atenuantes e das agravantes; e a pena definitiva, após a incidência das causas de diminuição e de aumento da pena.

O Código Penal não atribui um patamar fixo às circunstâncias judiciais nem às agravantes e atenuantes, as quais devem ser sopesadas de acordo com o livre convencimento motivado do Magistrado, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. As causas de aumento e de diminuição, por seu turno, já apresentam os patamares que devem ser utilizados, de forma fixa ou variável.

Segundo a doutrina, as causas de aumento também são chamadas de qualificadoras em sentido amplo e, "por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador".

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

Nessa linha de raciocínio, nos mesmos moldes em que ocorre com o crime qualificado, já existindo uma circunstância que qualifique ou majore o crime, autorizando, assim, a alteração do preceito secundário, ou a incidência de fração de aumento, considera-se correta a jurisprudência que prevalece no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que as qualificadoras e majorantes sobressalentes podem ser valoradas na primeira ou na segunda fase da dosimetria da pena.

De fato, da mesma forma que a existência de mais de uma qualificadora não modifica nem o tipo penal nem o preceito secundário, tem-se que a existência de mais de uma majorante também não autoriza a retirada da fração de aumento do mínimo, uma vez que se "exige fundamentação concreta, não sendo suficiente a mera indicação do número de majorantes", nos termos do entendimento sumulado no verbete n. 443 da Súmula desta Corte.

Nesse contexto, a desconsideração tanto da qualificadora quanto da majorante sobressalentes acaba por violar o princípio da individualização da pena, o qual preconiza a necessidade de a pena ser aplicada em observância ao caso concreto, com a valoração de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime.

Ademais, referida desconsideração vai de encontro ao sistema trifásico, pois as causas de aumento (3ª fase), assim como algumas das agravantes, são, em regra, circunstâncias do crime (1ª fase) valoradas de forma mais gravosa pelo legislador. Assim, não sendo valoradas na terceira fase, nada impede sua valoração de forma residual na primeira ou na segunda fases.

A desconsideração das majorantes sobressalentes na dosimetria acabaria por subverter a própria individualização da pena realizada pelo legislador, uma vez que as circunstâncias consideradas mais gravosas, a ponto de serem tratadas como causas de aumento, acabariam sendo desprezadas. Lado outro, se não tivessem sido previstas como majorantes, poderiam ser integralmente valoradas na primeira e na segunda fases da dosimetria.

Por fim, não há se falar que o deslocamento da causa de aumento para a primeira fase permite o "agravamento do regime prisional por via transversa", porquanto o que não se admite é a fixação de regime prisional mais gravoso sem a devida fundamentação. Assim, ainda que a pena-base seja fixada no mínimo legal, é possível a imposição de regime mais gravoso que o estabelecido em lei, desde que seja declinada motivação concreta.

Processo: HC 463.434-MT, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 25/11/2020, DJe 18/12/2020

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Nesse tema importante discutir o art. 68, parágrafo único, do CP, não raras vezes mal interpretado. Reza referido dispositivo:

Boletim Criminal Comentado 125- Fevereiro- 2021 -

“No concurso de causas de aumento (...) previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento (...), prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente (...)”.

Do seu teor, extrai-se:

Quando previstas na parte geral do Código Penal, ou uma na parte geral e outra na parte especial, o juiz, sem escolha, deve aplicar as duas, observando, no entanto, o princípio da incidência isolada, isto é, o segundo aumento recai sobre a pena precedente, não sobre a pena já aumentada.

Quando previstas na parte especial, aplica-se o art. 68, parágrafo único. O juiz, atento aos fins da pena, escolhe aplicar as duas (observando o princípio da incidência isolada) ou apenas uma, escolhendo, nesse caso, a que mais aumenta.

Se houver por bem aplicar apenas uma das causas de aumento, o juiz pode considerar a outra na aplicação da pena-base. Assim, por exemplo, se um roubo for cometido em concurso de pessoas (art. 157, §2º, II) mediante emprego de arma de fogo (art. 157, §2º-A, I), é possível ao juiz considerar esta última na terceira fase, pois é a que mais aumenta (2/3), e o concurso de agentes na primeira fase de aplicação da pena, mais precisamente na análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP). Sobre o tema, decidiu o STJ:

“A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que o art. 68, parágrafo Único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento da parte especial do Código Penal quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

Assim, não há ilegalidade flagrante, em tese, na cumulação de causas de aumento da parte especial do Código Penal, sendo razoável a interpretação da lei no sentido de que eventual afastamento da dupla cumulação deverá ser feito apenas no caso de sobreposição do campo de aplicação ou excessividade do resultado (ARE 896.843/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 23/09/2015).

Contudo, na hipótese ora analisada, as instâncias ordinárias não fundamentaram, concretamente, o cúmulo de causas de aumento, com remissão a peculiaridades do caso em comento, pois o modus operandi do delito, como narrado, confunde-se com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, não refletindo especial gravidade.

Assim, respeitada a proporcionalidade da pena no caso concreto, e a intenção da Lei n. 13.654/2018, afasta-se a majorante do art. 157, § 2.º, inciso II ('A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade se há o concurso de duas ou mais pessoas'), aplicando-se apenas a do art. 157, § 2.º-A, inciso I ('A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços)' se a violência ou ameaça é exercida com

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

emprego de arma de fogo'), ambas do Código Penal" (HC 472.771/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04/12/2018).

2- Tema: Sexta Turma afasta natureza hedionda do porte de arma de uso permitido com numeração raspada

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

O porte ou a posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, não tem natureza de crime hediondo.

A decisão foi tomada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual, superando o entendimento que prevalecia na corte, concedeu dois habeas corpus em favor de réus condenados por porte ou posse de arma de uso permitido com numeração suprimida, para afastar o caráter hediondo do crime.

Em um dos casos, o juízo da execução penal negou o pedido de exclusão da hediondez, entendendo que a **Lei 13.497/2017**, ao considerar hediondo o crime de posse ou porte de arma de uso restrito (**artigo 16** da Lei 10.826/2003), teria incluído na mesma categoria a posse ou o porte de arma de fogo com identificação adulterada ou suprimida (antigo parágrafo único do mesmo dispositivo). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também entendeu que a inclusão do artigo 16 no rol dos crimes hediondos implicava a inclusão da conduta prevista no parágrafo.

Redução de danos

No pedido de habeas corpus, a Defensoria Pública sustentou que a previsão da Lei dos Crimes Hediondos não inclui o parágrafo do artigo 16, e que a finalidade da lei é coibir com mais rigor quem utiliza armamentos pesados, como fuzis e metralhadoras. "Fere o princípio da proporcionalidade considerar o porte ilegal de um revólver 38 com numeração raspada um delito hediondo", alegou a Defensoria.

De acordo com a relatora do habeas corpus, ministra Laurita Vaz, o STJ vinha afirmando até agora que os legisladores teriam atribuído ao porte e à posse de arma de uso permitido com numeração suprimida uma reprovação equivalente à da conduta do artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/2003, que diz respeito a armas de uso exclusivo das polícias e das Forças Armadas. Esse entendimento, segundo ela, deve ser superado.

"Corroborar a necessidade de superação do posicionamento acima apontado a constatação de que, diante de texto legal obscuro – como é o parágrafo único do artigo 1º da **Lei de Crimes Hediondos** na parte em que dispõe sobre a hediondez do crime de posse ou porte ilegal de arma de

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

fogo – e de tema com repercussões relevantes na execução penal, cabe ao julgador adotar uma postura redutora de danos, em consonância com o princípio da humanidade", declarou a ministra.

Debate legislativo

Para Laurita Vaz, o Congresso Nacional, ao elaborar a Lei 13.497/2017 – que alterou a Lei de Crimes Hediondos –, quis dar tratamento mais grave apenas ao crime de posse ou porte de arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, não abrangendo o crime relativo a armamento de uso permitido com numeração raspada.

Segundo a relatora, durante os debates no Poder Legislativo, ficou claro que a proposta dos parlamentares era que somente os crimes que envolvessem armas de fogo de uso restrito fossem incluídos no rol dos hediondos; posteriormente, ao dar nova redação aos dispositivos legais em questão, a [Lei 13.964/2019](#) reforçou o entendimento de que apenas foi equiparado a hediondo o crime de posse ou porte de arma de uso proibido, previsto no artigo 16 da Lei 10.826/2003.

A ministra lembrou ainda que, no relatório apresentado pelo grupo de trabalho da Câmara dos Deputados que analisou as propostas do Pacote Anticrime, foi afirmada a necessidade de se coibir mais severamente a posse e o porte de arma de uso restrito ou proibido, pois tal situação amplia consideravelmente o mercado do tráfico de armas.

Laurita Vaz disse que, da mesma maneira, ao alterar a redação do artigo 16 da Lei 10.826/2003, com a imposição de penas diferenciadas para a posse ou o porte de arma de fogo de uso restrito, a Lei 13.964/2019 atribuiu reprovação criminal diversa, a depender da classificação do armamento.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 525249HC 575933](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O art. 16 do Estatuto do Desarmamento, antes da Lei 13.964/19, punia, 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 parágrafo único do art. 16 tipificava como condutas equiparadas:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

Boletim Criminal Comentado 125- Fevereiro- 2021 -

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;

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. Surgiu, então, uma dúvida diante da menção genérica ao art. 16: todas as formas nele tipificadas passaram a ser tratadas como hediondas, ou só a forma básica, tipificada no caput?

Prevaleceu, num primeiro momento, inclusive no STJ, que todas as formas, previstas no caput e no parágrafo único, deveriam sofrer os consectários da Lei 8.072/90.

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 § 1º, da Lei 10.826/03 passa a atrair os consectários relativos aos crimes hediondos (STJ - HC 460.910 - PR 2018/0184654-0).

Contudo, a Corte Cidadã muda seu entendimento, excluindo do rol as formas equiparadas. A discussão tende a perder importância. É que a Lei 13.964/19 traz novas mudanças. Alterou o art. 16 do Estatuto do Desarmamento. Separou os tipos quando a conduta envolve arma de uso restrito (caput) e uso proibido (§2º.). O parágrafo único agora é o §1º. No que diz respeito ao rótulo de hediondo, preferiu restringir aos casos envolvendo arma de fogo de uso proibido, leia-se, apenas o art. 16, §2º.

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

3- Tema: Nova súmula do STJ trata da execução da pena restritiva de direitos.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), especializada em direito penal, aprovou na última quarta-feira (10) novo enunciado sumular. A Súmula 643 trata da execução da pena restritiva de direitos.

O enunciado tem a seguinte redação:

Súmula 643: "*A execução da pena restritiva de direitos depende do trânsito em julgado da condenação*".

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

É sabido que o STF, nas ADCs 43, 44 e 54, proibiu a execução provisória da pena privativa de liberdade. Embora a Corte Suprema não tenha tratado das penas restritivas de direitos, a tendência era no mesmo sentido da pena privativa de liberdade, ou seja, da inconstitucionalidade da sua execução provisória. Nesse sentido: STF (HC 161.140, Min. Gilmar Mendes, j. 10.06.19) e STJ (HC 509.605, Min. Ribeiro Dantas, j. 16.05.19).

O STJ se posicionou nesse exato sentido, através de Súmula (643).

Lembramos, por fim, que o PACOTE ANTICRIME (Lei 13.964/19) autorizou a execução provisória no júri, quando a pena imposta pelos jurados for igual ou superior a 15 anos (art. 492, I, "e", CPP).

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Divergência quanto à atribuição para oficiar em notícia de fato

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos da Notícia de Fato n.º 38.06xx.00010xx/2020 (Promotoria de Justiça Criminal do Tatuapé)

Suscitante: Promotor de Justiça Criminal do Foro Central da Capital

Suscitado: 1º Promotor de Justiça Criminal do Tatuapé

Assunto: divergência quanto à atribuição para oficiar em notícia de fato

Trata-se de procedimento autuado e registrado sob o número NF 38.0634.000xxxx/2020, instaurado a partir de documentação encaminhada através de carta endereçada à Promotoria de Justiça Criminal do Tatuapé, contendo “Denúncia para Investigação de Crime de Corrupção”, assinada por “*Good Angels*”.

Conforme se verifica de fls. 2, o denunciante alega haver superfaturamento nas obras de reformas das creches na zona leste da Capital, pois a Construtora Itajaí estaria reformando um lote de 20 creches municipais na Capital, de julho a outubro de 2020 e, segundo rumores no segmento, esta não é a empresa que venceu a licitação, tendo as obras sido “terceirizadas” por um grupo de engenheiros que venceram a licitação.

Apontou, ainda, a denúncia, que na zona leste da Capital se comenta que o custo da reforma de cada creche não seria maior que R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), mas o valor licitado para cada unidade seria por volta de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), o que importaria em superfaturamento da ordem de R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais).

Consta, também, da denúncia, uma relação de creches onde as obras estão sendo realizadas.

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

O Douto Promotor de Justiça que recebeu a notícia de fato considerou que trata-se de possível crime de corrupção em razão da narrativa de superfaturamento de R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais), delito que tem cominação de pena de reclusão, motivo pelo qual determinou a remessa dos autos à Promotoria Criminal do Foro Central da Capital.

A Douta Representante Ministerial que recebeu o expediente determinou a expedição de ofício à Prefeitura da Cidade de São Paulo solicitando informações sobre a contratação de empresa, durante o ano de 2020, para a construção de creches na zona leste da capital.

A Prefeitura Municipal de São Paulo respondeu à requisição ministerial.

Então, a Douta Promotora de Justiça atuante na 3ª Promotoria de Justiça Criminal da Capital observou que do expediente não há qualquer menção à solicitação ou recebimento, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, de vantagem indevida, ou aceitação de promessa de tal vantagem (crime de corrupção passiva), ou ainda de oferta ou promessa de vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (crime de corrupção ativa).

Argumentou, também, que os crimes em tese noticiados, conforme narrativa fática acima exposta, são aqueles dos artigos 89 e 96 da Lei 8.666/1995, de competência dos Foros Regionais, motivo pelo qual suscitou conflito negativo de atribuição.

Eis a síntese do necessário.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual nº 734/93, encontrando-se configurado o incidente supramencionado 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).

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

Considere-se, outrossim, que em semelhantes situações o Procurador-Geral de Justiça não se converte no promotor natural do caso; assim, que 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 officiar nos autos.

Pois bem.

No mérito, cremos que a razão está com a Douta Suscitante, com a devida vênua do Douto Suscitado.

Na denúncia encaminhada por carta à Promotoria de Justiça Criminal do Tatuapé, embora conste que o objeto seria a investigação do crime de corrupção, os fatos descritos apontam para suposto superfaturamento nas obras indicadas, inclusive com menção a valores que teriam sido pagos sem correspondência com a prestação de serviços nas creches municipais.

Instada, a Prefeitura Municipal de São Paulo informou que as unidades educacionais estão passando por “intervenções de manutenção”, que estão sendo executadas através de contratações de empresas feitas por meio de Ata de Registro de Preços, através da Secretaria Municipal de Educação.

Constam, também, das referidas informações, os números dos procedimentos administrativos de contratação para manutenção de cada unidade educacional.

Nesse cenário, é imperioso o aprofundamento das investigações, visando identificar supostas práticas ilícitas nas contratações ou mesmo na execução dos contratos, ante a informação da prática de superfaturamento, com a realização de pagamentos em valores muito superiores aos serviços efetivamente realizados nas creches municipais.

Como bem ressaltado pela Ilustre Suscitante, ao menos por ora, os delitos a serem investigados estão listados na Lei nº. **8.666/93**:

Diz o art. 90 da Lei de Licitações:

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

“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.

Comentando o dispositivo legal, Renee do Ó Souza leciona que:

“O ajuste, a combinação ou o expediente capaz de frustrar ou fraudar a competição podem ser realizados com ou sem a participação do servidor público, bem como podem ser meramente parciais. Os casos mais comuns de fraude à licitação são:

Sobrepreço – É a fixação de preços superiores aos de mercado. O artigo 31, §1o, I, da Lei 13.303/16 define que há sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo se referir ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada” (Leis Penais Especiais Comentadas, coordenação de Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó Souza, Editora JusPodivm, 3ª edição, pág. 776).

Destaque-se, ainda, que a depender das circunstâncias do caso concreto, o suposto superfaturamento de preços também pode configurar o delito previsto no artigo 96 da Lei n. 8.666/93:

"Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro- 2021 -

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa."

No sentido de que o superfaturamento de preços pode configurar crime capitulado na Lei de Licitações, o seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME (ATIPICIDADE, AUSÊNCIA DE INDÍCIOS E INÉPCIA DA DENÚNCIA). NÃO OCORRÊNCIA. REQUISITOS DA MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DA FUNÇÃO PÚBLICA. DEMONSTRAÇÃO DO NEXO ENTRE O DELITO IMPUTADO E A ATIVIDADE FUNCIONAL DESENVOLVIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento do processo-crime pela via do habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios capazes de fundamentar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas no caso em apreço. Precedentes do STJ.

2. A denúncia apresenta os elementos para a tipificação do crime em tese (art. 90 da Lei n.º 8666/1993) e demonstra o suposto envolvimento do Recorrente com o fato delituoso - pois formalizou todas as fases do procedimento licitatório, o qual teve superfaturamento do objeto e do valor, além do caráter competitivo fraudado, permitindo-lhe, portanto, ter ciência da conduta típica que lhe foi imputada, de modo a garantir o livre exercício do contraditório e da ampla defesa.

Boletim Criminal Comentado 125- Fevereiro- 2021 -

3. A teor do art. 282, inciso I, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se: "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".

4. A Sexta Turma desta Corte Superior já decidiu que, "se os delitos investigados guardam relação direta com o exercício do cargo, como na espécie, o afastamento do exercício da atividade pública constitui medida necessária para evitar a reiteração delitiva, bem como para impedir eventual óbice à apuração dos fatos" (RHC 79.011/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017.) 5. No caso, as instâncias ordinárias demonstraram o nexo entre o delito imputado (fraude à licitação) e a atividade funcional desenvolvida pelo Recorrente (no setor de licitações da Prefeitura Municipal), o que denota concretamente a necessidade do juízo acautelatório pautado nos vetores da ordem pública (para evitar a prática de infrações penais) e da conveniência da instrução criminal.

6. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 103.289/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 01/03/2019)

É bem verdade que o aprofundamento das investigações poderá demonstrar a ocorrência de crimes contra a administração pública (art. 317 e 333, do CP), dentre outros, mas não é este o cenário que se antevê no expediente neste momento.

Tendo em vista que os delitos excogitados são apenados com detenção, a apuração deverá ficar a cargo da Promotoria de Justiça que oficia perante o Foro Regional do Tatuapé.

Ante o exposto, conhece-se do presente incidente a fim de **declarar que a atribuição para oficial neste expediente é do Douto Suscitado, 1º Promotor de Justiça Criminal do Tatuapé.**

Para que não haja menoscabo à sua independência funcional, pois diversa a opinião delitiva por ele vislumbrada, designa-se outro representante ministerial para intervir no feito, facultando-se ao Ilustre designado observar o disposto no art. 4-A da Resolução n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07

Boletim Criminal **Comentado** 125- Fevereiro-
2021 -

de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução n.º 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

São Paulo, 22 de janeiro de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº126, 2/2021
(semana nº 4)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. 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

Boletim Criminal Comentado 126- Fevereiro- 2021 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: DECRETOS DE FEVEREIRO DE 2021 E O ESTATUTO DO DESARMAMENTO: PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES

Os decretos regulamentadores do Estatuto do Desarmamento (Decretos 9.845, 9.846 e 9.847/2019) e o Regulamento de Produtos Controlados (Decreto 10.030/2019) foram, uma vez mais, modificados pelo Poder Executivo, desta feita por obra, respectivamente, dos Decretos 10.628, 10.629, 10.630 e 10.627/2021. Muitas foram as alterações na regulamentação, que atingiram desde definições/glossário a regras para aquisição de armas e munições. Os novos decretos ganharão eficácia somente 60 dias após a data da publicação, o que se deu em 12 de fevereiro do corrente ano. Portanto, caso não sejam revogados, os Decretos terão eficácia a partir de 13 de abril de 2021.

Convém verificar, assim, se haverá algum reflexo direto nos tipos penais do Estatuto, que são, vale lembrar, normas penais em branco, sobretudo no que tange às definições de armas/munições/acessórios de uso permitido, restrito e proibido, bem como aos elementos normativos normalmente traduzidos pela expressão “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Nesse ponto, uma relevante alteração foi feita, a fim de se retornar à sistemática que vigia desde a edição do Estatuto do Desarmamento: as definições sobre os objetos materiais voltarão a ficar a cargo do Regulamento de Produtos Controlados (Decreto 10.030/2019), saindo, portanto, dos demais decretos.

Fora isso, não vemos maiores mudanças quanto à tipicidade.

Continuarão a ser 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.

Armas de fogo de uso restrito, de outra parte, continuarão a ser as armas de fogo automáticas “de qualquer tipo ou calibre” (expressão acrescentada pelo Decreto 10.627/2021) 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; ou **c)** portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules.

Já armas de fogo de uso permitido continuarão sendo: as armas semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na

Boletim Criminal Comentado 126- Fevereiro- 2021 -

saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; b) portáteis de alma lisa; ou c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules.

Lembre-se que o Ministério da Defesa, por meio do Comando do Exército, já 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 acima.

Sobre munições, curiosamente, não se manterá a definição geral atualmente existente nos Decretos 9.845, 9.846 e 9.827/2019, em dispositivos que terão a redação totalmente alterada. Apesar disso, persistirão as classificações das munições em de uso proibido, restrito e permitido.

Assim, continuarão a ser munições de uso proibido as assim definidas em acordo ou tratado internacional de que a República Federativa do Brasil seja signatária e as munições incendiárias ou químicas. Munições de uso restrito continuarão a ser 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 seiscentos e vinte joules; b) sejam traçantes, perfurantes ou fumígenas; c) sejam granadas de obuseiro, de canhão, de morteiro, de mão ou de bocal; ou sejam rojões, foguetes, mísseis ou bombas de qualquer natureza. Continuará não existindo uma definição específica de munição de uso permitido. Pode-se, porém, concluir que será aquela que não for considerada restrita ou proibida, bem como aquela que sirva para ser disparada por arma de uso permitido.

Quanto aos acessórios, o Decreto 10.030/2019 os define 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). Isso mudará, pois haverá definição mais singela: os acessórios serão os “artefatos listados nominalmente na legislação como Produto Controlado pelo Exército - PCE que, acoplados a uma arma, possibilitam a alteração da configuração normal do armamento, tal como um supressor de som”.

Embora o art. 16 da Lei 10.826 faça menção a acessório de uso restrito (caput) e proibido (§ 2º), a atual regulamentação restringiu-se a definir, direta ou indiretamente, os acessórios de uso permitido e restrito apenas. Com efeito, o Decreto 10.030/2019 classifica os “produtos controlados pelo Comando do Exército” em de uso proibido, restrito ou permitido. Dentre os produtos controlados de uso restrito estão os acessórios de arma de fogo que tenham como objetivo: a) suprimir ou abrandar o estampido (os “silenciadores”); ou b) modificar as condições de emprego, conforme regulamentação do Comando do Exército (art. 15, § 2º, II). O acessório que não for classificado como de uso restrito, será considerado de uso permitido.

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro- 2021 -

Isso não mudará, salvo no seguinte: não serão considerados produtos controlados: a) os carregadores destacáveis tipo cofre ou tipo tubular, metálicos ou plásticos, com qualquer capacidade de munição, cuja ausência não impeça o disparo da arma de fogo; b) os quebra-chamas; c) as miras optrônicas, holográficas ou reflexivas; e d) as miras telescópicas, independentemente de aumento.

Assim, haverá inegável abolitio criminis nos casos em que esteja o imputado sendo investigado ou processado, ou tenha sido condenado pela posse ou porte de acessório que consista nos objetos acima. Isso porque a aquisição e o emprego desses acessórios não serão objeto de qualquer controle estatal e, assim, quem os portar ou possuir não estará em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

2-Tema: Art. 116, parágrafo único, CP - Prescrição da pretensão executória não corre mesmo se a segunda condenação estiver sendo cumprida no regime aberto

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”*.

De acordo com o STJ, a expressão “preso por outro motivo” não significa que o condenado deve estar em regime fechado. Ainda que esteja cumprindo pena em regime aberto, a causa suspensiva incide normalmente:

“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” (AgRg no RHC 123.523/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13/4/2020).

No mesmo, sentido:

STJ- HABEAS CORPUS Nº 365.213 - SP

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO HÁ TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL ENQUANTO O PACIENTE CUMPRE PENA EM REGIME ABERTO. PRECEDENTES. PARECER ACOLHIDO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Ordem denegada.

TJSP- Agravo de Execução Penal 7003100-24.2019.8.26.0050

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro- 2021 -

Agravo em Execução Penal Indeferimento do pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão executória Recurso defensivo Inversão do “decisum” Não acolhimento Interpretação do art. 116, parágrafo único, CP, que deve se dar no sentido de não fluir a prescrição, enquanto o sentenciado se encontra em cumprimento de pena, independentemente do regime prisional Precedentes do C. STJ e desta E. Câmara Agravo desprovido.

TJSP- AGRAVO EM EXECUÇÃO n. 7006991-24.2017.8.26.0050

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. Recurso defensivo. Pretensão de cassação da decisão que considerou a data do término da última execução como termo inicial para a prescrição da pretensão executória. Prazo prescricional suspenso em razão do início da execução da pena referente a outra ação penal. Cumprimento de pena em regime aberto também enseja a suspensão prevista no artigo 116, parágrafo único, do Código Penal. Prisão domiciliar não desfigura a condição de preso do agente. Recurso improvido.

3-Tema: Súmula 533 do STJ e o RE 972598 (Repercussão Geral – Tema 941)

A Súmula 533 do STJ reconhece a imprescindibilidade da instauração de processo administrativo (PAD) pelo diretor do presídio, bem como a necessidade de defesa técnica para apuração da prática de falta disciplinar do preso.

Percebemos corrente doutrinária lecionando que a referida Súmula está SUPERADA pela tese 941 do STF, fixada em sede de Repercussão Geral.

Decidiu o STF:

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. STF. Plenário. RE 972598, Rel. Roberto Barroso, julgado em 4/5/2020 (Repercussão Geral – Tema 941).

Entende o Núcleo de Execução Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo, com o devido respeito, que Súmula 533 do STJ não está superada, mas foi *relativizada* pela citada tese.

Continua-se exigindo a instauração do PAD. Contudo, a audiência de justificação, realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a sua necessidade.

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro- 2021 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Competência para homologação de acordo de colaboração premiada

INFORMATIVO 1004 DO STF- SEGUNDA TURMA

RESUMO:

A ação de habeas corpus deve ser admitida para atacar atos judiciais que acarretem impacto relevante à esfera de direitos de imputados criminalmente.

Há medidas cautelares restritivas a direitos importantes, adotados em processo criminal, que merecem atenção por instâncias revisionais pela via mais expedita possível.

Em relação à homologação de um acordo de colaboração premiada, trata-se de etapa fundamental da sistemática negocial regulada pela Lei 12.850/2013 e que toca diretamente com o exercício do poder punitivo estatal, visto que, nele, regulam-se benefícios ao imputado e limites à persecução penal. Ademais, atualmente, inexistente previsão legal de recurso cabível em face de não homologação ou de homologação parcial de acordo.

A homologação de acordo de colaboração, em regra, terá que se dar perante o juízo competente para autorizar as medidas de produção de prova e para processar e julgar os fatos delituosos cometidos pelo colaborador. Caso a proposta de acordo aconteça entre a sentença e o julgamento pelo órgão recursal, a homologação ocorrerá no julgamento pelo Tribunal e constará do acórdão.

O regramento introduzido pela Lei 12.850/2013 foi claro ao admitir a colaboração em qualquer etapa da persecução penal, ainda que após o início do processo ou a prolação da sentença (art. 4º, § 5º)

No caso, o acordo de colaboração foi entabulado entre o Ministério Público Federal e o paciente antes da prolação da sentença, mas, por um descuido, não foi levado à homologação durante a fase pré-processual. Ademais, o paciente não foi denunciado nos processos já sentenciados e que se encontram no Tribunal, de modo que eventual denúncia seria também de competência do Juízo da 1ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro em razão de possível prevenção.

Com base nesse entendimento, a Segunda Turma concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus para assentar a competência do Juízo de primeiro grau para a homologação do acordo de colaboração premiada celebrado entre o Ministério Público Federal e o paciente, devendo a autoridade proceder à análise da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Boletim Criminal Comentado 126- Fevereiro- 2021 -

Vencida a etapa de tratativas e negociações da colaboração premiada, marcada pela lavratura do termo que reúne as avenças recíprocas, medidas acessórias e absoluta exclusão de participação judicial, segue-se para a segunda etapa, que se refere ao juízo homologatório. Nesta fase, não há aferição concreta dos benefícios premiais, atividade reservada para a terceira etapa, a ser exercida no momento da sentença do processo a que responde o colaborador, conforme se extrai do § 11 do art. 4º da Lei 12.850/13.

A decisão homologatória, destinada a análise dos requisitos legais de regularidade do acordo, legalidade de seu conteúdo e a voluntariedade do colaborador, além de integrar o Poder Judiciário à colaboração premiada, visa resguardar os limites da autonomia da vontade, da convencionalidade entre as partes e dos efeitos protetivos dos bens jurídicos, isto é, da utilidade e interesses públicos.

Por isso a homologação é considerada condição inicial para a validade do negócio jurídico, obtida após a chancela decorrente da participação do Poder Judiciário, responsável pela salvaguardar dos interesses do acusado e, de outro lado, do interesse público.

Interessante a questão e a solução proposta por Nefi Cordeiro no caso de o acordo referir-se a dois processos que tramitam em varas ou juízos distintos:

“Mesmo respeitando-se o critério da utilidade, podem ser reunidos em delação dois ou mais processos de um agente ou grupo criminoso, quando então a competência precisará seguir igual regra de participação de agentes ministeriais e juízes de todas as unidades jurisdicionais. Se dois processos tramitam em varas diferentes, sem conexão, a delação não os unirá, mas exigirá que sejam os acordos propostos (atuação do promotor natural) e homologados (atuação do juiz natural) em ambas as varas criminais. Denegado ou não homologado o acordo em uma unidade jurisdicional, restará aos negociadores seguir com o acordo em um só processo (o outro seguindo normalmente), ou rescindir o acordo por completo” (Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p 50).

Também digna de transcrição a solução dada pelo Ministro no caso de mudança superveniente de competência de um processo:

“Finalmente, realizada homologação válida, a mudança posterior de competência não permitirá a revisão do ato jurisdicional de homologação perfeito e acabado. Isso se verificou em vários processos em que havia sido homologada a colaboração premiada no Supremo Tribunal Federal e, após a mudança da compreensão quanto à extensão do foro funcional,⁸ vieram esses procedimentos criminais a baixar para outras unidades jurisdicionais – a delação já homologada era e continuará sendo válida e imponível, não podendo ser revista pelos novos agentes ministeriais ou juízes do processo, salvo com a concordância do colaborador (ob. cit.. p 51).

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro- 2021 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Fraude à licitação é tema de súmula aprovada pela Terceira Seção do STJ

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou na última quarta-feira (10) a Súmula 645. Segundo o enunciado, "o crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem".

O texto aprovado – que teve como referência o **artigo 90** da Lei 8.666/1993, além de julgados da Quinta e da Sexta Turmas sobre o tema – servirá de orientação para toda a comunidade jurídica sobre a jurisprudência do tribunal.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O crime de fraude à licitação, na Lei 8.666/93, está tipificado no art. 90. Se e quando sancionada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, passará a integrar o Título dos Crimes Contra a Administração Pública (Tit. XI) do CP, mais precisamente, o art. 337-F.

Comparando os dois tipos, percebemos um recrudescimento na punição.

Art. 90 da Lei 8.666/93	Art. 337-F do CP
<p>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:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>	<p>Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:</p> <p>Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.</p>

A pena cominada ao delito não admitirá os benefícios da Lei 9.099/95, tampouco o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

Boletim Criminal Comentado 126- Fevereiro- 2021 -

Nota-se, ainda, que o tipo penal do art. 90 da Lei 8.666/93 contém a expressão “mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente”, inexistente no art. 337-F. A ausência desse elemento normativo não terá relevância para a incidência do tipo penal, porque, a rigor, trata-se de uma redundância absolutamente dispensável. De fato, afirmar que a frustração e a fraude devem se dar mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente é afirmar o óbvio: que o crime é de ação livre, e todas as condutas cometidas com o propósito de afastar da licitação o seu caráter competitivo são abrangidas pelo tipo penal. A redação legal é criticada por Guilherme de Souza Nucci, para quem se dispensa até mesmo a referência expressa à fraude:

“O tipo prevê que a frustração ou fraude se dê por ajuste (pacto), combinação (acordo) ou qualquer outro expediente (instrumento para alcançar determinado fim). Entretanto, não vemos sentido prático para tanto. O importante é eliminar a competição ou promover uma ilusória competição entre participantes da licitação por qualquer mecanismo, pouco importando ter havido ajuste ou combinação (aliás, termos sinônimos). Como ocorre em muitos casos, o legislador socorre-se de redações típicas pleonásticas para evitar a impunidade de determinados delinquentes, imaginando que o Judiciário poderia não visualizar a adequação ao tipo incriminador de certas condutas danosas ao bem jurídico tutelado. Porém, gera maiores problemas, afetando a taxatividade, na medida em que incentiva a dúvida, produz inúteis complexidades linguísticas e termina por abalar a segurança jurídica que os tipos penais incriminadores deveriam, sempre, proporcionar. Se mencionasse, apenas, por exemplo, “frustrar, por qualquer expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório” teria atingido o seu propósito. Aliás, se a frustração se dá por meio fraudulento (ilusório, enganoso) ou por qualquer outro mecanismo, parece-nos irrelevante. Logo, a conduta fraudar é, também, um excesso” (Leis penais e processuais penais comentadas. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, vol. 1, p. 644).

Consuma-se o delito com a prática de qualquer ato voltado à frustração ou à fraude do caráter competitivo de uma licitação. E assim será se e quando for sancionada a nova Lei.

A arquitetura redacional do art. 90 (e do novel dispositivo 337-F do CP) dispensa a efetiva obtenção da vantagem decorrente da adjudicação. Dispensa, ainda, prejuízo ao erário. É a orientação do STJ:

“Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, o art. 90 desta lei não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório. De fato, a ideia de vinculação de prejuízo à Administração Pública é irrelevante, na medida em que o crime pode se perfectibilizar mesmo que haja benefício financeiro da Administração Pública. (REsp n. 1.484.415/DF, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/2/2016), não havendo falar em necessidade de comprovação de prejuízo à

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro- 2021 -

Administração ou mesmo em obtenção de lucro pelos agentes” (AgRg no REsp 1.824.310/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 9/6/2020).

Essa orientação, agora, está sumulada na Corte.

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Divergência quanto ao correto enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n. 1500xxx-6x.2019.8.26.055x – MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Limeira

Suscitante: 6º Promotor de Justiça de

Limeira Suscitado: 8º Promotor de

Justiça de Limeira

Assunto: divergência quanto ao correto enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional

Cuida-se de procedimento investigatório instaurado visando à apuração de suposto crime contra as relações de consumo (art. 7º, da Lei n. 8.137/90) cometido, em tese, por S.P..

Verte dos autos que, no dia 8 de março de 2019, por volta das 11 horas, na Rua Euclides da Cunha, n. 05, Parque Hipólito, na cidade e Comarca de Limeira/SP, o investigado tinha em depósito, para venda, 7.734 perfumes, 16 embalagens de diversas marcas de perfumes (AZARRO, POLO, FERRARI etc.) e 28 etiquetas diversas dos perfumes, sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente (cf. fls. 74/86), conforme descrição contida no auto de exibição e apreensão de fls. 14/15.

Segundo o apurado, S. possuía um laboratório clandestino no endereço acima mencionado, no qual “produzia” perfumes para a venda, guarneecendo o local com 10 maquinários para a linha de produção dos perfumes falsos, além de 15 tambores nos quais eram acondicionados os produtos prontos, 5.000 frascos vazios, 16 embalagens e 28 etiquetas de diversas marcas de perfumes, além dos perfumes supramencionados, sem registro na ANVISA.

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro-

2021 -

Ocorre que, após informação dando conta da fabricação e comercialização de perfumes com marcas indevidamente reproduzidas nas embalagens (fls. 34/36), expediu-se mandado judicial de busca e apreensão (autos n. 1500xxx-3x.2019.8.26.03xx). Policiais civis, visando ao seu integral cumprimento, dirigiram-se até o local dos fatos e, após serem recepcionados pelo próprio investigado, realizaram buscas no imóvel, oportunidade em que constataram a existência de um

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro- 2021 -

laboratório clandestino no local e realizaram a apreensão dos maquinários, materiais e perfumes isentos de registro, que ali se encontravam.

Os autos foram distribuídos ao Juízo Criminal comum, ocasião em que o Douto Promotor de Justiça oficiante argumentou que os fatos se amoldam ao tipo penal do art. 190, inciso II, da Lei n. 9.279/1996, pois “perfume” não se confunde com “cosmético”, previsto no art. 273, §1º, c.c. §1º-A e §1º-B, inciso I, do Código Penal, razão por que requereu a remessa dos autos ao JECRIM (fls. 110/113), o que foi acolhido a fls. 128.

A r. decisão de fls. 150, considerando o decurso do prazo decadencial para oferecimento de queixa-crime por parte da vítima, declarou extinta a punibilidade do investigado, com fundamento no art. 91 da Lei n. 9.099/95, c.c. o art. 107, inciso IV, segunda parte, do Código Penal.

A Douta Promotora de Justiça que oficia perante o JECRIM interpôs recurso de apelação (fls. 172/179), que foi provido (fls. 204/206).

Na sequência, a Nobre Membro do *Parquet* oficiante junto ao JECRIM, então, asseverou que o caso se amolda no art. 273, do Código Penal, ou mesmo crime contra as relações de consumo, conforme previsto no art. 7º, da Lei n. 8.137/90, cujas penas ultrapassam a competência do Juizado Especial, de acordo com o art. 61, da Lei n. 9.099/95. Diante disto, suscitou conflito negativo de atribuições e requereu a remessa dos autos a esta Chefia Institucional (fls. 222/227), o que foi deferido (fls. 228/229).

Eis a síntese do necessário.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que a presente remessa se assenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se devidamente configurado, portanto, o conflito negativo 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

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro-

2021 -

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).

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro- 2021 -

Considere-se, outrossim, que, em semelhantes situações, o Procurador-Geral de Justiça não se converte no promotor natural do caso, de modo que 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 o dever de oficiar nos autos.

Pois bem.

A razão se encontra com a Douta Suscitante, com a devida vênia do Ilustre Suscitado; senão, vejamos.

Verte dos autos que, na ocasião dos fatos, diligência policial constatou que o investigado possuía um laboratório clandestino no qual “produzia” perfumes para a venda, guarnecedo o local com 10 maquinários para a linha de produção dos perfumes falsos, além de 15 tambores nos quais eram acondicionados os produtos prontos, 7.734 perfumes prontos, 5.000 frascos vazios, 16 embalagens e 28 etiquetas de diversas marcas de perfumes, sem registro no órgão de vigilância sanitária competente.

O cenário retratado nos autos indica a possível prática do crime hediondo capitulado no art. 273 do Código Penal.

Segundo este, incorre no delito quem “**falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais**”, equiparando-se a estes “**os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico**”, estando sujeito, também, às mesmas penalidades “**quem pratica as ações previstas no §1º, em relação a produtos sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente**” (art. 273, §1º-A e §1º-B, inciso I, do CP; grifo nosso).

A Lei Federal n. 6.360/1976, que “*Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos,*

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro-

2021 -

Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências”, prevê em seus artigos 1º, 2º e 3º:

Art. 1º - Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, **os cosméticos, perfumes**, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos.

Art. 2º - Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o Art. 1º as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.

Art. 3º - Para os efeitos desta Lei, além das definições estabelecidas nos incisos I, II, III, IV, V e VII do Art. 4º da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, são adotadas as seguintes:

(...)

IV - Perfumes: produtos de composição aromática obtida à base de substâncias naturais ou sintéticas, que, em concentrações e veículos apropriados, tenham como principal finalidade a odorização de pessoas ou ambientes, incluídos os extratos, as águas perfumadas, os perfumes cremosos, preparados para banho e os odorizantes de ambientes, apresentados em forma líquida, geleificada, pastosa ou sólida; (g.n.)

Mais adiante, a mesma Lei estabelece ainda:

Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

Boletim Criminal Comentado 126- Fevereiro-

2021 -

§ 1º - A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA - definirá por ato próprio o prazo para renovação do registro dos produtos de que trata esta Lei, não superior a 10 (dez) anos, considerando a natureza do produto e o risco sanitário envolvido na sua utilização.

Por sua vez, a Lei n. 5.991/73, que “*Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências*”, estabelece em seus arts. 1º e 4º:

Art. 1º - O controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em todo o território nacional, rege-se por esta Lei.

Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

I - Droga - substância ou matéria-prima que tenha a finalidade medicamentosa ou sanitária;

II - Medicamento - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico;

III - Insumo Farmacêutico - droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes;

IV - Correlato - a substância, produto, aparelho ou acessório não enquadrado nos conceitos anteriores, cujo uso ou aplicação esteja ligado à defesa e proteção da saúde individual ou coletiva, à higiene pessoal ou de ambientes, ou a fins diagnósticos e analíticos, **os cosméticos e perfumes**, e, ainda, os produtos dietéticos, óticos, de acústica médica, odontológicos e veterinários; (grifo nosso)

Na mesma senda, a Resolução n. 211, de 14 de julho de 2005, editada pela ANVISA (RDC 211/2005), estabelece normas técnicas que deverão ser seguidas para registro, fabricação e disponibilização de produtos de higiene pessoal, **cosméticos e perfumes**.

De acordo com a norma, em seu anexo I, “**produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes, são preparações constituídas por substâncias naturais ou**

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro-

2021 -

sintéticas, de uso externo nas diversas partes do corpo humano, pele, sistema capilar, unhas, lábios, órgãos genitais externos, dentes e membranas mucosas de cavidade oral, com o objetivo exclusivo ou principal de limpá-los, perfumá-los, alterar sua aparência e ou corrigir odores corporais e ou protegê-los ou mantê-los em bom estado”.

Nesse cenário, evidencia-se que tanto a legislação federal como as normas administrativas de regência equiparam os cosméticos aos perfumes, colocando-os nas mesmas classificações legais.

Se não bastasse, é notório que a lei exige o registro desse produto no órgão de vigilância sanitária competente, que, no caso, trata-se, à toda evidência, da ANVISA.

No caso dos autos, não há dúvida acerca da adulteração existente, no que tange ao conteúdo e também à embalagem e aos rótulos apreendidos, conforme laudos periciais de fls. 59/64 e 147/148.

É lícito supor, então, que o investigado falsificou os recipientes e, em seu interior, não os abasteceu com o conteúdo original, mas com perfumes igualmente falsificados.

Dessa sorte, incorreu no crime capitulado no art. 273, §1º-A e §2º-B, I, do

Código Penal. Em caso análogo, já se decidiu:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FALSA IDENTIDADE - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE - ATIPICIDADE DA CONDUTA - **FALSIFICAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS - CONDUTA TÍPICA** - CONDENAÇÃO MANTIDA - REDIMENSIONAMENTO DA PENA DE MULTA - NECESSIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º DA LEI N.º 11.343/06 - ABRANDAMENTO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. O crime de falsa identidade, por se tratar de delito contra a fé pública, somente se tipifica quando a declaração for idônea para enganar. Restando devidamente comprovadas a autoria e a materialidade delitiva

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro-

2021 -

do crime encarte no art. 273, § 1º e § 1º-A, do Código Penal, estando ainda presentes todas as elementares do delito em voga, inadmissível se torna o acolhimento do pleito absolutório fulcrado na atipicidade da conduta. Apresentando-se exacerbada a pena de multa imposta cumulativamente à pena privativa de liberdade, tendo esta sido fixada no mínimo legal, de rigor o redimensionamento daquela. Preenchendo o réu os requisitos necessários, deve ser aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, e, considerando a natureza das substâncias apreendidas, possível a aplicação da fração máxima de redução. Levando em consideração o quantum de pena aplicado, bem como o fato de o réu ser primário, de bons antecedentes, sendo as circunstâncias judiciais amplamente favoráveis, possível se mostra o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(TJMG, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0687.18.002950-0/001 - COMARCA DE TIMÓTEO-MG - APELANTE (S): JOARLESSON QUEIROZ DOS SANTOS - APELADO (A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, Rel. DES. PAULO CÉZAR DIAS)

Boletim Criminal **Comentado** 126- Fevereiro-
2021 -

Sublinhe-se, ademais, que nesta fase da persecução penal vigora o princípio *in dubio pro societate*, impondo que eventuais dúvidas sejam dirimidas em favor da propositura da ação no sentido da infração mais grave.

Nesse sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. JUSTIÇA MILITAR E JUSTIÇA COMUM. FUNDADA DÚVIDA QUANTO AO ELEMENTO SUBJETIVO DO HOMICÍDIO DOLOSO. DISPARO DE ARMA DE FOGO NA DIREÇÃO DO VEÍCULO DA VÍTIMA. **PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO SOCIETATE”**. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

- Os crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra civil, mesmo que no desempenho de suas atividades, serão da competência da Justiça comum (Tribunal do Júri), nos termos do art. 9.º, parágrafo único, do Código Penal Militar.

- No caso, somente com a análise aprofundada de todo o conjunto probatório a ser produzido durante a instrução criminal será possível identificar, categoricamente, a intenção do militar ao efetuar o disparo de arma de fogo no carro da vítima. Havendo fundada dúvida quanto ao elemento subjetivo, o feito deve tramitar na Justiça Comum, por força do princípio *in dubio pro societate*.

Precedentes.

Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Caldas/MG (suscitado)”.

(STJ, CC 129.497/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, 3.ª SEÇÃO, julgado em 08/10/2014, DJe de 16/10/2014)

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PECULATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS DENUNCIADOS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INÉPCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP ATENDIDOS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE E DA INDIVISIBILIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA

Boletim Criminal Comentado 126- Fevereiro-

2021 -

INCONDICIONADA. INAPLICABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

(...)

6. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Mister se faz consignar que provas conclusivas acerca da materialidade e da autoria do crime são necessárias tão somente para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*.

(...)”

(STJ, HC 237.344/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, 5.^a TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe de 10/10/2016)

Diante do exposto, conhece-se do presente conflito, para dirimi-lo e declarar que a atribuição para atuar no feito incumbe ao Douto Suscitado.

Para que não haja menoscabo à sua independência funcional, tendo em vista a opinião delitiva diversa manifestada, designa-se outro promotor de justiça para officiar nos autos, facultando-se-lhe observar o disposto no art. 4-A da Resolução n. 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução n. 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº127, 3/2021
(semana nº 1)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha
Valéria Scarance
Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições
Marcelo Sorrentino Neira
Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos
Ana Karenina Saura Rodrigues
Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal Comentado 127- Março- 2021 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Tráfico privilegiado e indulto

Muito já se debateu a respeito da natureza do crime do art. 33, §4º, da Lei de Drogas: se equiparado a hediondo ou não. O entendimento dominante já foi no sentido de que essa causa de diminuição de pena não retirava o caráter hediondo do crime, tanto que, em 2014, o STJ editou a súmula nº 512 exatamente nesses termos.

Ocorre que, em 23/6/2016, julgando o habeas corpus 118.533/MS, relatado pela Min. Cármen Lúcia, o STF decidiu que o privilégio não se harmoniza com a hediondez do crime de tráfico, razão pela qual, uma vez aplicada a minorante, afasta-se o caráter hediondo do delito. Em razão disso, o STJ cancelou a súmula nº 512.

Em decorrência dessa nova orientação, o STJ passou a adotar o entendimento de que é permitida a concessão de indulto a condenado pelo crime de tráfico privilegiado, considerando inviável negar o benefício com base em entendimento jurisprudencial já superado (HC 435.156/SP, j. 19/4/2018). Confira-se ainda:

“II – O STF, em decisão oriunda do Tribunal Pleno, no HC n. 118.533, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que houvesse a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

III – A Terceira Seção desta Corte, por decisão unânime, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.329.088/RS – Tema 600, com o consequente cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

IV – Assim, constata-se o alegado constrangimento ilegal nas decisões das instâncias ordinárias, uma vez que indeferiram o benefício de indulto de penas com base exclusivamente no caráter reputado hediondo do tráfico privilegiado, em desconformidade, pois, com o entendimento do col. STF e desta Corte Superior. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, afastando o caráter hediondo do tráfico privilegiado, determinar ao d. Juízo da Execução Penal que analise o preenchimento dos requisitos para o indulto de penas previsto no Decreto Presidencial n. 9.246/2017.” (HC 486.522/SP, j. 19/2/2019).

Sedimentando este entendimento, a Lei 13.964/2019 alterou a Lei 7.210/1984 (LEP) que passou a prever textualmente no art. 112, § 5º, que “Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006”.

Boletim Criminal Comentado 127- Março- 2021 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Sexta Turma revê entendimento e decide que é ilegal pronúncia baseada apenas no inquérito policial

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Aplicando a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de que é ilegal a sentença de pronúncia baseada exclusivamente em informações coletadas na fase extrajudicial, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, reposicionou seu entendimento e concedeu habeas corpus em favor de réu que havia sido mandado a júri popular tão somente em razão de provas produzidas durante o inquérito policial. Além de despronunciar o réu, o colegiado revogou sua prisão preventiva.

Segundo o relator do caso, ministro Sebastião Reis Júnior, a sentença de pronúncia com base apenas em provas do inquérito é ilegítima, pois acaba se igualando à decisão de recebimento da denúncia.

De acordo com o magistrado, apesar de muitas decisões do STJ terem admitido a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito, sem considerar que tal posição afrontasse o [artigo 155](#) do Código de Processo Penal (CPP), outros julgados mais antigos da corte não aceitavam o juízo positivo de pronúncia sem apoio em prova produzida sob o crivo judicial.

Filtro

O relator explicou que o STF, no julgamento do [HC 180.144](#), consolidou o entendimento de que a primeira fase do procedimento do tribunal do júri constitui filtro processual com a função de evitar a submissão do réu aos jurados quando não houver prova de materialidade e indícios de autoria.

Em seu voto sobre aquele caso, o ministro do STF Celso de Mello, recentemente aposentado, lembrou que todas as regras estabelecidas pelos artigos [406 a 421](#) do CPP disciplinam a produção de provas destinadas a embasar a conclusão judicial na primeira fase do procedimento do tribunal do júri.

"Trata-se de arranjo legal que busca evitar a submissão dos acusados ao conselho de sentença de forma temerária", avaliou Sebastião Reis Júnior, para quem tais exigências legais não teriam razão de ser caso se admitisse como suficiente o inquérito policial.

Presunção de inocência

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

Ele observou ainda que a posição do STF decorre do entendimento de que, após a Constituição de 1988, não há mais amparo constitucional e legal para a regra *in dubio pro societate*, segundo a qual, na decisão sobre a pronúncia, eventual dúvida quanto à autoria deveria pesar em favor do interesse social na apuração do crime.

Por sua vez, comentou Sebastião Reis Júnior, o princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição, impõe ao Ministério Público, como órgão acusador, a responsabilidade de comprovar suas alegações em todas as fases e procedimentos do processo penal. Outros dois princípios – o contraditório e a ampla defesa –, até como meio de sua concretização, impedem, segundo o relator, que a sentença de pronúncia tenha por base exclusiva provas não confirmadas na fase judicial.

Mais rigor

O ministro do STJ destacou ainda que os julgamentos proferidos pelo tribunal do júri possuem peculiaridades que estão em permanente discussão no Judiciário a respeito da possibilidade de revisão das decisões de mérito e da extensão dessa revisão, o que torna "mais acertado exigir maior rigor na fase de pronúncia".

Ao conceder o habeas corpus, o relator apontou que a própria sentença, no caso sob análise, admitiu que os depoimentos considerados como prova não foram repetidos em juízo, sendo, assim, necessário despronunciar o paciente e revogar a prisão preventiva, sem prejuízo da possibilidade de apresentação de futura denúncia com base em novos elementos, como previsto no [artigo 414](#) do CPP.

"Objetivando reposicionar o entendimento desta Sexta Turma, entendo que é ilegal a sentença de pronúncia com base exclusiva em provas produzidas no inquérito, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal", concluiu o magistrado.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 589270](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Conquanto seja pacífica a orientação segundo a qual nenhuma condenação pode estar fundamentada exclusivamente em provas colhidas em sede inquisitorial, para 6ª.T do STJ tal entendimento deveria ser visto com reservas no que diz respeito à decisão de pronúncia. Isso porque tal decisão judicial não encerra qualquer proposição condenatória, apenas considerando admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri, único competente para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

Ademais, no procedimento do júri a prova testemunhal pode ser repetida durante o julgamento em plenário (artigo 422 do Código de Processo Penal), sendo que a Lei Processual Penal, no artigo 461, considerando a importância da oitiva das testemunhas pelos jurados, juízes naturais da causa, chega até mesmo a prever o adiamento da sessão de julgamento em face do não comparecimento da testemunha intimada por mandado com cláusula de imprescindibilidade.

Por tais razões, a jurisprudência da Turma havia se consolidado no sentido de que a decisão de pronúncia pode ser fundamentada em elementos colhidos na fase policial” (STJ – HC nº 258127- MG, Rel. Jorge Mussi, j. 12.3.2013, DJe 26.3.2013).

Agora, como se percebe da leitura do julgado em comento, o entendimento da 6ª. Turma mudou, considerando é ilegal a decisão de pronúncia baseada exclusivamente em provas produzidas no inquérito, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal.

2- Tema: 2ª Turma restabelece absolvição de réus com base em quesito genérico

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

De acordo com esse quesito, previsto no CPP, os jurados devem responder “se o acusado deve ser absolvido”, ainda que haja provas em contrário.

Por maioria dos votos, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), na sessão desta terça-feira (23), rejeitou agravos do Ministério Público Federal contra decisões do relator, ministro Ricardo Lewandowski, que restabeleceram duas sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri da Comarca de Marília (SP) em que os réus foram absolvidos do crime de tentativa de homicídio qualificado com base em quesito genérico de absolvição, em sentido contrário às provas dos autos. A matéria foi discutida nos Recursos Ordinários em Habeas Corpus (RHCs) 192431 e 192432.

Os dois réus absolvidos foram julgados com a acusação de terem sido o mandante e o executor de um feminicídio ocorrido em 24/12/2012. A vítima foi atropelada pelo veículo conduzido por um dos acusados, a mando do outro.

As sentenças foram anuladas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que determinou a realização de novo Júri. No entanto, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve a anulação, levando a defesa a recorrer ao Supremo.

Mudança de entendimento

Em outubro de 2020, em decisão monocrática, o ministro Ricardo Lewandowski, havia negado provimento aos RHCs com base na jurisprudência até então consolidada de que a determinação de

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

novo julgamento pelo Tribunal do Júri não viola a soberania dos vereditos. Posteriormente, no entanto, reconsiderou sua decisão com base em precedente da Segunda Turma (HC 185068) que leva em conta a Lei 11.689/2008, que introduziu, no Código de Processo Penal (CPP, artigo 483, inciso III), o chamado quesito genérico de absolvição, em que os jurados devem responder “se o acusado deve ser absolvido”. Segundo ele, com isso, os jurados passaram a ter ampla autonomia na formulação de juízos absolutórios, sem estarem vinculados às teses da defesa, a outros fundamentos jurídicos ou a razões fundadas em juízo de equidade ou clemência. Ao reconsiderar sua decisão anterior, Lewandowski anulou o acórdão do TJ-SP e restabeleceu a sentença absolutória.

No julgamento, hoje, dos agravos do MPF, o relator concluiu que não há motivos suficientes para modificar a decisão questionada. Ele lembrou, ainda, que a matéria teve repercussão geral reconhecida (Tema 1087) e, portanto, será analisada pelo Plenário da Corte. Acompanharam esse entendimento os ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes.

Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Um dos princípios atinentes ao Júri - e talvez o mais marcante - é o da soberania dos veredictos. Por ele, somente os jurados podem decidir pela procedência ou não da imputação. Um tribunal formado por juízes togados não pode modificar, no mérito, a decisão do Júri popular.

É relativo, porém, o conceito de soberania dos veredictos, que não deve ser entendido como um poder absoluto acima de qualquer outro. Deve ser possível a parte prejudicada valer-se da apelação contra a decisão do Júri “manifestamente contrária à prova dos autos” (art. 593, inc. III, d).

Há quem sustente a inconstitucionalidade de tal dispositivo. Afinal, se o Júri é soberano, não poderia um tribunal superior, composto por juízes togados, anular o julgamento para que outro seja proferido, sob o argumento de desrespeito à prova dos autos.

Não é esse, porém, o entendimento que merece prevalecer. Parece inconcebível que uma decisão, obviamente divorciada da prova do processo, não pudesse ser revista através de recurso, o que afrontaria outro princípio previsto implicitamente na CF, que é o do duplo grau de jurisdição, ou seja, a possibilidade da parte prejudicada, pelo menos uma vez, ver reexaminada a matéria por um órgão superior.

Ademais, o tribunal togado não estará substituindo a decisão dos jurados, mas simplesmente reconhecendo o equívoco e determinando que outro Júri seja realizado. No segundo julgamento, qualquer que seja o resultado, a decisão será definitiva (restando apenas a via da revisão criminal,

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março-

2021 -

exclusiva do condenado), ante a impossibilidade de nova apelação sob o mesmo fundamento legal (art. 593, § 3º, parte final).

No STF, há decisões em ambos os sentidos, razão pela qual foi recentemente afetado ao Plenário o julgamento do tema n. 1087 de repercussão geral: “Possibilidade de tribunal de 2º. grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos”.

3-Tema: 2ª Turma confirma decisão que permite progressão antecipada da pena em razão da pandemia

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

A medida não se aplica a condenados por crimes praticados com violência ou grave ameaça.

Por unanimidade de votos, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) referendou a liminar concedida pelo ministro Edson Fachin em que determinou a magistrados do país que reavaliem a situação de detentos do regime semiaberto e verifiquem os que podem ser beneficiados pela Recomendação 62/2020, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o objetivo de reduzir os riscos epidemiológicos e a disseminação da Covid-19 nas prisões, enquanto durar a pandemia. A confirmação da decisão monocrática ocorreu na sessão virtual do colegiado finalizada em 23/2.

Fachin acolheu parcialmente pedido das Defensorias Públicas da União (DPU) e do Estado do Rio de Janeiro (DPU-RJ) nos autos do Habeas Corpus coletivo (HC) 188820, impetrado em favor de todas as pessoas presas em locais acima da sua capacidade que sejam integrantes de grupos de risco para a Covid-19 e não tenham praticado crimes com violência ou grave ameaça.

Diante da persistência agravada do quadro pandêmico, Fachin determinou que os juízes verifiquem os presos que preenchem esses requisitos. Em caso positivo, devem determinar progressão antecipada da pena aos condenados que estejam no regime semiaberto para o regime aberto em prisão domiciliar. A recomendação não vale para delitos listados na recomendação do CNJ, como lavagem ou ocultação de bens, crimes contra a administração pública, crimes hediondos ou crimes de violência doméstica contra a mulher. A decisão também determina aos juízes e aos tribunais que, ao emitirem ordem de prisão cautelar, concedam prisão domiciliar ou liberdade provisória, ainda que cumuladas com medidas diversas da segregação.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

Essa decisão preocupa o Ministério Público, merecendo análise detida pelo Núcleo de Execuções Criminais do CAO-CRIM.

É que, analisando a decisão da Corte no HC Coletivo 188.820, percebe-se o STF permitiu, sem desconsiderar as circunstâncias do caso concreto, a transferência do preso em regime semiaberto para prisão domiciliar.

Para a concessão do benefício, os presos deverão atender aos seguintes requisitos cumulativamente:

- estar em presídios com ocupação acima da capacidade física;
- comprovar que pertencem a um grupo de risco para a Covid-19;
- cumprir penas por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Também é facultado que o juízo de origem, no cumprimento da liminar e na análise dos casos individuais, deixe de conceder as medidas alternativas à prisão, nas seguintes hipóteses cumulativas:

- ausência de casos de Covid-19 no estabelecimento prisional respectivo;
- adoção de medidas de preventivas ao coronavírus pelo presídio;
- existência de atendimento médico adequado no estabelecimento prisional.

Os juízes, por fim, podem deixar de conceder as penas alternativas quando for o caso de "situações excepcionalíssimas que afastem de modo concreto e objetivo o risco à saúde do detento e quando a soltura do detento cause demasiado risco à segurança pública".

Na decisão em comento, fala-se em antecipação da progressão. Existe uma mudança em relação ao citado HC, pois a transferência para prisão domiciliar autoriza o retorno do preso ao regime semiaberto quando terminada o cenário de pandemia. Já a progressão não. O cumprimento do restante da pena será no regime aberto, salvo se ocorrer alguma causa de regressão.

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Crime contra gestante e aborto. Bis in idem: ocorrência?

PESQUISA PRONTA- STJ

No julgamento do HC 141.701, a Sexta Turma entendeu que "não há bis in idem quanto à incidência da agravante do artigo 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal no crime de homicídio contra gestante e a condenação pelo crime de aborto, porquanto as duas normas visam tutelar bens jurídicos diferentes: a agravante tutela pessoas em maior grau de vulnerabilidade e o aborto diz respeito ao feto". O caso foi relatado pelo ministro Rogerio Schietti Cruz.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Este mesmo raciocínio já foi exposto pela Corte no crime de feminicídio. Vejamos.

A Lei 13.104/15 acrescentou no art. 121 o § 7º, majorante que eleva de um terço até a metade a pena do feminicídio se o crime, dentre outras circunstâncias, for praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto.

Aplica-se a majorante desde o momento em que gerado o feto até três meses após o nascimento. O aumento da pena se justifica inclusive nas situações em que demonstrada a inviabilidade do feto, pois o objeto da proteção especial é a mulher em fase de gestação, não exatamente o feto. Ressaltamos que o aborto não é pressuposto da causa de aumento, e, caso do homicídio decorra a morte, querida ou aceita, do ser humano em gestação, o agente responderá, em concurso formal, pelo homicídio majorado e pelo aborto. Nesse sentido:

“A jurisprudência desta Corte vem sufragando o entendimento de que, enquanto o art. 125 do CP tutela o feto enquanto bem jurídico, o crime de homicídio praticado contra gestante, agravado pelo art. 61, II, h, do Código Penal protege a pessoa em maior grau de vulnerabilidade, raciocínio aplicável ao caso dos autos, em que se imputou ao acusado o art. 121, § 7º, I, do CP, tendo em vista a identidade de bens jurídicos protegidos pela agravante genérica e pela qualificadora em referência” (STJ – REsp 1.860.829/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 15/09/2020).

2-Tema: Exercício arbitrário das próprias razões. Art. 345 do Código Penal. Crime formal. Consumação. Emprego dos meios executórios. Satisfação da pretensão. Desnecessidade. Mero exaurimento da conduta.

INFORMATIVO 685 DO STJ- SEXTA TURMA

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

O crime de exercício arbitrário das próprias razões é formal e consuma-se com o emprego do meio arbitrário, ainda que o agente não consiga satisfazer a sua pretensão

Informações do Inteiro Teor:

No caso em análise, pretende-se a desclassificação do crime de exercício arbitrário das próprias razões para a modalidade tentada.

O delito de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no Código Penal, está assim tipificado: "Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa."

Embora haja controvérsia doutrinária acerca da natureza formal ou material do delito, com abalizados autores defendendo cada uma das posições, filia-se à corrente que defende o primeiro entendimento.

Pela interpretação da elementar "para satisfazer", conclui-se ser suficiente, para a consumação do crime do art. 345 do Código Penal, que os atos que buscaram fazer justiça com as próprias mãos tenham visado obter a pretensão, mas não é necessário que o agente tenha conseguido efetivamente satisfazê-la, por meio da conduta arbitrária. A satisfação, se ocorrer, constitui mero exaurimento da conduta.

Sendo assim, por se tratar de crime formal, uma vez praticados todos os atos executórios, consumou-se o delito, a despeito de o autor da conduta não ter logrado êxito em sua pretensão, que, no caso, era a de pegar o celular de propriedade da vítima, a fim de satisfazer dívida que esta possuía com ele.

Processo: REsp 1.860.791, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 09/02/2021.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A doutrina sempre divergiu quanto ao momento consumativo do crime do art. 345 do CP.

A primeira corrente sustenta que o delito é formal, consumando-se antecipadamente com o emprego dos meios a fim de que seja satisfeita a pretensão.

A segunda (majoritária na doutrina), ensina ser o delito material, exigindo, para a sua caracterização, a efetiva satisfação da pretensão (Nélson Hungria; Heleno Fragoso; e Mirabete).

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

Noronha, adepto da primeira (minoritária), assim justifica a sua posição:

“Discordamos dos eminentes Profs. Nelson Hungria e Heleno C. Fragoso, ao sustentarem ponto de vista contrário: consuma-se com a satisfação da pretensão. A oração do Código não comporta esse entendimento: tal satisfação é o escopo ou fim do agente, constituindo o dolo específico; não necessita ser alcançado. Completa-se o crime com o emprego ou uso do meio arbitrário com o fim de satisfazer uma pretensão.”.

O STJ, no julgado em comento, ficou exatamente com essa tese.

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Arquivamento indireto (recusa de remessa dos autos à Justiça Federal: divergência acerca do enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional)

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28

Autos n.º 1500xxx-7x.2021.8.26.0xx2 – MM. Juízo da 3ª Vara da Comarca de Ubatuba

Investigados: A.R.M. e R.A.R.O.A.

Assunto: arquivamento indireto (recusa de remessa dos autos à Justiça Federal: divergência acerca do enquadramento legal dos fatos, com reflexo na atribuição funcional)

Cuida-se de investigação criminal instaurada visando à apuração da suposta prática dos crimes de sequestro tentado (CP, art. 148, §1º, IV, c.c. art. 14, II) e usurpação de função pública (CP, art. 328) cometido, em tese, por A.R.M. e R.A.R.O.

Consta dos autos que, no dia 01 de fevereiro de 2021, por volta das 11h20min, na rua 21, número 100, Praia do Itamambuca, cidade e comarca de Ubatuba, a criança *K.F.O.* estava na avenida principal do Condomínio Itamambuca, localizado no endereço supracitado, quando, subitamente, foi abordada pelos investigados A. e R., que estavam em um veículo Toyota/Corola preto, sendo certo que a vítima notou que um deles pegou uma arma de fogo que estava sobre o console do veículo e passou para as mãos do indivíduo que dirigia o carro, oportunidade em que o ofendido conseguiu se evadir do local e pediu ajuda a um dos vigias do referido condomínio, que estava nas proximidades.

A equipe de vigilância do aludido condomínio acionou a polícia militar e o vigilante J. abordou o Corola preto ocupado pelos investigados, que se identificaram como policiais federais,

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

disseram que ele (J.) estaria atrapalhando serviços investigativos de tráfico de drogas e em seguida se evadiram do local.

Como não encontraram a saída do condomínio, os investigados deixaram o veículo abandonado na rua Vinte e Um e saíram a pé, em direção à praia, onde foram abordados por policiais militares (cf. boletim de ocorrência de fls. 18/21).

O Policial Militar R.F.S. informou que foi acionado via “alerta” da Base da PM, por ocorrência versando sobre dois indivíduos que estariam embarcados em um Toyota/Corolla, placas EDW 9xx8, de cor preta, os quais estariam armados e apontando armas para pedestres no condomínio Itamambuca. Diligenciaram até o local, onde se depararam com uma viatura da Polícia Rodoviária Federal, cujos policiais rodoviários lhes informaram que o veículo fora abandonado na Rua Vinte e Um, bem como que os indivíduos se evadiram para praia e estariam na Rua Dezesete. O vigilante do condomínio chamado J. informou que estava no local e percebeu quando ocupantes de um veículo Corolla preto abordaram uma criança, sendo que esta conseguiu se desvencilhar e correu em direção ao vigia, relatando que os ocupantes do veículo estavam armados. Dirigiram-se até a Rua Dezesete, onde perceberam dois indivíduos trajando sungas, um deles com barba, na água da praia. Realizaram a abordagem nos indivíduos, qualificados como A. e R.. A. se identificou como “agente de telecomunicações da Polícia Federal” e, em busca pessoal, nada de ilícito foi localizado. A. informou que é o proprietário do veículo Toyota/Corolla e que no interior deste havia uma arma de “airsoft”. Ao ser questionado sobre abordagem em uma criança naquele bairro, A. respondeu que “fizera apenas uma brincadeira com a criança”, mas não soube explicar maiores detalhes. Ato contínuo, encaminhou A. e R. até o lugar em que o automóvel estava estacionado, onde policiais rodoviários estavam realizando buscas no interior do veículo e localizaram um simulacro de arma de fogo, adesivos com emblema da Polícia Federal e um Giroflex. Diante dos fatos, deram voz de prisão a A. e R. e os encaminharam à Delegacia de Ubatuba, para procedimentos de polícia judiciária (fls. 03).

Os Policiais Rodoviários Federais M. e L.P.C. dos Santos relataram, de forma harmônica, que foram acionados para atender a ocorrência pela equipe de vigilância do condomínio, oportunidade em que se dirigiram ao local e mantiveram contato com o vigilante J.. Ressaltaram, ainda, que os

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

investigados foram abordados no mar e, mediante revista no interior do veículo, foram localizados um giroflex, emblemas e crachás de identificação da Polícia Federal, além de um simulacro de arma de fogo, ocasião em que o investigado A. alegou ser funcionário da empresa Connectcon, que presta serviços para a Polícia Federal, e que tão somente teria feito uma brincadeira com a vítima (fls. 04/05).

A testemunha J., vigilante do condomínio Itamambuca, relatou que estava realizando uma ronda, quando avistou um veículo Toyota/Corolla, de cor preta, com giroflex, ocupado por dois indivíduos, os quais tentaram abordar a vítima, que correu em sua direção alegando que o motorista estaria armado e iria matá-lo. Ato contínuo, o motorista do automóvel, em poder de uma arma de fogo, fez menção de desembarcar do carro, instante em que gritou aos investigados: “o que é isso?”, o que acabou por fazer com que ambos os indivíduos retornassem ao automóvel e empreendessem fuga em direção à saída do bairro. Diante de tal circunstância, foi ao encalço deles, logrando abordá-los mais à frente, sendo que um dos indivíduos se identificou como Policial Federal e alegou que ele estaria atrapalhando uma investigação policial sobre menores que estariam realizando tráfico de drogas. Destacou que avistou um emblema da Polícia Federal sobre o painel do veículo, razão pela qual deixou de efetuar acompanhamento. Ocorre que os indivíduos abandonaram o veículo em uma das ruas do condomínio e rumaram em direção à praia. Frisou, ainda, que presenciou o momento em que os Policiais Rodoviários Federais localizaram e apreenderam, no interior do automóvel, uma arma de “airsoft”, adesivos e crachás com emblemas da Polícia Federal, além de um giroflex de cor vermelha. Por fim, reconheceu os investigados como sendo os ocupantes do veículo que abordaram a vítima (fls. 06).

A vítima K.F.O., ouvido a fls. 07, disse que, na data dos fatos, estava indo à casa de um amigo, no condomínio Itamambuca, e, quando estava na avenida principal, um carro de cor preta parou e lhe ordenou que parasse, porém, ao visualizar que um homem “gordinho” pegou uma arma que estava sobre o console do veículo e passou para as mãos de um homem barbudo que dirigia o carro, fugiu do local e pediu ajuda ao vigia do condomínio, de nome J., o qual estava próximo do local, relatando que dois homens, a bordo de um veículo preto, acabaram de tentar lhe

Boletim Criminal Comentado 127- Março- 2021 -

abordar e o motorista estava em posse de uma arma. Que, após falar com o vigia, amedrontado, foi embora para sua casa.

Interrogado, A. informou que é funcionário de uma empresa terceirizada que presta serviços à Polícia Federal, sendo lotado na Superintendência de São Paulo, e que presta serviços a todas as unidades da Polícia Federal. R. é seu cunhado e não desempenha nenhuma função relacionada aos fatos. É proprietário do veículo Toyota/Corolla, ora apreendido. Negou que tenha realizado uma tentativa de abordagem de uma criança, no interior do condomínio Itamambuca, nesta data, e esclareceu que só utiliza os emblemas da Polícia Federal para o fim de identificação para estacionar o veículo. O giroflex apreendido lhe foi dado de presente em uma das bases de inteligência da Polícia Federal em que prestou serviços, mas não se recorda exatamente de quem. Com relação à pistola de “airsoft”, afirmou que comprou com nota fiscal e se destinava à prática de lazer na propriedade rural de sua sogra. Negou que tenha feito ameaças com a referida arma em desfavor da referida criança ou de outra pessoa. Negou também ter se identificado como policial federal, tendo sido abordado dentro das águas do mar por policial militar (fls. 08).

Por sua vez, R. informou ser cunhado de A., mas não ocupa nenhuma função ou cargo de prestação de serviços junto à Polícia Federal. Como está sem emprego no momento e A. está de férias, resolveram descer para o litoral para passar alguns dias, sendo que vieram no carro de A.. Sabia que ele estava na posse de um giroflex, geralmente utilizado em viaturas policiais, e que havia uma arma de “airsoft” no porta-malas. Chegou a ver alguns emblemas da Polícia Federal dentro do carro, mas como A. presta serviços para a Polícia Federal, imaginou que não haveria problemas. No interior do condomínio Itamambuca, tentaram abordar uma criança que lá estava, com a simples intenção de pedir informações, mas acredita que tal criança se assustou com o giroflex e saiu correndo. Relatou que em momento algum fizeram uso da arma de “airsoft” para ameaçar ou intimidar qualquer um que seja e em nenhum momento se identificou como policial federal aos policiais ou aos vigilantes do condomínio.

Relatado o feito, a Douta Promotora de Justiça considerou configurado o crime previsto no art. 296, § 1º, III do Código Penal, porque os investigados se utilizaram indevidamente do emblema da Polícia Federal, seja para estacionar o veículo, seja para ludibriar o vigilante.

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

Destacou que, uma vez acertada a capitulação, é de se reconhecer, por consequência, que a competência para processamento do feito é da Justiça Federal, eis que a conduta atingiu diretamente um de seus órgãos – a Polícia Federal.

Diante disto, citando precedente do STJ, requereu a remessa dos autos à Justiça Federal, competente para análise dos fatos (fls. 109/114).

O MM. Juiz, contudo, discordou do pleito, por entender que a deflagração de investigação policial tornou inexorável a apuração da prática do crime de tentativa de sequestro, sobretudo no presente momento, em que se verifica a constante prática de sequestros e sumiços de crianças no território nacional.

Por tal motivo, determinou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional (fls. 115/118).

Eis a síntese do necessário.

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 ponderaram a respeito do tema que a solução, na falta de dispositivo expresso na legislação, partiu da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Boletim Criminal Comentado 127- Março- 2021 -

“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.

Com razão a Douta Promotora de Justiça, com a máxima vênia do Culto Magistrado.

Embora se compreenda o zelo do MM. Juiz ao determinar a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, a Douta Promotora de Justiça fez adequada valoração dos elementos de prova constantes dos autos.

Verte dos autos que os investigados, na ocasião dos fatos, utilizando-se do veículo Corolla pertencente a A., com um giroflex no teto no carro, entraram no condomínio Itamambuca e abordaram a criança K., que andava com sua bicicleta pela avenida principal.

Sem que desse tempo dos investigados pronunciarem qualquer palavra, a vítima se assustou ao visualizar uma possível arma no interior do veículo e então saiu correndo, indo relatar os fatos ao vigilante do local que estava nas proximidades.

Os investigados saíram com o veículo e foram abordados por J., vigilante do condomínio. Indagados, disseram que eram policiais federais e estavam trabalhando em uma investigação de

Boletim Criminal Comentado 127- Março- 2021 -

tráfico de drogas. Nessa ocasião, era possível visualizar emblemas da Polícia Federal no painel do veículo Corolla.

Na sequência, acreditando que os investigados realmente eram policiais federais, o vigilante do condomínio os deixou sair, mas eles foram até a Rua 21, deixaram o veículo e seguiram para a praia, onde foram abordados por policiais militares que já haviam sido acionados.

Nesse contexto, com a devida vênia do MM. Juiz, os elementos informativos reunidos nos autos até o presente momento não permitem imputar aos investigados a prática do crime contra a liberdade pessoal excogitado.

Isso porque não restou elucidado nos autos, ao menos por ora, que os agentes estavam imbuídos do propósito de privar a vítima de sua liberdade, sequestrando-a.

A criança K., a fls. 7, informou que o veículo Corolla ocupado pelos investigados parou e ordenou que ele também parasse. Como percebeu que o passageiro pegou uma arma que estava no console e a passou para o motorista, evadiu-se do local e foi comunicar os fatos ao vigilante que estava nas proximidades.

Embora o investigado A. tenha negado a abordagem ao menor, R. confirmou que tentaram abordar K. com objetivo de pedir informações, acreditando que a criança tenha se assustado e, por isso, acabou se evadindo.

Conforme bem apontado pela Douta Promotora natural, *“As imagens do sistema de segurança também são bem esclarecedoras a respeito. Não se vislumbra sequer efetiva abordagem da criança, que não chegou a parar o biciclo. As demais circunstâncias do caso também não corroboram a tentativa de sequestro. Os agentes conduziram o automóvel particular e devidamente registrado no nome deles, em um condomínio com inúmeras câmeras de vigilância e, depois, deixaram o veículo e foram tomar banho de mar”* (fls. 114).

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

Portanto, não estando devidamente demonstrado o delito contra a liberdade pessoal, resta comprovado o cometimento dos delitos capitulados no art. 296, §1º, III, e no art. 298, ambos do Código Penal.

Isso porque não restam dúvidas de que os investigados estavam usando logotipos e símbolos utilizados pela Polícia Federal (conforme fls. 27/29) e ainda se identificaram como policiais federais, narrando, inclusive, que estariam em meio a uma investigação de tráfico de drogas, o que fez com que fossem liberados pela vigilância do condomínio, até porque estavam em um veículo preto com um giroflex (fls. 35) fixado ao teto.

Dessa sorte, inegável que os delitos em apuração, ao menos neste momento, são da competência da Justiça Federal, *ex vi* do disposto no art. 109, IV, da Constituição Federal.

Nesse sentido, o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. PRISÃO EM FLAGRANTE E INQUÉRITO POLICIAL. **USO INDEVIDO DE SÍMBOLO NACIONAL (BRASÃO DA REPÚBLICA - ART. 296, § 1º, III, CP) COM O FITO DE SE FAZER PASSAR POR SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL E, A TÍTULO DE EXERCER FISCALIZAÇÃO, EXTORQUIR PARTICULARES (ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, CP). CONEXÃO. SÚM. 122/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.**

1. O uso indevido de símbolo público identificador de órgãos ou entidades da Administração Pública tem como bem jurídico a fé pública e implica a afetação de interesse da União, consistente na correta identificação de seus agentes, atraindo, assim, a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do inquérito policial e da eventual ação penal daí decorrente. Precedente: CC 85.097/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira Seção, julgado em 11/2/2009, DJe 20/2/2009.

2. Se a utilização do Brasão da República tem como objetivo facilitar o cometimento dos demais delitos, caracteriza-se a hipótese de conexão objetiva (art. 76, II, do CPP) que justifica o julgamento

conjunto de todos eles, na forma do enunciado n. 122 da Súmula desta Corte.

3. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Cáceres - SJ/MT, o suscitado" (CC 145.794/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2016, DJe 04/05/2016) Por outro lado, é de se destacar que "A conexão ocorre quando a situação fática se enquadrar em alguma das hipóteses previstas no art. 76 do Código de Processo Penal. Inexiste a conexão quando as condutas são absolutamente distintas, não havendo nenhuma relação de dependência probatória, ainda que o autor dos delitos seja a mesma pessoa.

(CC 104.036/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 23/09/2009).

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. PECULATO. DEPUTADO ESTADUAL E ASSESSOR. CRIME PRATICADO NO ÂMBITO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA ESTADUAL E DA EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. **COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DELITOS PERPETRADOS EM DETRIMENTO DE BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO PRATICADOS EM CONEXÃO. SUSTENTAÇÃO ORAL. RENOVAÇÃO DO ATO. INDEFERIMENTO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. EXAURIMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS DA DEFESA. NÃO OBRIGATORIEDADE. ORDEM DENEGADA.**

I. Hipótese em que foram denunciados parlamentares e funcionários da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, empregados da Empresa Pública de Correios e Telégrafos e outros, em concurso de agentes, pela prática dos delitos de peculato doloso, formação de quadrilha, falsidade ideológica em documento público, **falsa identidade de Policial Federal, com o uso indevido de marca, logotipo e símbolos dos Correios.**

II. **Os delitos descritos de uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública e de falsificação de documento público afetam diretamente a credibilidade da empresa pública federal (Correios), e, portanto, atraem a competência da Justiça Federal.**

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

III. Delineada a hipótese de conexão entre os delitos sobressaindo a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito, nos termos da Súmula 122/STJ.

(...)

XI. Ordem denegada.

(STJ, HABEAS CORPUS Nº 148.875 – RS, Rel. MINISTRO GILSON DIPP, 03/03/2011)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. FALSIFICAÇÃO DE **SÍMBOLOS OU MARCAS IDENTIFICADORAS DE ÓRGÃOS OU ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. ART. 296, § 1º, III DO CP. COMPETÊNCIA DO LOCAL DA FALSIFICAÇÃO.

1. Estando em apuração o crime de falsificação ou uso indevido de símbolos ou marcas identificadoras de órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 296, § 1º, III do CP), a competência não se estabelece pelo lugar do uso do documento falsificado, mas do local onde se efetuou a falsificação, sendo esse conhecido. Aplicável, *in casu*, o disposto no art. 70 do CPP, segundo o qual, a competência, será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumou a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

2. No caso dos autos, **o formulário com o brasão da Polícia Federal foi fabricado em São Paulo e lá se consumou o delito de falsificação**. A utilização, posterior, do documento em Brasília, na protocolização do documento com o brasão falsificado, é mero exaurimento do delito de falsificação. Assim, quando conhecido o local da falsificação, a competência para processamento do feito é do Juízo desse local. Precedentes

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

(STJ, CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 126.606 – DF, Rel. MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), j. em 08 de maio de 2013)

Não se ignora que a conclusão das diligências de polícia judiciária ainda pendentes, como a juntada dos laudos periciais, notadamente dos celulares apreendidos e das imagens (cf. fls. 25/27),

Boletim Criminal **Comentado** 127- Março- 2021 -

poderá ofertar outro panorama probatório, contudo, não é este o cenário que se antevê até o momento no presente caderno investigatório.

Dessa sorte, insiste-se, com a renovada vênia do Culto Magistrado, na promoção de arquivamento formulada no tocante ao crime previsto no art. 148 do Código Penal, feito pela Douta Promotora natural, que se assentou em razoável valoração dos elementos de prova contidos no caderno investigatório, com observância das ressalvas do art. 18, do Código de Processo Penal.

Via de consequência, insiste-se, com a máxima vênia do zeloso Magistrado, no encaminhamento dos autos à E. Justiça Federal, competente para análise dos fatos remanescentes apurados nos autos.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº128, 3/2021
(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março- 2021 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Artigo 112, inciso VII, LEP

MINUTA DE AGRAVO - pela aplicação do 60% ao invés do 40% para progressão do regime da pena hedionda aos executados reincidentes-Clique [aqui](#)

Tabela elaborada pelo Promotor de Justiça de Campinas, Alexandre Daruge - entendimento das Câmaras do TJSP sobre o Art. 112, VII LEP - Clique [aqui](#)

2- Tema: Artigo 112, incisos VII e VIII da LEP

Na esteira da Tese 502 do Setor de Recursos Especiais e Extraordinários, o Núcleo de Execuções Criminais elaborou o Enunciado 75 sobre a incidência das frações previstas nos incisos VII e VIII do artigo 112 da LEP para os condenados por crime hediondo sem resultado morte (inciso VII) e com resultado morte (inciso VIII), reincidentes genéricos.

Clique aqui para o Enunciado:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/BCAA6C77B386ECF7E050A8C0DE01474F.

Importante ressaltar que a Procuradoria-Geral de Justiça apresentou proposta de alteração legislativa visando corrigir a redação ambígua dos incisos II, IV, VII e VIII do artigo 112 da LEP, que permite interpretação mais liberal quando a reincidência do sentenciado não é específica.

3- Tema: competência para apreensão de armas e outras provas em cenas de crimes contra a vida em que há envolvimento de policiais militares

Em sede de conflito de jurisdição, o STJ, liminarmente, num caso envolvendo letalidade policial, determinou que fosse observado o disposto no art. 9º., § 1º., do Código Penal Militar, de modo que delitos dessa natureza, quando perpetrados por policial militar contra civil, mesmo que no exercício da função, serão da competência da Justiça comum (Tribunal do Júri), devendo a investigação tramitar também na Justiça comum, conduzida pela polícia civil.

Esta decisão, que pode ser consultada ao final deste estudo, coincide com a tese sustentada pelo MP de SP.

Boletim Criminal Comentado 128- Março-

2021 -

Reconhecemos, contudo, existir posição em sentido contrário no STF que, sem ignorar a competência da justiça comum para o processo e julgamento, entende que a atribuição para a investigação é da Polícia Militar.

“Desse modo, verifica-se que a Polícia Militar deve apurar os crimes de homicídio doloso contra civil, quando o fato for praticado por policial militar em serviço ou agindo em razão da função (art. 9º, inciso II, alínea “c”, do CPM), por força do ordenamento jurídico (art. 144, §4º, da CF; art. 82, §2º, do CPPM), conforme pacífica jurisprudência do STF após reconhecer a aparente constitucionalidade da Lei 9.299/96 na ADI 1494/DF, todas confirmadas nos arestos acima e nos seguintes: Recurso Extraordinário nº 1.224.733/SP, Rel. Min. Alexandre De Moraes, julgado em 13/09/2019; Recurso Extraordinário nº 1.254.572/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 30/04/2020 e Recurso Extraordinário nº 1.245.405-SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 30/04/2020.

Essa posição, contudo, viola determinação imposta ao nosso país pela Corte Internacional de Direitos Humanos no caso “Favela Nova Brasília”. Na sentença proferida pela Corte, dentre outros pontos que devem ser atendidos pelo Brasil, sob pena de responsabilidade internacional (art. 65 da CADH), encontram-se:

a) estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que prima facie policiais apareçam como possíveis acusados, desde a notitia criminis se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados.

b) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público.

Diante desse quadro, o CAO-CRIM de SP integra grupo criado no CNPG com a missão de balizar o PLS 135/18, que, por sua vez, atribui ao Ministério Público o poder de investigar os crimes violentos decorrentes de intervenção policial.

[Clique aqui](#) para acessar a decisão do STJ.

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março-

2021 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Mudança jurisprudencial após o trânsito em julgado. Revisão criminal: possibilidade?

PESQUISA PRONTA- STJ

A Sexta Turma, no AgRg no HC 500.460, relatado pela ministra Laurita Vaz, entendeu que "as conclusões da corte originária estão alinhadas ao entendimento deste tribunal, que é no sentido de que a mudança de posicionamento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória não serve de base para o ajuizamento de revisão criminal, sob pena de serem violados os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica".

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No mesmo sentido posiciona-se a Segunda Turma do STF. Ao julgar o agravo interno no HC 153805, reafirmou o entendimento que já prevalecia: mudança na jurisprudência não dá ensejo à revisão criminal. Vejamos a ementa:

“EMENTA Agravo regimental em habeas corpus. Processual Penal. Pedido de revisão criminal em razão de mudança jurisprudencial. Inadmissibilidade. Precedentes. Regimental não provido. 1. “A inadmissão da Revisão Criminal em razão de meras variações jurisprudenciais, ressalvadas situações excepcionais de abolitio criminis ou declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais (inclusive incidenter tantum), é historicamente assentada por esta Corte (RE 113601, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 12/06/1987; RvC 4645, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 01/04/1982)” (RvC nº 5.457/SP-AgR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 11/10/17). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (HC 153805 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 11/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 16-10- 2018 PUBLIC 17-10-2018)

Percebam que a Corte enumerou duas situações excepcionais em que a revisão seria possível:

I - abolitio criminis (que, no entanto, não nos parece ser caso de mudança jurisprudencial, mas mera retroatividade de lei penal mais benéfica)

II - declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais.

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março-

2021 -

2- Tema: Policiais devem gravar autorização de morador para entrada na residência, decide Sexta Turma

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Em julgamento realizado nesta terça-feira (2), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito.

O colegiado estabeleceu o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações.

Seguindo o voto do relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, a turma concedeu habeas corpus – requerido pela Defensoria Pública de São Paulo – para anular prova obtida durante invasão policial não autorizada em uma casa e absolver um homem condenado por tráfico de drogas. Os policiais alegaram que tiveram autorização do morador para ingressar na casa – onde encontraram cerca de cem gramas de maconha –, mas o acusado afirmou que os agentes forçaram a entrada e que ele não teve como se opor.

"A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam nesta corte superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e *status* social, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança", afirmou o relator.

Segundo ele, deve ser vista com muita reserva a afirmação usual de que o morador concordou livremente com o ingresso dos policiais, principalmente quando a diligência não é acompanhada de documentação capaz de afastar dúvidas sobre sua legalidade.

Direito fundamental

A posição defendida pelo ministro Rogerio Schietti Cruz – no sentido de que a gravação audiovisual e o registro escrito da autorização do morador, além de confirmarem a licitude da prova obtida, trarão proteção tanto para o residente quanto para os policiais – teve como base precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e de cortes estrangeiras, especialmente dos Estados Unidos, da França, Espanha e de Portugal.

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março-

2021 -

O ministro lembrou que a Constituição estabeleceu como direito fundamental a inviolabilidade do domicílio, ao mesmo tempo em que previu como únicas hipóteses para o ingresso da polícia (ou de qualquer outra pessoa) o consentimento do morador, as situações de flagrante delito ou desastre, a necessidade de prestar socorro e a ordem judicial – neste caso, apenas durante o dia.

Segundo o relator, o STF, ao julgar o [RE 603.616](#), decidiu que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em razões concretas, devidamente justificadas posteriormente, que indiquem que dentro da casa ocorria situação de flagrante delito.

Discricionariedade

No contexto brasileiro, Schietti destacou que a maior parte das prisões por tráfico de drogas não decorre de investigações, mas de flagrantes durante o policiamento ostensivo.

Entretanto – observou –, a situação de flagrância capaz de permitir que seja afastado o direito do morador à intimidade e à inviolabilidade do domicílio deve ser comprovada por motivos concretos e urgentes. O ministro lembrou que, se o próprio juiz só pode determinar uma busca e apreensão em decisão fundamentada, não seria razoável permitir que um servidor da segurança pública tivesse total discricionariedade para, a partir de uma avaliação subjetiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém.

"Aliás, releva destacar que os tribunais, em regra, tomam conhecimento dessas ações policiais apenas quando delas resulta a prisão do suspeito, ou seja, quando atingem o fim a que visavam. O que dizer, então, das incontáveis situações em que agentes do Estado ingressam em domicílio, muitas vezes durante a noite ou a madrugada – com tudo o que isso representa para os moradores –, e nada encontram?", questionou o ministro.

Estigmatização

Rogério Schietti citou posições doutrinárias segundo as quais o flagrante que deve autorizar o ingresso policial, sem mandado judicial, é o que resulta de verdadeira emergência, como nos casos de sequestro, em que há perigo à vida da vítima, mas não na hipótese de crimes permanentes como a simples posse de entorpecentes ou de armas ilegais.

Ele também mencionou pesquisas que relacionam as desigualdades sociais e raciais à estigmatização de grupos e tipos marginalizados como potenciais criminosos, o que faz com que as abordagens policiais se voltem frequentemente contra pessoas que já são objeto de exclusão. De acordo com o ministro, é preciso que o Brasil freie as violações abusivas de lares da população carente.

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março-

2021 -

"Chega a ser – para dizer o mínimo – ingenuidade acreditar que uma pessoa abordada por dois ou três policiais militares, armados, nem sempre cordatos na abordagem, livremente concorde, sobretudo de noite ou de madrugada, em franquear àqueles a sua residência", comentou.

Bons exemplos

O ministro lembrou que já existem corporações policiais no Brasil – a exemplo das polícias militares de São Paulo e de Santa Catarina – que equiparam seus agentes com câmeras acopladas aos uniformes ou capacetes, não só para a salvaguarda dos cidadãos, mas para a própria proteção dos agentes.

Essas iniciativas, segundo ele, devem ser seguidas por todos os governos estaduais, pois a medida – entre outros benefícios – permitirá que se avalie se houve justa causa para o ingresso na residência e se o eventual consentimento do morador foi realmente livre. Até que tal providência seja ultimada em todo o país – acrescentou o relator –, nada impede que os policiais usem as câmeras de celulares para fazer o registro.

A Sexta Turma determinou a comunicação do julgamento aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, bem como ao ministro da Justiça e Segurança Pública, aos governadores dos estados e do Distrito Federal, e às suas respectivas corporações policiais. Também serão informados o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Nacional de Direitos Humanos.

Leia o **voto** do relator.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [**HC 598051**](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A busca domiciliar, como o próprio nome indica, é aquela feita na casa de alguém. Sendo a casa, nos termos de preceito constitucional, o “asilo inviolável do indivíduo” (art. 5º, XI, da CF), somente nas hipóteses expressamente previstas em lei, admite-se exceção a tal princípio. Preocupou-se o constituinte, assim, em homenagear remotos dogmas da civilização, que sempre procuraram privilegiar o direito do indivíduo de não ser molestado, quando em sua casa ou de ninguém nela adentrar sem sua prévia autorização.

Regra geral, portanto, não é permitido o ingresso na casa alheia sem o consentimento do morador e, por conta disso, somente nas hipóteses previstas no próprio texto constitucional, é que se admite exceção a tal mandamento.

Ao firmar o precedente em comento, a Sexta Turma estabeleceu cinco teses centrais:

Boletim Criminal Comentado 128- Março-

2021 -

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

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

3) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo.

5) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal dos agentes públicos que tenham realizado a diligência.

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março-

2021 -

DIREITO PENAL:

1- Tema: Plenário garante porte de arma a todas as guardas municipais do país

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

Os ministros derrubaram vedação do Estatuto do Desarmamento que proibia o porte de armas de fogo por integrantes de guardas municipais em municípios com menos de 50 mil habitantes.

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) autorizou que todos os integrantes de guardas municipais do país tenham direito ao porte de armas de fogo, independentemente do tamanho da população do município. Na sessão virtual concluída em 26/2, a Corte declarou inconstitucionais dispositivos do Estatuto de Desarmamento (Lei 10.826/2003) que proibiam ou restringiam o uso de armas de fogo de acordo com o número de habitantes das cidades.

O Tribunal julgou parcialmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5948 e 5538, ajuizadas, respectivamente, pelos partidos Democratas (DEM) e Verde (PV), e improcedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 38, ajuizada pela Procuradoria- Geral da República (PGR). O colegiado tornou definitiva a medida cautelar deferida pelo relator, ministro Alexandre de Moraes, em junho de 2018, e invalidou os trechos de dispositivos que autorizavam o porte de arma de fogo apenas para os integrantes de guardas municipais das capitais dos estados e dos municípios com mais de 500 mil habitantes e para os guardas municipais dos municípios com mais de 50 mil e menos de 500 mil habitantes, quando em serviço.

Sistema de Segurança Pública

Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes verificou que os dispositivos questionados estabelecem uma distinção de tratamento que não se mostra razoável, desrespeitando os princípios da igualdade e da eficiência. Segundo o relator, atualmente, não há dúvida judicial ou legislativa da presença efetiva das guardas municipais no sistema de segurança pública do país. Nesse sentido, ele lembrou a decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) 846854, com repercussão geral, em que o Plenário reconheceu que as guardas municipais, existentes em 1.081 dos 5.570 municípios brasileiros, executam atividade de segurança pública essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade. E, no plano legislativo, citou a edição da Lei 13.675/2018, que coloca as guardas municipais como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública.

Incidência de infrações

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março-

2021 -

Ainda conforme o ministro Alexandre, caso se admita restringir o porte de arma a integrantes do sistema geral de segurança pública, a medida deveria guardar relação com o número de ocorrências policiais ou algum outro índice relevante para aferição da criminalidade. Esse entendimento, a seu ver, é afirmado pela própria Lei 13.675/2018, ao estabelecer que as atividades de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública serão aferidas, entre outros fatores, pela maior ou menor incidência de infrações penais e administrativas em determinada área.

Ele apontou, ainda, que o aumento do número de mortes violentas, nos últimos anos, tem sido consistentemente maior nos municípios em que a lei restringiu ou proibiu o porte de arma por integrantes da guarda municipal. Portanto, "o tratamento exigível, adequado e não excessivo" consiste em conceder idêntica possibilidade a todos os integrantes das guardas civis, em razão da sua efetiva participação na segurança pública e da similitude nos índices de mortes violentas nos diversos municípios, independentemente de sua população

Ficaram vencidos os ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin e a ministra Cármen Lúcia, que se pronunciaram pela constitucionalidade das regras. Segundo Barroso, primeiro a abrir a divergência, não há, no caso, violação a direito fundamental nem a qualquer interesse contramajoritário ou excepcional que justifique a atuação do STF.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O art. 6º, III da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) permite o porte de arma de fogo aos integrantes das guardas municipais das capitais dos estados e dos municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas pelo regulamento. Já o inciso IV permite porte de arma de fogo aos integrantes das guardas municipais dos municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço. Por sua vez, o § 7º do mesmo artigo permite o porte, em serviço, aos integrantes das guardas municipais dos municípios integrantes de região metropolitana, ainda que tenham menos de cinquenta mil habitantes. A autorização para o porte está condicionada à formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino de atividade policial, à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, nas condições estabelecidas no regulamento do Estatuto, observada a supervisão do Ministério da Justiça (art. 6º, § 3º, Lei 10.826). A regulamentação encontra-se no Decreto 9.847/2019.

Trata-se, assim, de tratamento diferenciado que a lei dá aos integrantes das guardas municipais das capitais dos estados e dos municípios com mais de quinhentos mil habitantes (inciso III), que podem portar arma mesmo quando não estiverem em serviço.

Essa diferença de tratamento já suscitou alegações de inconstitucionalidade do inciso IV do caput do art. 6º do Estatuto, por ferir o princípio da isonomia.

Boletim Criminal Comentado 128- Março-

2021 -

Alguns tribunais estaduais chegaram a reconhecer a inconstitucionalidade e, na primeira instância, juízes já concederam habeas corpus preventivo, com salvo-conduto para que guardas municipais, em tais condições, portassem armas de fogo fora do serviço. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos incidentes de inconstitucionalidade 126.032-0/5-00 e 138.395- 0/3-00, entendeu inconstitucional o inciso IV do art. 6º do Estatuto, sob o argumento de que feriria o princípio da isonomia e a autonomia municipal, pois todas as guardas possuem como função proteger bens, serviços e instalações municipais, independentemente de valor ou do número de habitantes. Outros tribunais seguiram entendimento diverso. Então, o Procurador-Geral da República, em 2015, foi autor da ADC 38, em favor dos incisos III e IV do art. 6º do Estatuto do Desarmamento, depois de provocação do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Porém, não houve imediata concessão de liminar. As ADIs 5.538 e 5.948, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Verde (PV) e Democratas (DEM), também questionavam o tema.

É certo, contudo, que na ADI 5.948, o Min. Alexandre de Moraes, em junho de 2018, concedeu liminar para suspender a eficácia das expressões “capitais dos Estados” e “com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes”, constantes do inciso III, e de todo o inciso IV do art. 6º do Estatuto, o que, na prática, acabava com o tratamento desigual imposto pela Lei.

Agora, em sessão virtual de 26 de fevereiro de 2021, a Corte declarou inconstitucionais os dispositivos do Estatuto que proibiam ou restringiam o uso de armas de fogo de acordo com o número de habitantes das cidades. O Tribunal julgou parcialmente procedentes as ADIs 5.948 e 5.538, e improcedente a ADC 38. Assim, foi tornada definitiva a medida cautelar acima referida e invalidados os trechos de dispositivos que autorizavam o porte de arma de fogo apenas para os integrantes de guardas municipais das capitais dos estados e dos municípios com mais de 500 mil habitantes e para os guardas municipais dos municípios com mais de 50 mil e menos de 500 mil habitantes, quando em serviço.

De acordo com a posição da maioria, caso se admitisse a restrição ao porte de arma a integrantes do sistema geral de segurança pública (como são os guardas municipais, por força da Lei 13.675/2018), o parâmetro deveria ser, não o número de habitantes no município, mas o número de ocorrências policiais ou algum outro índice relevante para aferição da criminalidade. Esse entendimento estaria em consonância com a Lei 13.675/2018, pois esta estabelece que as atividades de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública serão aferidas, dentre outros fatores, pela maior ou menor incidência de infrações penais e administrativas em determinada área.

Cessadas as distinções que havia no Estatuto do Desarmamento, tornou-se possível, assim, a concessão de porte funcional aos integrantes das guardas municipais. Nesse ponto, eve-se atentar

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março-

2021 -

para a regulamentação, ou seja, para os dispositivos do Decreto 9.847, com destaque para o art. 29-A, aqui parcialmente transcrito:

“Art. 29-A. A Polícia Federal, diretamente ou por meio de convênio com os órgãos de segurança pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 10.826, de 2003, e observada a supervisão do Ministério da Justiça e Segurança Pública:

(...)

II - concederá porte de arma de fogo funcional aos integrantes das guardas municipais, com validade pelo prazo de dez anos, contado da data de emissão do porte, nos limites territoriais do Estado em que exerce a função; (...)

Parágrafo único. Os guardas municipais autorizados a portar arma de fogo, nos termos do inciso II do caput, poderão portá-la nos deslocamentos para suas residências, mesmo quando localizadas em município situado em Estado limítrofe”.

2-Tema: Liminar impede uso da tese de legítima defesa da honra em crimes de feminicídio

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

A decisão do ministro Dias Toffoli, que entende que a tese é inconstitucional, será submetida a referendo do Plenário.

O ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu parcialmente medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779 para firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero. A ação foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

Em sua decisão, que deverá ser submetida a referendo do Plenário em 5/3, o ministro dá interpretação conforme a Constituição a dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa. A decisão impede que advogados de réus sustentem, direta ou indiretamente, a legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais e perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.

Na ação, o PDT afirma que a matéria envolve controvérsia constitucional relevante, pois há decisões de Tribunais de Justiça que ora validam, ora anulam vereditos do Tribunal do Júri em que se absolvem réus processados pela prática de feminicídio com fundamento na tese da legítima

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março-

2021 -

defesa da honra. O partido aponta, também, divergências de entendimento sobre o tema entre o Supremo e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Para o ministro Toffoli, “a chamada legítima defesa da honra não encontra qualquer amparo ou ressonância no ordenamento jurídico”. De acordo com ele, não se pode confundir “legítima defesa da honra” com “legítima defesa”, pois somente a segunda constitui causa de excludente de ilicitude.

O ministro afirmou que, para evitar que a autoridade judiciária absolva o agente que agiu movido por ciúme ou outras paixões e emoções, foi inserida no atual Código Penal a regra do artigo 28, no sentido de que a emoção ou a paixão não excluem a imputabilidade penal. “Portanto, aquele que pratica feminicídio ou usa de violência, com a justificativa de reprimir um adultério, não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa”, afirmou. Em sua decisão, ele também afirma que o argumento da prática de um crime em razão da legítima defesa da honra constituiu, na realidade, recurso argumentativo/retórico “odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões, contribuindo imensamente para a naturalização e a perpetuação da cultura de violência contra as mulheres no Brasil”.

Leia a [íntegra da decisão](#).

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A Comissão Nacional da Mulher Advogada, do Conselho Federal da OAB, e a Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas, lideradas, dentre outras valorosas mulheres, pela jurista Alice Bianchini, apresentaram manifestação pública repudiando, não sem razão, a tese da “legítima defesa da honra” nos crimes contra a vida. Bem alertam que a sua propositura em plenário (e mesmo no decorrer do processo criminal), não pode ser admitida, visto que, confronta diretamente com um importante valor constitucional: a dignidade da pessoa humana. A dignidade humana da mulher é frontalmente violada quando não se respeita o seu direito de livremente determinar com quem, quando e onde pretende se relacionar. E, ainda, quando o exercício de tal direito é repreendido com a perda da sua vida. E, ainda, quando aquele que ceifa a vida da mulher que não mais quis se relacionar com ele tem sua ação justificada juridicamente, isentando de punição o autor do homicídio/femicídio. É, portanto, indigno que, de forma direta ou indireta, a ação de matar alguém que exerceu um direito à sua liberdade possa receber respaldo jurídico de alguma ordem.

Ao se aceitar a possibilidade de arguição da tese de “legítima defesa da honra” o sistema de justiça afronta também outro dispositivo constitucional, que se representa, a um só tempo: (a) uma

Boletim Criminal Comentado 128- Março-

2021 -

importante diretriz de enfrentamento à violência familiar e um mandado constitucional de proteção a esse tipo de violência. Trata-se do art. 226, § 8º, que estabelece 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”.

Ademais de inconstitucional, referidas entidades alertam que a tese da “legítima defesa da honra” é inconveniente, por descumprir os comandos estabelecidos na:

- Convenção Interamericana para prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará de 1994: estabelece que “a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres”, e dispõe, no art. 7º, que os “Estados-partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: [...] tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher”.

- Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher – CEDAW/ONU e suas recomendações: de forma bem objetiva e direta, a recomendação n. 19 do Comitê CEDAW, determina que “as medidas consideradas necessárias para superar a violência familiar devem incluir as seguintes: [...] Legislação para eliminar a “defesa da honra” no que respeita à violência ou morte de um familiar feminino”. No mesmo sentido encontramos a Recomendação n. 35/2017, também do Comitê CEDAW, no sentido de que os Estados membros apliquem medidas legislativas que afastem a utilização de práticas consuetudinárias que tolerem a violência de gênero, fundamentando-se na cultura, religião, ou privilégio masculino, tais como a chamada defesa da ‘honra’ (item 29, c, ii).

- Corte Interamericana de Direitos Humanos: “a legitimidade de uma sentença penal depende da observância dos parâmetros jurisprudenciais da Corte (Corte IDH. Caso de la Massacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, reparações e costas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº. 163, par. 197).”

A comunidade internacional reunida na Organização das Nações Unidas (ONU) “já se manifestou, por mais de uma vez – há vários documentos a respeito – sua não aceitação e mesmo repúdio às práticas culturais desrespeitadoras dos direitos humanos das mulheres. A IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, 1995, em sua Plataforma de Ação, item 224, estabeleceu que a violência contra as mulheres constitui ao mesmo tempo uma violação aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais e um óbice e impedimento a que desfrute deste direito. Ressalta a

Boletim Criminal Comentado 128- Março-

2021 -

violência contra as mulheres derivada dos preconceitos culturais e declara que é preciso proibir e eliminar todo aspecto nocivo de certas práticas tradicionais, habituais ou modernas, que violam os direitos das mulheres.”

Ainda em sede de direito internacional dos direitos humanos, convém ressaltar que Organização dos Estados Americanos (OEA), acompanhando as manifestações feministas de seus Estados-partes, “considera o feminicídio como a expressão mais extrema e irreversível de violência e discriminação contra mulheres, que atenta radicalmente a todos os direitos e garantias estabelecidos nas leis internacionais e nacionais sobre direitos humanos. Este crime é um ato de ódio que distorce de forma extrema todo o sentido de humanidade. Consolida no tempo a visão hegemônica masculina sobre as mulheres como propriedade, objeto de transgressão e símbolo de fraqueza, reforçando a configuração da estrutura de poder do sistema patriarcal de dominação. A OEA reitera, ainda, que cabe aos Estados adotar e implementar medidas para punir esse crime na esfera privada e pública e, em particular, recomenda que a atenuante jurídica “emoção violenta” não seja usada para diminuir a responsabilidade dos feminicidas.”

Portanto, independentemente do ângulo de análise, interno ou internacional, a tese da legítima defesa da honra nos crimes contra a vida não tem fundamento justo, ou mesmo legítimo.

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março- 2021 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Revisão de recusa ministerial em aditar a denúncia – manutenção da recusa

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28

Autos n.º 1500xxx-x1.201x.8.26.043x – MM. Juízo da 1ª Vara da Comarca de Pedreira

Réu: R.J.S.T.

Assunto: revisão de recusa ministerial em aditar a denúncia – manutenção da recusa

Cuida-se de ação penal movida pelo Ministério Público em face de R.J.S.T., imputando-lhe o crime de latrocínio consumado, previsto no art. 157, § 3º, inciso II, c.c. o art. 61, inciso II, alínea “c” (traição), ambos do Código Penal (cf. denúncia de fls. 115/117), porque, no dia 23 de março de 2019, no período da manhã, no interior da residência situada na Rua Alceu Arioli, n. 18, bairro Basílio, área rural da cidade e Comarca de Pedreira, o acusado subtraiu, para si, mediante violência empregada contra *M.A.O.*, o veículo GM/Corsa, cor branca, placas JxD 7x12, um celular da marca Positivo e uma roçadeira, bens pertencentes à vítima, e da violência, que consistiu em asfixia mecânica por energia de ordem físico-química, resultou a morte do ofendido (cf. laudo de exame necroscópico às fls. 101/103).

Segundo narrou a exordial, R.J.S.T. já conhecia a vítima, pois ambos frequentavam a mesma igreja havia aproximadamente um mês. No dia anterior ao crime, o ofendido combinou com o denunciado que, na manhã do dia 23 de março, este prestaria o serviço de roçar a propriedade rural de *M.* e, para tanto, ele buscaria o sujeito ativo em sua casa e o levaria até o local.

E foi assim que, conforme acertado, a vítima e o denunciado foram até o imóvel. Em dado momento, R.J.S.T., aproveitando-se do fato de estar sozinho com o ofendido, decidiu subtrair os bens dele, mediante violência. Por conseguinte, o acusado apossou-se de uma enxada e desferiu

Boletim Criminal Comentado 128- Março- 2021 -

vários golpes contra a cabeça da vítima, que causaram as seguintes lesões: “escoriação em região nasal, equimose em lábio inferior, ferimento corto-contuso de 0.5 cm de extensão em região frontal superior à esquerda, ferimento corto-contuso de 04 cm em região superciliar esquerda, ferimento corto-contuso de 03 cm em glabella, ferimento corto-contuso de 01 cm em região occipital e ferimento corto-contuso de 01 cm em região parietal esquerda alta” (cf. fls. 101/103).

Em decorrência dos golpes, a vítima caiu ao chão e foi asfixiada pelo denunciado, até que não demonstrasse reações vitais. Ato contínuo, R.J.S.T. apoiou um colchão no balcão que divide a cozinha e outro cômodo, a fim de evitar que terceiros visualizassem o corpo da vítima, evadindo-se do local com os pertences subtraídos – o veículo GM/Corsa, um celular da marca Positivo e uma roçadeira, além da enxada utilizada para lesionar o ofendido.

Durante a fuga, R.J.S.T., se desfez da enxada, que não foi encontrada pela autoridade policial. Entretanto, decorridas 24 horas sem que a vítima, ao contrário do habitual, retornasse para casa, seu irmão e uma testemunha foram até a chácara, para averiguar o que havia acontecido. Ao chegarem no local, notaram a residência fechada e, para ali ingressar, forçaram a fechadura. No interior do imóvel, afastaram o colchão que impedia o acesso à cozinha e se deparam com o corpo de M. encharcado de sangue. As testemunhas perceberam que os bens da vítima tinham sido subtraídos. Nesse instante, foi acionada a Polícia Militar e a Polícia Científica, que constatou, em exame necroscópico, que a *causa mortis* foi asfixia mecânica de energia de ordem físico-química.

Durante as investigações, a autoridade policial elucidou o paradeiro do denunciado, que havia viajado com sua família para a cidade de Jacutinga/MG. Após a expedição do mandado judicial para a prisão temporária, R.J.S.T. foi detido na referida cidade, de posse do carro da vítima. A roçadeira e o celular não foram recuperados.

A denúncia foi recebida, decretando-se a prisão preventiva de R.J.S.T. (fls. 126).

Acostaram-se as certidões criminais e a folha de antecedentes do acusado (fls. 136/137 e 138).

Boletim Criminal Comentado 128- Março- 2021 -

A Defesa pediu a revogação da prisão preventiva do réu (fls. 179/183). Depois, apresentou resposta à acusação, com a tese de legítima defesa, afirmando que apenas agrediu a vítima com golpes na cabeça, utilizando-se de um pedaço de madeira que havia no local, por ser o único meio de preservar a sua integridade física e sexual, diante de uma tentativa de estupro, mas não tinha a intenção de matar a vítima. Alegou, ainda, que, após a vítima cair ao solo, saiu do interior do imóvel e, devido a estar muito nervoso com o ocorrido e com receio da vítima se levantar e atacá-lo novamente, acabou por pegar o celular de *M.*, para se defender, no intuito de que ele não chamasse a polícia pela agressão sofrida, bem como se apoderou do veículo da vítima para poder ir embora do local, já que distante da cidade, pois caso o ofendido chamasse a polícia, iria apenas dar sua versão sobre agressão, não confessando a tentativa de estupro contra o acusado, portanto, não houve dolo de subtração. Acrescentou que, já em casa, não teve coragem de contar os fatos a sua família, acabando por dizer a seus familiares que tinha adquirido o veículo da vítima e, por medo, acabou por levar sua esposa e seu filho pequeno ainda no período da manhã para a cidade de Jacutinga/MG. No dia seguinte, ficou sabendo da morte da vítima e, por medo de ser preso, permaneceu na cidade de Jacutinga/MG até o dia em que foi preso por policiais daquela cidade. Diante disso, arguiu nulidade acerca da realização de reconhecimento pessoal e fotográfico, bem como pediu a absolvição sumária, diante da atipicidade dos fatos que lhe foram imputados ou, caso assim não se entenda, sucessivamente, requereu que: seja incurso apenas no delito de furto simples; seja denunciado por lesão corporal seguida de morte, com causa de diminuição de pena, combinada com furto simples; seja denunciado por homicídio simples combinado com furto (fls. 196/202).

O Ministério Público requereu o prosseguimento do feito (fls. 205/207).

Foi designada audiência de instrução e julgamento (fls. 226).

A custódia cautelar foi mantida a fls. 266/267.

Realizada a audiência, foram ouvidas as testemunhas (fls. 300/310 e 312/330).

Acostaram-se os laudos periciais de fls. 413/418 e 473/476.

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março- 2021 -

Mantida a custódia cautelar a fls. 445/446.

A Defesa manifestou-se, alegando que a perícia de fls. 473/476 corrobora a tese de legítima defesa sustentada em resposta à acusação (fls. 490/491).

Novas análises do feito, decidindo-se pela manutenção da prisão preventiva (fls. 505/506 e 536).

Foi realizada audiência para interrogatório do réu (fls. 574/575 e 576).

O Ministério Público apresentou memoriais, requerendo a integral procedência da ação, condenando-se o acusado nos exatos termos da denúncia (fls. 580/589).

A Defesa apresentou memoriais pedindo a absolvição, pela legítima defesa, ou, em caso negativo, sucessivamente, que o réu responda por lesão corporal seguida de morte e furto simples; homicídio simples e furto (fls. 611/617).

Em resposta a ofícios, acostaram-se os documentos de fls. 618/622 e 623/625.

Encerrada a fase de instrução, a MM. Juíza consignou que a materialidade está comprovada, diante de laudo necroscópico confirmando a morte de *M.*, sendo a causa sufocação direta (obstrução dos orifícios externos respiratórios), concluindo a sua ocorrência por asfixia mecânica.

Provou-se nos autos que o agente causador da morte de *M.* foi o acusado, não havendo qualquer testemunha presencial para poder chegar à certeza da tese exposta pelo Ministério Público ou da versão apresentada pelo réu, de modo que somente vítima e acusado sabem o que realmente aconteceu naquele imóvel.

Pontuou que, diante das evidências de morte e retirada de bens do local pertencentes à vítima, a denúncia foi no sentido de imputar ao acusado o crime de latrocínio. Concluiu que não há como rejeitar a denúncia em razão de tal capitulação criminal, pois não vincula o magistrado no momento da sentença, estando os fatos descritos, no contexto geral, relacionados com o ocorrido.

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março- 2021 -

De outro lado, diante do conjunto de indícios, entendeu que nada revela a intenção do acusado de subtrair bens, cuja violência empregada tivesse resultado na morte de *M.*.

Assim, diante da falta de prova suficiente para tal conclusão de acordo com o retratado na denúncia, concluiu que não convém um imediato decreto condenatório acolhendo a exordial em seus exatos termos. Isso porque o dolo da subtração não restou evidenciado, devendo operar a dúvida a favor do réu, já que não há prova suficiente para concluir que a morte da vítima foi produzida com a exclusiva finalidade de subtrair bens, pois nada foi localizado com o réu, que dispensou o aparelho celular e teria utilizado o automóvel, a princípio, para fuga.

Dessa forma, entendeu necessária a aplicação do artigo 384 do CPP, a fim de aditamento da denúncia e adequação nos termos de reconhecimento de crime doloso contra a vida, cujos atos instrutórios serão aproveitados, podendo haver novos requerimentos das partes e nos termos do mencionado artigo (fls. 626/630).

O Douto Promotor de Justiça, contudo, discordou da decisão, por entender que os fatos descritos na denúncia restaram plenamente comprovados, evidenciada a materialidade e a autoria do delito de latrocínio diante das provas amealhadas, conforme expôs detalhadamente em sua fundamentada manifestação. Diante disso, recusou-se a aditar a denúncia, conforme sugerido pela MM. Juíza, ressaltando que deveria ser aplicado à espécie o § 1º do art. 384 do CPP (fls. 648/654).

A Digníssima Magistrada, então, asseverou que o inconformismo do Ministério Público em decisão que entendeu pela necessidade de aditamento da denúncia não deve ser dirigido, por ora, ao Juízo, pois, diante dos argumentos apresentados na decisão anterior, prolatada no momento do julgamento, não seria possível a prolação de sentença, diante das razões expostas. Isso considerado, determinou o retorno dos autos ao órgão acusador, para manejar o recurso adequado. Em caso de a decisão transitar em julgado, ordenou que se certificasse e tornassem os autos, a fim de ser deliberado o que de direito, inclusive, quanto à prisão preventiva do acusado (fls. 655).

Boletim Criminal Comentado 128- Março-

2021 -

O Ilustre Representante Ministerial destacou que cabe à MM. Juíza apenas remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, consoante dispõe o art. 384, § 1º, do CPP. Pontuou que inexistiu recurso a ser manejado no momento e, de igual forma, não há que se falar em trânsito em julgado da r. decisão de fls. 626/630, pois consistiria em verdadeiro *error in procedendo*, suscetível de correção parcial, diante de patente desrespeito ao que dispõe o Código de Processo Penal. Diante disso, manifestou-se no sentido de aguardar que a Digníssima Magistrada desse efetivo cumprimento ao que determina a lei, encaminhando os autos ao órgão superior do Ministério Público (fls. 656).

A MM. Juíza, de sua parte, determinou que se aguardasse o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a incompetência do Juízo para o julgamento do feito, o que tornou inviável a desclassificação direta do delito imputado ao réu e prolação da respectiva sentença. Após, que tornassem conclusos para a deliberação necessária, nos termos da legislação processual penal, e análise da custódia do acusado, por tumulto causado pela acusação (fls. 657).

Acostou-se carta de próprio punho do réu a fls. 658/662. O Ministério Público disse que nada tinha a analisar, tendo em vista que o acusado não tem capacidade postulatória, mas requereu que fosse dada ciência ao defensor (fls. 674), o que foi determinado a fls. 677/678.

Certificou-se que o trânsito em julgado da decisão de fls. 626/630 ocorreu em 23/11/2020 (fls. 676).

A MM. Juíza, então, conforme determinação legal, passou a efetuar a revisão da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado e não vislumbrou a necessidade de manutenção da custódia cautelar. Assim, concedeu ao acusado o benefício da liberdade provisória, cumulada com medidas cautelares, e determinou a expedição de alvará de soltura clausulado.

Na mesma oportunidade, determinou a expedição de ofício a esta Chefia Institucional, para a nomeação de Promotor de Justiça para atuar no presente caso, especificamente, tendo em vista que a decisão de aditamento da denúncia transitou em julgado e o processo encontra-se

Boletim Criminal Comentado 128- Março- 2021 -

paralisado, considerando o inconformismo apresentado nos autos, mas sem interposição de recurso ou adesão à determinação judicial que se tornou definitiva (fls. 677/678).

O Douto Promotor de Justiça interpôs recurso em sentido estrito em face da decisão de fls. 677/678. Pugnou que: (i) sejam anulados todos os atos subsequentes à manifestação ministerial de fls. 648/654, com o imediato encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, consoante dispõe o art. 384, § 1º, do CPP; (ii) seja reconhecido que os atos praticados pela MM. Juíza demonstram prejulgamento do caso, maculando o direito assegurado pela Constituição Federal de um juiz imparcial e isento, encaminhando-se os autos à presidência do substituto legal; e (iii) seja revogada a decisão que concedeu a liberdade provisória ao acusado, expedindo-se mandado de prisão (fls. 688/697). Acostou, ainda, documentos (fls. 698/722 e 723/733), dentre eles correição parcial, com pedido liminar, interposta contra a r. decisão da MM. Juíza que negou vigência ao art. 384, § 1º, do CPP.

A Douta Juíza recebeu o recurso em sentido estrito e determinou a abertura de vista ao recorrido, para contrarrazões, com posterior conclusão nos termos do art. 589 do CPP (fls. 734).

O alvará de soltura foi cumprido a fls. 735/740.

Foi expedido o ofício de fls. 743/744, solicitando ao Procurador-Geral de Justiça a nomeação de outro Promotor de Justiça para atuar especificamente no caso dos autos.

Vieram os autos a esta Chefia Institucional (fls. 745).

É o relatório do necessário.

Conforme já frisado, a MM. Juíza encaminhou ofício a esta Procuradoria-Geral da Justiça solicitando a nomeação de outro Promotor de Justiça para atuar no feito, em razão da decisão que reconheceu a necessidade de aditamento da denúncia ter transitado em julgado e o feito estar paralisado.

A toda evidência, a solicitação judicial não encontra amparo legal, constituindo-se, com a devida vênia, em clara afronta ao sistema processual penal e ao princípio do Promotor Natural.

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março- 2021 -

Isto porque a r. decisão de fls. 626/630, após concluir que o “dolo da subtração não restou evidenciado, devendo operar a dúvida a favor do réu. Não há prova suficiente para concluir que a morte da vítima foi produzida com a exclusiva finalidade de subtrair bens, pois nada foi localizado com o réu, que dispensou o aparelho celular e teria utilizado o automóvel, a princípio, para fuga”, houve por bem reconhecer como **“necessária a aplicação do artigo 384 do CPP, a fim de aditamento da denúncia e adequação nos termos de reconhecimento de crime doloso contra a vida, cujos atos instrutórios serão aproveitados, podendo haver novos requerimentos das partes e nos termos do mencionado artigo.”**

Remetidos os autos, o Douto Promotor de Justiça, em judiciosa manifestação (fls. 648/654), após fazer percuciente análise dos elementos informativos constantes dos autos, recusou-se a proceder ao aditamento da vestibular acusatória, por entender que o caso retrata hipótese de crime contra o patrimônio, e não crime doloso contra a vida.

No entanto, a MM. Juíza, ao invés de cumprir o disposto no §1º do art. 384 do CPP, que, com indubitável clareza, preconiza que: **“Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código”**, relevou o preceito legal e determinou a remessa dos autos ao *Parquet*, a fim de manejar o recurso adequado (fls. 655).

Conforme bem apontado pelo Douto Promotor de Justiça, não havia mesmo recurso a ser manejado, muito menos trânsito em julgado da decisão interlocutória, que nada mais reconheceu do que a necessidade de aplicação do disposto no art. 384 do Código de Processo Penal.

Com a máxima vênia, não pode o Douto Juízo de origem pretender aplicar apenas parcialmente as disposições legais que tratam da *mutatio libelii*, como se vê na hipótese vertente.

Ao ser recusado o aditamento à denúncia, a solução legal à espécie é o encaminhamento dos autos à Chefia do Ministério Público para deliberação, constituindo *error in procedendo* deliberar de forma diversa daquela preconizada em lei.

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março- 2021 -

Lado outro, a determinação exarada a fls. 677/678, consistente em expedição de ofício a esta Chefia Institucional solicitando a nomeação de outro Promotor de Justiça a fim de atuar no presente caso”, colide com dispositivos legais e princípios institucionais.

Nos dizeres de PEDRO LENZA:

“Além de ser julgado por órgão independente e pré-constituído, o acusado também tem o direito e a garantia constitucional de somente ser processado por um órgão independente do Estado, vedando-se, por consequência, a designação arbitrária, inclusive, de promotores *ad hoc* ou por encomenda (art. 5º, LIII, e art. 129, I c/c o art. 129, §2º)” (Direito Constitucional Esquemático, Saraiva, pág. 987).

Trata-se, claramente, do princípio do Promotor Natural, reconhecido pela Suprema Corte no *leading case* do julgamento do HC 67.759, em que o Ministro Celso de Mello estabeleceu que:

“o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador- Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável” (STF, HC 67.759, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 06.08.92, Plenário).

Na mesma senda, comentando o princípio do Promotor Natural, o professor HUGO NIGRO MAZZILLI leciona que:

“Esses promotores de encomenda, longe de serem prévia e abstratamente escolhidos pela lei, são de livre escolha do procurador-geral de Justiça, que os designa e afasta *ad nutum*. Ora, num estado de Direito, o desejável é que a lei disponha previamente sobre qual órgão do Ministério Público deve officiar num caso, para impedir escolhas casuísticas, quer por favoritismo, quer por perseguição. Ademais, a verdadeira inamovibilidade dos membros do Ministério Público não teria o menor sentido se dissesse respeito apenas à impossibilidade de se remover o promotor do cargo: é mister agregar-lhe as respectivas funções. Esse é o fundamento maior da garantia constitucional. (...)

Em suma, as designações só podem ocorrer quando haja prévia hipótese legal, como, por exemplo: a) na recusa de arquivamento do inquérito policial ou do inquérito civil; b) nos casos de atribuição originária do procurador-geral, em que resolva efetuar delegação, porque, sempre que originariamente lhe caiba agir, naturalmente poderá avocar a prática do ato ou designar quem aja por ele; c) nos casos de impedimento, suspeição e conflito de atribuições, recaindo a designação sobre o substituto automático; d) nas hipóteses excepcionais de afastamento compulsório; e) quando de designações quaisquer, em que os agentes envolvidos voluntariamente se disponham a aceitar a designação, pois aqui neste último caso não estaria havendo nenhuma remoção compulsória, evidentemente. (...)

Não se admite que se faça pura e simples designação compulsória de um promotor de Justiça para uma Promotoria ou para as funções de outro promotor, que seria afastado coativamente de suas atribuições legais, sem formalidade alguma. Embora a inamovibilidade diga respeito ao cargo, sua finalidade é proteger a função: de que adiantaria, como garantia funcional (isto é, de ofício), não poder o procurador-geral remover o membro do Ministério Público de seu cargo, se pudesse retirar-lhe todas as respectivas funções ?!” (Regime Jurídico do Ministério Público, Saraiva, 5ª edição, pág. 167/168).

Não por acaso, a Lei n. 8.625/93 prescreve:

Boletim Criminal **Comentado** 128- Março-
2021 -

“Art. 24. O Procurador-Geral de Justiça poderá, com a concordância do Promotor de Justiça titular, designar outro Promotor para funcionar em feito determinado, de atribuição daquele”.

Nesse cenário, irrefutável a conclusão de que, no caso vertente, a providência adotada pelo MM. Juíza da 1ª Vara Judicial de Pedreira, ao endereçar ofício a esta Chefia Institucional solicitando a nomeação de outro Promotor de Justiça para atuar nos autos da ação penal n. 1500120-61.2019.8.26.0435, a um só tempo, descumpriu os postulados do sistema processual penal (§1º do art. 384 CPP), afrontou os princípios constitucionais do Promotor Natural e, via reflexa, da inamovibilidade do membro do Ministério Público.

Tendo em vista que o *error in procedendo* do Douto Juízo de origem já foi atacado pelo Insigne Promotor de Justiça oficiante mediante correição parcial (fls. 723/733), descabe a esta Procuradoria-Geral de Justiça a adoção de qualquer providência nos autos.

Protocolize-se a presente decisão nos autos n. 1500120-61.2019.8.26.0435, da E. 1ª Vara Judicial da Comarca de Pedreira, para conhecimento da MM. Juíza de Direito e do Insigne Representante Ministerial.

São Paulo, 01 de fevereiro de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº129, 3/2021
(semana nº 3)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março-

2021 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Modelo de Apelação- tráfico de drogas- causa de diminuição de pena- art 41 da Lei de drogas- não cabimento

Dispõe o art. 41 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas):

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Percebe-se, da simples leitura do dispositivo, que o reconhecimento da causa de diminuição de pena nele previsto pressupõe que o indiciado/acusado, por sua colaboração voluntária com a investigação policial e/ou processo criminal, conduza:

(i) à identificação dos demais coautores ou partícipes do crime; e,

(ii) à recuperação, total ou parcial, do produto do crime.

São cumulativos. Logo, faltando um deles, inviável a aplicação da minorante.

Compartilhamos, nesse estudo, o recurso interposto pelo colega **Flávio Turessi**, no qual explora bem a tese acima.

Clique [aqui](#)

2- Tema: ANPP em crimes tributários

É sabido que uma das condições legais para o ANPP é a reparação do dano (art. 28-A, I, CPP).

No caso dos crimes tributários, questiona-se o alcance dessa condição, discussão que já existe em sede de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95).

É que a quitação do imposto tem como consequência a própria extinção da punibilidade. Diante desse cenário, o TJ-SP verificou um “impedimento incoerente ao benefício do artigo 89 da Lei 9.099/95”, concluindo que, “afinal, a lógica evidencia que uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo” (Habeas Corpus 2102385-65.2018.8.26.0000, j. 28/6/18).

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

Entendemos legítimo condicionar o ajuste ao ressarcimento do valor principal, mas sem os assessórios. A reparação global implica, por si só, na extinção da punibilidade, independentemente do ANPP, podendo prejudicar, conseqüentemente, qualquer outra condição presente no termo.

Já a reparação do valor principal, diferentemente, não impede a persecução penal (que tem no ANPP uma das formas de o Estado agir), podendo a Fazenda Pública, quanto aos assessórios, analisando a conveniência e oportunidade da sua cobrança, ajuizar a competente execução fiscal.

Aliás, recomendamos que o promotor de Justiça faça constar do acordo uma cláusula ressaltando que o ajuste não impede ou inibe outros legitimados a cobrarem valores não abrangidos pela reparação do dano acordada.

Compartilhamos, nesse estudo, modelo de ANPP encaminhado pelo colega Luiz Henrique Dal Poz.

Clique [aqui](#).

3- Tema: Agravo em execução penal. Decisão que, diante da pandemia da COVID-19, deferiu em favor do agravado 60 horas fictas de prestação de serviços à comunidade, por analogia ao art. 126, § 4º, da LEP. Impossibilidade

Modelo de Agravo de Execução Penal - Clique [aqui](#)

TJSP- Agravo de Execução Penal nº 0017495-69.2020.8.26.0224

Agravo em execução penal. Decisão que, diante da pandemia da COVID-19, deferiu em favor do agravado 60 horas fictas de prestação de serviços à comunidade, por analogia ao art. 126, § 4º, da LEP. Impossibilidade. Ao reconhecer horas fictas de prestação de serviços à comunidade, a r. decisão acaba por favorecer o sentenciado, indevidamente, com uma hipótese de perdão não prevista no ordenamento vigente. O momentâneo impedimento provocado pela pandemia ao cumprimento de penas restritivas de direitos, por parte do condenado, impede a sua conversão em pena privativa de liberdade, desencadeando como consequência a sua suspensão temporária até cessarem os motivos que a ensejaram. Violação à isonomia. Benefício afastado. Provimento do agravo ministerial.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Sexta Turma reafirma invalidade de prova obtida pelo espelhamento de conversas via WhatsApp Web

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Por unanimidade, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou entendimento já firmado pelo colegiado para declarar que não podem ser usadas como provas as mensagens obtidas por meio do *print screen* da tela da ferramenta WhatsApp Web.

No caso julgado, o recorrente e dois corréus foram denunciados por corrupção. Segundo os autos, telas salvas com diálogos obtidos a partir do WhatsApp Web teriam sido entregues por um denunciante anônimo aos investigadores.

No recurso, a defesa alegou constrangimento ilegal sob o argumento de que os *prints* das telas de conversas, juntados à denúncia anônima, não têm autenticidade por não apresentarem a cadeia de custódia da prova.

O relator, ministro Nefi Cordeiro, afirmou que não se verificou ilegalidade no inquérito policial, pois, após a notícia anônima do crime, foi adotado um procedimento preliminar para apurar indícios de conduta delitiva, antes de serem tomadas medidas mais drásticas, como a quebra do sigilo telefônico dos acusados.

Sem vestígios

O magistrado esclareceu que as delações anônimas não foram os únicos elementos utilizados para a instauração do procedimento investigatório, como demonstra o acórdão proferido no [RHC 79.848](#).

Ele apontou ainda que o tribunal estadual não entendeu ter havido quebra da cadeia de custódia, pois nenhum elemento probatório demonstrou adulteração das conversas espelhadas pelo WhatsApp Web ou alteração na ordem cronológica dos diálogos.

No entanto, destacou o relator, a Sexta Turma tem precedente que considera inválida a prova obtida pelo espelhamento de conversas via WhatsApp Web, porque a ferramenta permite o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas ou recentes, tenham elas sido enviadas pelo usuário ou recebidas de algum contato, sendo que eventual exclusão não deixa vestígio no aplicativo ou no computador ([RHC 99.735](#)).

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

"As mensagens obtidas por meio do *print screen* da tela da ferramenta WhatsApp Web devem ser consideradas provas ilícitas e, portanto, desentranhadas dos autos", afirmou.

Ao dar parcial provimento ao recurso, apenas para declarar nulas as mensagens obtidas por meio do *print screen* da tela do WhatsApp Web, o ministro determinou o desentranhamento dessas mensagens dos autos, mantendo as demais provas produzidas após as diligências prévias que a polícia realizou em razão da notícia anônima.

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

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A Constituição Federal é expressa e inequívoca ao dispor que 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 das organizações.

Nessa esteira, o STJ firmou a tese de que viola direitos e garantias fundamentais o exame pericial realizado em aparelhos de telefone celular diretamente após a apreensão pela polícia, sem a prévia autorização judicial (REsp 1.727.266/SC, j. 05/06/2018)

Disso decorre que a apreensão de um aparelho de telefone celular pode dar ensejo ao exame e à obtenção de dados e mensagens armazenadas se a autoridade policial providenciar a devida autorização judicial.

Ocorre que as diversas formas de comunicação que a tecnologia tem proporcionado podem levar a situações inusitadas, que escapam ao sistema legal de produção de provas. Uma dessas situações, envolvendo o próprio WhatsApp, foi recentemente apreciada pelo STJ, que concluiu pela ilicitude da prova colhida.

No caso, a polícia investigava o crime de tráfico de drogas e, durante diligências, efetuou a apreensão de um aparelho de telefone celular. A autoridade policial logo pediu autorização judicial para que os investigadores pudessem acompanhar a troca de mensagens no WhatsApp por meio do sistema "Web", que permite a operação do aplicativo em um computador comum. A autorização foi concedida e o aparelho celular foi devolvido ao investigado, que, sem ter conhecimento do que ocorria, passou a ser monitorado e, em virtude das informações colhidas, teve a prisão preventiva decretada.

Julgando recurso em habeas corpus, o STJ considerou a prova ilícita por falta de previsão legal.

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

Segundo a ministra Laurita Vaz – relatora do recurso –, a medida decretada tem natureza híbrida, um misto entre interceptação telefônica e quebra de sigilo de dados. Mas, considerando as características próprias do sistema interceptado e as consequências advindas da hibridez, a inexistência de disciplina legal impede que se admita este meio de prova.

Segundo o tribunal, não seria possível equiparar integralmente a medida à interceptação telefônica porque o acesso ao aplicativo permite não somente a obtenção irrestrita de toda a comunicação anterior como também possibilita que o agente público interfira na comunicação entre os usuários – inclusive excluindo mensagens –, o que não é possível no monitoramento de conversas telefônicas, que são apenas ouvidas e gravadas. Esta possibilidade de interferência e de manipulação dificulta – quando não impossibilita – que o investigado exerça o contraditório sobre a prova colhida e demonstre, por exemplo, que não se trata de algo integral e que determinados trechos da comunicação foram retirados do contexto. Por isso, concluiu-se:

“Cumprasse assinalar, portanto, que o caso dos autos difere da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por e-mail, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo WhatsApp, com o propósito de periciar seu conteúdo”.

Boletim Criminal Comentado 129- Março- 2021 -

DIREITO PENAL:

1- Tema: Queixa-crime. Calúnia contra pessoa morta. Retratação cabal antes da sentença. Ato unilateral. Extinção da punibilidade. Artigos 143 e 107, VI, do Código Penal.

INFORMATIVO 687 STJ

A retratação da calúnia, feita antes da sentença, acarreta a extinção da punibilidade do agente independente de aceitação do ofendido.

Informações do Inteiro Teor:

Consoante as diretrizes do Código Penal: "Art. 143. O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena. Parágrafo único. Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa".

A retratação, admitida nos crimes de calúnia e difamação, não é ato bilateral, ou seja, não pressupõe aceitação da parte ofendida para surtir seus efeitos na seara penal, porque a lei não exige isso. O Código, quando quis condicionar o ato extintivo da punibilidade à aceitação da outra parte, o fez de forma expressa, como no caso do perdão ofertado pelo querelante depois de instaurada a ação privada.

Como é sabido, não há como se fazer analogia *in malam partem*, contra o réu, para lhe impor condição para causa extintiva da punibilidade que a Lei Penal não exigiu.

Na verdade, basta que a retratação seja cabal. Vale dizer: deve ser clara, completa, definitiva e irrestrita, sem remanescer nenhuma dúvida ou ambiguidade quanto ao seu alcance, que é justamente o de desdizer as palavras ofensivas à honra, retratando-se o ofensor do malfeito.

Ademais, em se tratando de ofensa irrogada por meios de comunicação - como no caso, que foi por postagem em rede social na *internet* -, o parágrafo único do art. 143 do Código Penal dispõe que "*a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa*".

A norma penal, ao abrir ao ofendido a possibilidade de exigir que a retratação seja feita pelo mesmo meio em que se praticou a ofensa, não transmudou a natureza do ato, que é essencialmente unilateral. Apenas permitiu que o ofendido exerça uma faculdade.

Portanto, se o ofensor, desde logo, mesmo sem consultar o ofendido, já se utiliza do mesmo veículo de comunicação para apresentar a retratação, não se afigura razoável desmerecê-la, porque o ato já atingiu sua finalidade legal.

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

Processo- APn 912/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, por unanimidade, julgado em 03/03/2021.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Dispõe o art. 143 do CP que o querelado (ofensor) pode, antes da sentença, retratar-se da calúnia ou difamação, ficando isento de pena.

Retratar-se, no entanto, não significa apenas negar ou confessar a prática da ofensa. É muito mais. É escusar-se, retirando do mundo o que afirmou, demonstrando sincero arrependimento.

É essa uma causa de extinção da punibilidade, tornando o ofensor imune à pena (nada obsta a ação cível).

A retratação, em regra, como bem destacou o julgado em comento, dispensa a concordância do ofendido (ato unilateral).

Contudo, o art. 143 do CP foi alterado pela Lei 13.188/15, nele acrescentando parágrafo único, anunciando que, nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.

Nessa hipótese, portanto, entendemos que o ofendido deva ser ouvido para manifestar se deseja (ou não) que a retratação se dê pelos mesmos meios em que foi praticado o crime.

2-Tema: Mantida regra que permite remuneração de presos em 3/4 do salário mínimo

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

Para a maioria do STF, o trabalho do preso apresenta peculiaridades, e a remuneração diferenciada não viola os princípios da dignidade humana e da isonomia.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou recepcionado pela Constituição Federal de 1988 dispositivo da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984 - LEP) que fixa o valor de 3/4 do salário mínimo como remuneração mínima para o trabalho do preso. Na sessão virtual encerrada em 26/2, a maioria dos ministros julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 336, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR).

Na ação, a PGR sustentava que o pagamento pelo trabalho realizado por preso em valor inferior ao salário mínimo violaria os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana,

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

além da garantia, a todos os trabalhadores urbanos e rurais, do direito ao salário mínimo (artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal).

Situação peculiar

Prevaleceu, no julgamento, o voto do relator, ministro Luiz Fux, presidente do STF, que destacou diversas razões que conferem legitimidade à política pública estabelecida pela lei. Segundo ele, o trabalho do preso tem natureza e regime jurídico distintos da relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Além disso, as peculiaridades da situação do preso constituem prováveis barreiras à sua inserção no mercado de trabalho.

Estímulo à contratação

Para o relator, é razoável que o legislador reduza o valor mínimo de remuneração pela sua mão-de-obra, com o intuito de promover as chances da sua contratação. Essa medida, a seu ver, estimula empregadores a escolher detentos em detrimento de indivíduos não inseridos no sistema penitenciário e “deixa incólume a dignidade humana do preso contratado”.

Finalidades educativa e produtiva

Fux observou que, nos termos da LEP, o trabalho do condenado constitui um dever, que é obrigatório na medida de suas aptidões e capacidades. Também salientou suas finalidades educativa e produtiva, “em contraste com a liberdade para trabalhar e prover o seu sustento garantida aos que não cumprem pena prisional”.

Ressarcimento ao Estado

Ainda segundo o presidente do STF, o salário mínimo, nos termos do artigo 7º, inciso IV, da Constituição, visa satisfazer as necessidades vitais básicas do trabalhador e as de sua família com moradia, alimentação, educação e saúde, entre outras. No caso do preso, porém, conforme previsão da LEP, boa parte dessas necessidades já são atendidas pelo Estado.

Garantia não uniforme

Por fim, o ministro Luiz Fux observou que o STF já definiu que a Constituição não estendeu a garantia de salário mínimo de maneira uniforme a toda e qualquer mão-de-obra. Ele citou o julgamento do RE 570177, no qual o Plenário, por unanimidade, assentou que não há lesão aos princípios da dignidade humana e da isonomia na fixação de soldo para o serviço militar obrigatório inferior ao salário mínimo. Esse entendimento foi reproduzido na Súmula Vinculante 6.

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março-

2021 -

O voto do presidente do STF pela improcedência da ação foi acompanhado pelos ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Nunes Marques e Luís Roberto Barroso.

Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes e as ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber. Primeiro a divergir, Fachin ressaltou que o sentido da proteção constitucional ao salário mínimo foi estabelecer a retribuição mínima para todo e qualquer trabalhador.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O trabalho do preso deve ser remunerado adequadamente, imperativo reconhecido pelas Regras Mínimas da ONU (atualizadas pelas Regras de Mandela, preceito 103.1).

No mesmo sentido, o artigo 39 do CP estabelece que o trabalho do preso será sempre remunerado e que terá garantidos os benefícios da previdência social.

Apesar de o art. 29 da LEP anunciar que a remuneração não pode ser inferior a 3/4 do salário mínimo, o PGR, na ADPF 338, sustentou que o estabelecimento de contrapartida monetária pelo trabalho realizado por preso em valor inferior ao salário mínimo viola os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, além do disposto no artigo 7º, inciso IV, que garante a todos os trabalhadores urbanos e rurais o direito ao salário mínimo. A tese não seduziu o STF, como se percebe do julgado em comento.

Importante destacar que a realidade não consegue cumprir nem mesmo com valor anunciado no art. 29.

A maioria dos presídios brasileiros não tem acesso a atividades laborais e, tampouco, recebem remuneração. Segundo dados coletados no INFOPEN 2019, dos custodiados que trabalham, 44,6% não recebe qualquer remuneração, 25,4% recebe remuneração inferior a 3/4 do salário-mínimo e apenas 29,8% recebe o quanto estipulado neste artigo (ao menos 3/4 do salário-mínimo). No caso das mulheres custodiadas, o quadro é ligeiramente melhor: somente 19,8% não recebe remuneração pelas atividades laborais realizadas na unidade prisional.

O mais importante, no momento, antes mesmo de se pensar em majorar o valor da remuneração, é assegurar que a Administração Penitenciária, garanta o cumprimento do mínimo estampado em lei há mais de três décadas.

Boletim Criminal Comentado 129- Março- 2021 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Acordo de não persecução penal proposto em audiência – não aceitação da defesa quanto à condição de reparação do dano – inconformismo quanto à recusa em razão de prévia suspensão condicional do processo – prosseguimento da ação penal

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28-A, §14

Autos nº 00026xx-6x.2019.8.26.0050 – MM. Juízo da 18ª Vara Criminal da Capital

Réus: A.S.R., D.R.P. e É.V.S.C.

Assunto: acordo de não persecução penal proposto em audiência – não aceitação da defesa quanto à condição de reparação do dano – inconformismo quanto à recusa em razão de prévia suspensão condicional do processo – prosseguimento da ação penal

A.S.R. e D.R.P. foram denunciados como incurso no artigo 171, *caput*, do Código Penal, por 160 vezes, em continuidade; e É.V.S.C. foi dada como incurso no artigo 171, *caput*, do Código Penal, por 3 vezes, também na forma continuada (fls. 1/5).

Consta da inicial que A. e D. obtiveram vantagem indevida no valor de R\$ 147.877,94 em detrimento da empresa “M. Shop Comercial Ltda.”, enquanto É. obteve vantagem de R\$ 1.133,00 em desfavor do mesmo estabelecimento. Verte dos autos que A. trabalhava no serviço de atendimento ao consumidor da empresa, setor em que também trabalhava a acusada É.. A. registrava falsas reclamações contra a empresa e conseguia que a “M. Shop” lhe entregasse novos produtos, que recebia em casa – com o concurso do marido, o réu D. – ou em outros endereços que indicava. D. era responsável pela adulteração de planilhas a partir de informações privilegiadas recebidas de A., alterando documentos para que a esposa reportasse à empresa balanços positivos do setor pelo qual era responsável. É. também desviou bens da empresa, adulterando notas fiscais de uma cliente e solicitando fraudulentamente a substituição de mercadorias, que lhe foram entregues.

Boletim Criminal Comentado 129- Março- 2021 -

A denúncia foi recebida (fls. 284), instaurando-se o devido processo legal.

As folhas de antecedentes e certidões relativas aos réus foram juntadas aos autos (fls. 301/305).

Em manifestação de fls. 283, o Ministério Público deixou de oferecer a suspensão condicional do processo aos acusados, silenciando sobre a viabilidade do acordo de não persecução penal.

Apresentando as respectivas respostas à acusação, os réus A. (fls. 316/341) e D. (fls. 343/373) postularam a manifestação do Ministério Público sobre o cabimento do acordo de não persecução. O oferecimento de proposta foi recusado: para A., por falta de confissão da prática do crime; para D., em razão de prévia concessão da suspensão condicional de processo (fls. 380/383). A Defesa dos réus requereu o pronunciamento da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 385/388), pleito indeferido pelo Juízo (fls. 389). Contra a decisão, a Defesa dos réus manejou embargos de declaração, nos quais sustentou, em síntese, que: (i) a confissão a ser exigida da ré A. deveria ter sido tomada perante o Ministério Público; e (ii) a suspensão condicional pela qual beneficiado o réu D. não pode impedir o acordo de não persecução, por ter sido anterior à lei que o instituiu (fls. 424/436). A decisão foi mantida pelo MM. Juízo de primeiro grau (fls. 439/442).

A acusada É. também postulou o pronunciamento do Ministério Público sobre o cabimento do acordo de não persecução penal (fls. 405/406). O Ministério Público instou a Defesa a manifestar interesse na confissão prévia da agente (fls. 409), que, então, requereu a designação de audiência para a apresentação da proposta de acordo (fls. 414). O MM. Juízo não se pronunciou sobre o pedido (fls. 415/416).

A Defesa de A. e D. impetrou *habeas corpus* perante o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 484/520), requerendo, em síntese: (i) a rejeição da denúncia, por falta dos pressupostos processuais; (ii) a declaração de insubsistência dos argumentos do Ministério Público para a recusa ao acordo de não persecução. Aquela Colenda Corte, em acórdão de fls. 522/541, deu provimento

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

liminar parcial à ordem para, suspendendo a audiência de instrução designada, permitir aos réus novos requerimentos de celebração do acordo de não persecução.

Em audiência realizada no dia 22 de fevereiro de 2021, o Ministério Público se recusou a propor acordo de não persecução ao réu D., considerando a existência de prévia suspensão condicional de outro processo; e, em relação a A., ofereceu proposta com as condições de reparação integral do dano (R\$ 147.877,94) e prestação pecuniária no valor de R\$ 2.000,00. A acusada A. manifestou desacordo com a proposta, sustentando a impossibilidade de reparação do dano. É. não compareceu e postulou nova audiência (fls. 547 e 554). D. e A. requereram a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça sobre as propostas de acordo de não persecução penal (fls. 555/590).

Este o relatório.

É preciso sublinhar, de início, na esteira do Enunciado nº 21, PGJ – CGMP – Lei nº 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).

Não poderia ser diferente, haja vista sua natureza jurídica similar à transação penal e à suspensão condicional do processo.

Quanto a essas, inclusive, sedimentou-se de há muito na jurisprudência o entendimento de que, uma vez negada a elaboração da proposta, cumpre aplicar o artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal, a fim de que o órgão ministerial de revisão possa dar a palavra final.

De acordo com o art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 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,*

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

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:

- 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 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**;
- d) que a celebração do acordo atenda ao que seja **necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime**.

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

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**:

- (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, §6º).

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).

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

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:

- (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.

1. Em relação à acusada É., nada há a ser deliberado por ora. Afinal, pende ainda decisão sobre o pedido de redesignação de audiência, na qual –se deferido o pleito – o Ministério Público deverá se pronunciar a respeito do cabimento do acordo de não persecução penal.

2. Com a devida vênia da Ilustrada Defesa, os pedidos dos réus D. e A. não podem ser acolhidos.

3. D. não faz jus à medida despenalizadora que pleiteia.

Embora o crime em apreço tenha pena mínima cominada inferior a quatro anos e não tenha sido praticado mediante emprego de violência ou grave ameaça, o acordo se revela inviável no caso concreto: as certidões juntadas aos autos, em especial a de fls. 301, revelam que o acusado D. foi anteriormente processado por receptação, nos autos nº 0006503-28.2016.8.26.0050. Depois de recebida a denúncia, o que ocorreu em 24 de janeiro de 2017, foi beneficiado com a suspensão condicional do processo, homologada em 3 de março de 2017, tendo a punibilidade extinta em 7 de setembro de 2019. E, ainda que tal circunstância não configure reincidência ou maus antecedentes, constitui óbice à celebração do acordo, conforme **art. 28-A, §2º, inciso III, do CPP**.

Boletim Criminal Comentado 129- Março- 2021 -

Argui a Defesa a irretroatividade da Lei nº 13.964/2019, neste ponto, porque constituiria modificação *in pejus*, ao estabelecer condição antes inexistente. Mas a tese, com renovada vênua, não pode ser admitida.

Primeiro, porque a afirmação constitui verdadeira armadilha dialética. É que o princípio da legalidade, do qual decorre a irretroatividade, tem um alcance amplo, “já que deve proteger o indivíduo contra sanções que não foram previsíveis antes da prática do fato” (CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, I*, Madrid, Civitas, 1999, p. 164). Por isso mesmo, a proibição de retroatividade é “uma garantia do cidadão, vinculada à segurança jurídica, de incalculável transcendência ‘política’, pois se não fosse proibida a aplicação retroativa das leis (*ex post facto*), aquele poderia ser surpreendido *a posteriori* com uma norma legal que, aplicada a fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, burlaria o *nullum crimen* e tornaria inúteis os direitos e liberdades individuais” (ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal – Introducción*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, p. 343).

Sendo assim, não se pode confundir a criação de um âmbito de **discricionariedade regrada**, rigorosamente admissível em nosso Direito Processual, com uma alteração *in pejus* de pressupostos processuais ou condições da ação. Neste caso, o réu não poderia, de fato, ser alcançado; naquele, trata-se de regular um círculo ou âmbito objetivo dentro do qual sejam eficazes os juízos de oportunidade, como, por exemplo, exigir “que o prejudicado pelo delito seja satisfatoriamente indenizado pelos danos e prejuízos que a conduta delitiva lhe tenha causado, ou que os responsáveis pelo delito não sejam reincidentes” (ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, CEURA, 1997, pp. 21-22). Em outras palavras, estabelecer requisitos para a concessão do acordo de não persecução não é, neste sentido, mais do que um adequado sistema de contrapeso ao poder de disposição da ação penal, incapaz de abalar, pela retroação, o princípio da legalidade.

Por outro lado, a solução preconizada pelo acusado permitiria a aplicação fracionada da reforma processual de 2019, conferindo eficácia ao *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal e negando-a ao § 2º, inciso III, do mesmo dispositivo.

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

Mas a Suprema Corte, analisando a possibilidade de cindir a aplicação de novas leis de caráter híbrido, isto é, com aspectos processuais e materiais, negou essa possibilidade. A conclusão foi exarada por ocasião da alteração do art. 366 do CPP, que instituiu a suspensão do processo e da prescrição da pretensão punitiva, quando o acusado, citado por edital, deixa de comparecer em juízo e não constitui defensor (cf., entre outros, HC n.º 74.695, rel. ex-Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 11 de março de 1997; e, mais recentemente, RHC n.º 105.730, rel. ex-Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 22 de abril de 2014). No mesmo sentido, o STJ aprovou a Súmula 501: “É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, **sendo vedada a combinação de leis**”.

Em síntese: não cabe objeção à recusa do acordo de não persecução penal ao acusado DIEGO, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

4. Por sua vez, A. também não faz jus ao benefício.

Comentando o art. 28-A, inciso I, do CPP, acrescentado pela Lei n. 13.964/19, os professores ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO lecionam:

“Na linha de outros instrumentos despenalizadores, **o ANPP prestigia a vítima, colocando a reparação do dano ou restituição do objeto do crime como condição para o ajuste**. Certamente, haverá discussão quanto à possibilidade de o ajuste abranger (ou não) o dano moral. Para uma corrente, o dano moral, por guardar íntima relação com a dor e o sofrimento experimentado pela vítima, não encontraria, no processo penal, o *locus* adequado para debate. Para outros, com os quais concordamos, embora reconhecendo a dificuldade em se estabelecer o *quantum*, não afastam, de plano, essa possibilidade, dependendo sempre da cuidadosa análise do caso concreto, em especial, da gravidade do ilícito, da intensidade do sofrimento, da condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa, etc., bem como a utilização dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares. Na seara da justiça consensual, tais dificuldades ficam quase que superadas, pois o valor a título de dano moral será discutido com a efetiva participação do ofensor.” (*Código de Processo Penal e Lei de*

Boletim Criminal **Comentado** 129- Março- 2021 -

Execução Penal Comentados, São Paulo, Juspodivm, 4ª edição, p. 185).

Neste caso, a acusada não concordou com a reparação do dano causado pelo delito, **não sugeriu o pagamento de valor diverso, não propôs o parcelamento do débito e não considerou a restituição dos bens amealhados, em tese, ilicitamente**. Em suma, não fez uso da faculdade, que a Lei lhe conferia, de **transacionar** com o Ministério Público.

Condição basilar para a celebração do acordo de não persecução penal em crimes patrimoniais é a reparação do dano à vítima. E o Ministério Público não deve abrir mão dessa condição, nem substituí-la por outra, que, a toda evidência, não atenderia ao que é necessário e suficiente para prevenção e reprovação do ilícito cometido.

Diante do exposto, com fundamento no art. 28-A do Código de Processo Penal e nos arts. 1º e 4º, inciso I, ambos da Resolução nº 1.187/2020 – PGJ-CGMP, insiste-se na recusa de oferta do acordo em relação aos réus A.S.R. e D.R.P., restituindo-se os autos ao juízo competente para o prosseguimento da ação penal.

São Paulo, 9 de março de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº130, 3/2021
(semana nº 4)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Descumprimento de ANPP - Rescisão pelo Juízo da Execução

Para extinguir a punibilidade, o ANPP deve ser fielmente adimplido. Descumpridas quaisquer das condições voluntariamente ajustadas, o Ministério Público comunica o juiz para que decrete sua rescisão, possibilitando ao titular da ação o oferecimento da denúncia.

Em que pese a redação do parágrafo 10 do art. 28-A do CPP, não estamos diante de um simples comunicado, mas de verdadeiro requerimento ministerial para que o juiz julgue rescindida a avença. A decisão judicial, inclusive, tem natureza constitutiva negativa (e não meramente declaratória).

Antes de decidir, obviamente, o compromissário deve ser chamado e ouvido, garantindo-se o contraditório e ampla defesa. Apenas do descumprimento injustificado gera a rescisão.

Se o juiz indeferir o pleito do Ministério Público, parece cabível o agravo em execução, lembrando que, na arquitetura imaginada pelo legislador na construção do art. 28-A CPP, a execução do ANPP se dá na Vara das Execuções Penais.

Essa arquitetura pensada pelo legislador vem recebendo críticas do CAO-CRIM desde o projeto de lei. O ANPP não deveria ser executado na VEC, pois não tem como objeto sanção imposta pelo Estado, mas condições voluntariamente pactuadas pelas partes.

Alertamos, porém, que o ANPP, composto de condições não continuadas, como, por exemplo, acordo com a obrigação única de reparar o dano, sua fiscalização deve ficar a cargo do juiz da homologação, dispensando a remessa do ajuste ao juiz da execução.

Sabemos que algumas unidades da federação (como DF, por exemplo) trabalham com sistemática diversa, deixando para o juiz da homologação todas as decisões dos incidentes surgidos no ANPP. Não é a posição do TJ SP.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao modelo de requerimento de rescisão elaborado pelo promotor de Justiça Manoel Maldonado Gonzaga.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao material elaborado pelo TJSP .

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

2- Tema: Extinção da punibilidade pela declaração de cumprido o ANPP pois os acusados não estão prestando serviços à comunidade por motivo de força maior em razão da pandemia

Neste estudo, partimos de um caso concreto, da capital. O Ministério Público celebrou ANPP com investigado, tendo ajustado como condição a prestação de serviços a comunidade. Por conta da pandemia, a execução da condição ficou suspensa. O juiz do conhecimento, contudo, mesmo reconhecendo suspensão, entendeu que decorreu o prazo sem informação de descumprimento e extinguiu a punibilidade do compromissário (ver decisão na íntegra abaixo).

Com o devido respeito, a decisão contraria a lei e mostra-se contraditória. Como pode o juiz, reconhecendo suspensão a execução (não está sendo cumprida), no mesmo contexto julgar extinta a punibilidade pelo decurso do prazo sem descumprimento?

Sugerimos, em hipóteses tais, tratando-se de decisão do juízo do conhecimento, como no caso citado, a interposição de recurso em sentido estrito (artigo 581, inciso VIII, CPP). De outra parte, se proferida pelo Juízo da Execução, o recurso cabível será o agravo em execução (art. 197 da LEP), e, se o caso, poderão o investigado e seu defensor ser chamados para discutir novação.

A novação no ANPP parece possível. Trata-se operação jurídica típica do Direito das obrigações, criando uma nova obrigação, substituindo e extinguindo a obrigação anterior e originária. A novação pode evitar a rescisão. Por óbvio, sua eficácia dependerá de homologação judicial, nos termos dos §§4º. e ss. do art. 28-A CPP.

Clique [aqui](#) para ler a decisão ora comentada.

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Quinta Turma estabelece critérios para validade de citação por aplicativo em ações penais

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Como ocorre no processo civil, é possível admitir, na esfera penal, a utilização de aplicativo de mensagens – como o WhatsApp – para o ato de citação, desde que sejam adotados todos os cuidados para comprovar a identidade do destinatário. Essa autenticação deve ocorrer por três meios principais: o número do telefone, a confirmação escrita e a foto do citando.

O entendimento foi fixado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, embora reconhecendo a possibilidade de comunicação judicial via WhatsApp, anulou uma citação realizada por meio do aplicativo sem nenhum comprovante de autenticidade da identidade da parte. A decisão foi unânime.

Segundo o relator do habeas corpus, ministro Ribeiro Dantas, a citação do acusado é um dos atos mais importantes do processo, pois é por meio dele que a pessoa toma conhecimento das imputações que o Estado lhe direciona e, assim, passa a poder apresentar seus argumentos contra a versão da acusação. Esse momento, destacou, aperfeiçoa a relação jurídico-processual penal que garante o contraditório e a ampla defesa, por meio do devido processo legal.

"Não se pode prescindir, de maneira alguma, da autêntica, regular e comprovada citação do acusado, sob pena de se infringir a regra mais básica do processo penal, qual seja a da observância ao princípio do contraditório", disse o ministro.

Sem fechar os olhos

Ribeiro Dantas ressaltou que vários obstáculos poderiam ser alegados contra a citação via WhatsApp – por exemplo, a falta de previsão legal, a possível violação de princípios que norteiam o processo penal e até mesmo o fato de que só a União tem competência para legislar sobre matéria processual.

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

Entretanto, o relator declarou que não é possível "fechar os olhos para a realidade", excluindo, de forma peremptória, a possibilidade de utilização do aplicativo para a prática de comunicação processual penal. O ministro enfatizou que não se trata de permitir que os tribunais criem normas processuais, mas de reconhecer que, em tese, a adoção de certos cuidados pode afastar prejuízos e nulidades nas ações penais.

"A tecnologia em questão permite a troca de arquivos de texto e de imagens, o que possibilita ao oficial de Justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade da identidade do destinatário", afirmou.

Situações possíveis

Para exemplificar, Ribeiro Dantas disse que seria possível validar uma situação na qual o oficial de Justiça, após se identificar pelo WhatsApp, pedisse ao acusado o envio da foto de seu documento e de um termo de ciência da citação, assinado de próprio punho – quando o agente público possuísse meios de comparar a assinatura, ou outra forma de se assegurar sobre a identidade do interlocutor.

O ministro ponderou, todavia, que a mera confirmação escrita da identidade pelo usuário do WhatsApp não é suficiente para se considerar o acusado ciente da imputação penal, especialmente quando não houver foto individual no aplicativo.

Além disso, mesmo nos casos em que os riscos forem mitigados pela verificação daqueles três elementos – número do telefone, confirmação escrita e foto –, o relator ressaltou o direito da parte de comprovar eventual nulidade, relacionada, por exemplo, a furto ou roubo do celular.

Sem foto

No caso analisado pelo colegiado, o ministro apontou que há nos autos certidão de citação via WhatsApp, bem como imagem da conversa entre o oficial de Justiça e o acusado. Contudo, o relator enfatizou que o citando não possui foto, que diminuiria os riscos de uma citação inválida, nem há outra prova incontestável de sua identidade.

"Diante da ausência de dado concreto que autorize deduzir tratar-se efetivamente do citando, não se pode aferir com certeza que o indivíduo com quem se travou o diálogo via WhatsApp era o acusado. Destaque-se que a presunção de fé pública não se revela suficiente para o ato", concluiu o ministro, considerando "imperiosa" a decretação de nulidade da citação.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 641877](#)

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Recomendamos que o Ministério Público adote, nos seus procedimentos, ao utilizar para o chamamento do investigado, aplicativo de mensagens – como o WhatsApp – os mesmos cuidados para comprovar a identidade do destinatário.

Essa autenticação, na linha do que decidiu o STJ, deve ocorrer por três meios principais: o número do telefone, a confirmação escrita e a foto do destinatário.

Importante recordar, nesse tema, excertos da Resolução 199/19, do CNMP, que institui e regulamenta o uso de aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares para comunicação de atos processuais no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério Público brasileiro.

Art. 1º As intimações de processos que tramitam nos órgãos do Ministério Público e do Conselho Nacional do Ministério Público podem ser efetuadas por meio de aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares, observadas as diretrizes e as condições estabelecidas nesta Resolução.

Parágrafo único. As intimações pelos meios estabelecidos no caput dirigir-se-ão às partes e respectivos advogados, bem como às testemunhas constantes dos autos, estas últimas desde que requerido na conformidade da legislação processual.

Art. 2º O recebimento de intimações por aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares dependerá da anuência expressa da parte interessada, interpretando-se o seu silêncio como recusa.

(...)

§3º No ato de anuência, o interessado indicará o número de seu telefone móvel para os fins previstos no caput e informará eventual alteração.

Art. 3º É vedada a utilização de aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares nas hipóteses de: I – citação; II – previsão normativa que obrigue a intimação pessoal.

Art. 4º As contas de aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares do Ministério Público e do Conselho Nacional do Ministério Público serão personalizadas com imagens, nomes ou outros símbolos que facilitem a identificação da Instituição pelas partes.

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

§ 1º O aplicativo de mensagens instantâneas com o número de telefone oficial será destinado exclusivamente ao envio de intimações eletrônicas.

(...)

Art. 5º O envio das intimações por aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares deverá ser realizado no horário de funcionamento da unidade ministerial, ressalvada a comunicação de medidas urgentes.

§1º A intimação produz efeitos a partir da confirmação do recebimento da mensagem pelo destinatário, que deverá ocorrer no prazo de até 3 (três) dias.

§2º A intimação deverá ser certificada e juntada aos autos, mediante termo do qual conste o dia, o horário e o número de telefone para o qual se enviou a comunicação, bem como o dia e o horário em que ocorreu a confirmação do recebimento da mensagem pelo destinatário, com imagem da tela (print) do aparelho no qual conste a intimação.

Art. 6º Frustrada a tentativa de intimação, deverão ser adotadas as formas convencionais de intimação até a conclusão do processo.

(...)

2- Tema: Sexta Turma não admite retroação do acordo de não persecução penal se a denúncia já foi recebida

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Por maioria, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal – introduzido pelo **Pacote Anticrime** –, desde que a denúncia não tenha sido recebida. Para o colegiado, uma vez iniciada a persecução penal em juízo, não há como retroceder no andamento processual.

Com esse entendimento, os ministros negaram o pedido da Defensoria Pública de Santa Catarina para que fosse oferecido o acordo de não persecução penal a um homem preso em flagrante por portar armamentos e munições de uso restrito, antes de a nova lei entrar em

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

vigor. Para a defesa, a norma mais benéfica ao réu deveria retroagir nos processos ainda não transitados em julgado.

O réu foi condenado a três anos de reclusão no regime inicial aberto, bem como ao pagamento de dez dias-multa, e a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito.

Benefício legal

Segundo a autora do voto que prevaleceu no julgamento, ministra Laurita Vaz, "por mais que se trate de norma de conteúdo híbrido, mais favorável ao réu – o que não se discute –, o deslinde da controvérsia deve passar pela ponderação dos princípios *tempus regit actum* e da retroatividade da lei penal benéfica, sem perder de vista a essência da inovação legislativa em questão e o momento processual adequado para sua incidência".

Para a magistrada, infere-se do [artigo 28-A](#) do Código de Processo Penal (CPP) que o propósito do acordo de não persecução penal é poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o membro do Ministério Público oferecer condições para o investigado (e não acusado) não ser processado, desde que atendidos os requisitos legais.

"O benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal", destacou Laurita Vaz. Ela observou que a consequência jurídica do descumprimento ou da não homologação do acordo é exatamente a retomada do curso do processo, com o oferecimento da denúncia, como previsto nos parágrafos 8º e 10 do artigo 28-A do CPP.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 628647](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

De acordo com a Sexta Turma, se a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar crimes cometidos antes da sua entrada em vigor, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para a sua incidência, sob pena de desvirtuamento do instituto despenalizador. Trata-se do mesmo raciocínio que norteou a retroatividade da representação no crime de estelionato.

Com esta decisão, ambas as Turmas do STJ seguem o mesmo entendimento, coincidindo, inclusive, com o Enunciado 20 publicado em janeiro de 2020 pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais CNPG):

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

“Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

É sabido, contudo, não ser esta a posição desde o início defendida pelo MPSP, que vem admitindo a proposta do acordo de não persecução penal até a sentença de primeiro grau. Recomendamos, agora, seja adotada a posição pacificada na Corte Cidadã e que conta com precedentes também no STF.

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Divergência acerca do enquadramento legal dos fatos (omissão de socorro com resultado morte ou tortura por omissão), com reflexo na atribuição funcional.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos nº– Egrégio Juizado Especial Criminal da Comarca de Ribeirão Preto

Suscitante: X Promotor de Justiça de Ribeirão Preto, em exercício perante o Juizado Especial Criminal

Suscitado: X Promotor de Justiça de Ribeirão Preto

Assunto: divergência acerca do enquadramento legal dos fatos (omissão de socorro com resultado morte ou tortura por omissão), com reflexo na atribuição funcional.

Cuida-se de inquérito policial instaurado para apurar a princípio suposto crime de omissão de socorro, qualificado pelo resultado morte (CP, art. 135, parágrafo único), tendo em vista fato ocorrido no dia 29 de outubro de 2019, ou seja, a morte de *E S M*, que no dia 26 de outubro de 2019 fora autuado em flagrante delito pelos crimes de embriaguez ao volante (CTB, art. 306), lesão corporal culposa (CTB, art. 303) e fuga do local do acidente (CTB, art. 305). Consta que a morte se verificou no Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto, antes mesmo da apresentação do ofendido à audiência de custódia.

Consta que o ofendido passou a expelir sangue a apresentar tremores enquanto custodiado, em sua cela, mas os agentes públicos responsáveis, embora soubessem de sua condição de saúde, não o encaminharam para atendimento médico de imediato, mas apenas dois dias depois, tendo o ofendido falecido em virtude de úlcera perfurada associada à cirrose hepática, ocasionada por agente biodinâmico (cf. laudo de exame necroscópico de fls. 20/23), depois de submetido a intervenção cirúrgica.

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

A Douta Promotora de Justiça em exercício perante o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, concluída a investigação criminal, considerou que o fato configura em tese crime de menor potencial ofensivo, omissão de socorro com resultado morte (CP, art. 135, § único), e por isso requereu a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, deferida a remessa (cf. fls. 271/272/273).

O Douto Promotor de Justiça recipiente, porém, discordou da remessa e assinalou que os elementos reunidos no caderno investigatório demonstram que outro poderia ter sido o destino do ofendido, se ele tivesse sido encaminhado mais rapidamente para atendimento médico, mas isso não se verificou, pois, mesmo com agentes policiais comparecendo à cela em que ele se encontrava, com frequência (cf. fls. 138/170), ele ficou de 27 a 29 de outubro de 2019 sem receber atendimento médico, falecendo no dia 29 de outubro de 2019 no Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto. Considerou assim que os fatos configuram crime bem mais grave, o delito de tortura por omissão, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.455/97, e por isso suscitou conflito negativo de atribuição (cf. fls. 277/278).

É o relato do necessário.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que o envio do expediente a esta Chefia Institucional assenta-se no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se configurado, portanto, o incidente supramencionado 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, pág. 486-487).

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

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.

Pois bem.

Com a máxima vênia do Douto Suscitante, assiste razão à Ilustre Suscitada; senão, vejamos.

A controvérsia estabelecida no inquérito policial sob exame reside em definir qual o tipo penal que se verifica na hipótese dos autos: omissão de socorro com resultado morte (CP, art. 135, parágrafo único) ou crime de tortura por omissão (art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.455/97).

O ofendido morreu em virtude de úlcera gástrica perfurada e cirrose hepática, depois de submetido a intervenção cirúrgica no Hospital das Clínicas em Ribeirão Preto.

Permaneceu praticamente dois dias preso, autuado que fora em flagrante por crimes de embriaguez ao volante, lesão culposa e fuga do local do acidente. Não chegou nem a ser submetido à audiência de custódia. Foi levado ao Hospital das Clínicas, passou por cirurgia e morreu no pós-operatório.

O médico legista V A F, ouvido às fls. 183, narrou que é possível afirmar que se o socorro fosse imediato, as chances de tratamento seriam melhores, não podendo afirmar, contudo, que o ofendido sobreviveria.

Em comentários ao art. 1º, da Lei nº 9.455/97, **Renato Brasileiro de Lima** enfatiza que

"o crime é punido exclusivamente a título doloso (direto ou eventual). O dolo consiste na vontade livre e consciente de impor, por meio de violência ou grave ameaça, intenso

sofrimento físico ou mental à vítima. Para além do elemento subjetivo geral, o tipo subjetivo também demanda um especial fim de agir, qual seja, a finalidade última de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo na vítima (*animus corrigendi*). Na primeira hipótese, conhecida como tortura castigo, a tortura é cometida como meio de lhe aplicar castigo pessoal, em virtude de algo que supostamente fez ou deixou de fazer, pouco importando se lícito ou ilícito. No segundo caso, ou seja, na tortura como medida de caráter preventivo, o agente visa evitar que a vítima faça ou deixe de fazer alguma coisa, lícita ou ilícita (tortura intimidatória)" (Legislação Criminal Especial Comentada. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 1114-1115).

Em comentários ao tipo penal alusivo à tortura-omissão, o eminente autor ensina:

"O art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.455/97, verdadeiro delito parasitário (ou acessório), pois pressupõe, ao menos, a tentativa de um crime de tortura, para que seja possível a omissão, contempla duas figuras delituosas diversas:

a) **Não evitar:** na primeira, o agente se omite em face de quaisquer ações anteriores, quando tinha o dever de *evitá-las*. Ou seja, o agente deixa de agir no sentido de evitar (impedir ou tolher a ocorrência) que a tortura seja praticada. Cuida-se de crime omissivo impróprio (comissivo por omissão), punindo-se a conduta praticada por aquele que deveria evitar a tortura;

b) **Não apurar:** na segunda, o agente também se omite em face da tortura, porém no sentido de não apurá-la, isto é, a tortura já foi praticada e o sujeito ativo deixa de apurar a sua ocorrência. Funciona, assim, como verdadeiro crime especial de prevaricação (CP, art. 219), desprovido, porém, da intenção de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Cuida-se de crime omissivo próprio, punindo-se a omissão praticada por aquele

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

que tinha o dever de apurar a tortura..." (ob. Cit., p. 1122- 1123).

No caso concreto, apesar do descaso dos agentes públicos diante do acentuado mal-estar do ofendido, que vomitava sangue, não se pode sustentar que eles tenham torturado *dolosamente* a vítima. Omitiram-se sim na prestação de socorro a ele, retardando-a injustificadamente.

O comportamento omissivo dos agentes policiais civis que tinham o dever legal de proporcionar assistência médica ao ofendido ajusta-se ao tipo penal do crime de omissão de socorro agravado pelo resultado morte (CP, art. 135, § único).

O grande Néelson Hungria, ao comentar o art. 135, do Código Penal, prelecionou:

"...Conceito do crime. Na atualidade, o direito tende, cada vez mais, a *socializar-se*, isto é, a orientar-se no sentido da solidariedade civil e humana. Eloquente atestado dessa nova diretriz é o preceito do art. 135 do nosso Código de 40, inspirado nos mais recentes códigos penais do mundo civilizado. É incriminada a simples abstenção de uma conduta socialmente útil, qual seja a assistência aos periclitantes. De par com o *neminem laedere*, tornou-se obrigatória a ajuda aos que, embora sem nossa culpa, se encontrem em situação de perigo, de que não podem defender-se. E foi o direito penal, de sua exclusiva iniciativa, demonstrando a erronia dos que lhe atribuem uma função meramente sancionatória, que erigiu em norma coercitiva esse mandamento cristão de caridade" (Comentários ao Código Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 429).

Confira-se, ainda, decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

HABEAS CORPUS Nº 131.828 - RJ (2009/0052000-1) RELATORA :
MINISTRA LAURITA VAZ IMPETRANTE : MANUEL DE JESUS SOARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO PACIENTE : JOSÉ RICARDO FERREIRA PINHO EMENTA
HABEAS CORPUS. **DELITO DA LEI DE TORTURA (OMISSÃO
CRIMINOSA). ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA NÃO FOI
PRATICADA PELO PACIENTE. REAVALIAÇÃO DOS ELEMENTOS DE
AUTORIA E MATERIALIDADE. VIA ELEITA INADEQUADA.
INFRAÇÃO PREVISTA NO § 2.º, DO ART. 1.º, DA LEI 9.455/97.
CRIME PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DA SANÇÃO
DEVIDO À INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PREVISTA
NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA G, DO CÓDIGO PENAL, E DA
MAJORANTE DE PENA ESTABELECIDADA NO ART. 1.º, § 4.º, INCISO I,
DA LEI DE TORTURA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO
AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO NOS CRIMES DA LEI N.º
9.455/97. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE
DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO
PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA
E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Não
compete a este Superior Tribunal de Justiça, na via estreita do
habeas corpus, reavaliar juízo sobre a conjuntura fático-
probatória – análise em que são soberanas as instâncias
ordinárias –, por se tratar a referida via processual de remédio
constitucional de rito célere e cognição sumária. 2. **A figura típica
prevista no § 2.º, do art. 1.º, da Lei de Tortura, constitui-se em
crime próprio, porquanto exige condição especial do sujeito. Ou
seja, é um delito que somente pode ser praticado por pessoa
que, ao presenciar tortura, omite-se, a despeito do "dever de
evitá-las ou apurá-las" (como é o caso do carcereiro policial).** Em
tais casos, a incidência da circunstância agravante prevista no art.
61, inciso II, alínea g, do Código Penal, e da majorante de pena
estabelecida no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 ("se
o crime é cometido por agente público"), constitui evidente bis in
idem na valoração da condição pessoal do sujeito ativo (...) 5.
Ordem de habeas corpus parcialmente**

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida, tão somente para afastar os aumentos da pena ocorridos com suporte na circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal (três meses), e na majorante prevista no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 (um sexto), restando a sanção final fixada em 1 ano e 9 meses de detenção. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 19 de novembro de 2013 (Data do Julgamento) MINISTRA LAURITA VAZ Relatora

Apesar da grotesca omissão por parte dos agentes públicos que tinham o dever legar de propiciar assistência médica e hospitalar ao preso, não nos parece adequado, diante do material probatório constante dos autos, atribuir-lhes o crime de tortura, ainda que por omissão. Ou mesmo equiparar sua omissão criminosa à conduta típica do crime de tortura, que exige o dolo do agente, ainda que eventual.

A conduta subsume-se, portanto, ao art. 135, parágrafo único, do Código Penal.

Trata-se, assim, de infração penal de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal da Comarca de Ribeirão Preto.

Em face do exposto, conhece-se deste incidente para dirimi-lo, declarando competir ao Douto Promotor de Justiça que oficia perante o Juizado Especial Criminal de Ribeirão Preto a atribuição para officiar nos autos.

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

Para que não haja menoscabo à sua independência funcional, tendo em vista a divergência com a capitulação jurídica diversa vislumbrada, designa-se outro promotor de justiça para intervir nos autos.

Faculta-se ao Ilustre designado observar o disposto no art. 4-A da Resolução n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução n.º 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

São Paulo, 09 de março de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

2-Tema: Divergência sobre o local de consumação do crime, com reflexo na atribuição funcional – lugar da obtenção da vantagem.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 150xxx6-46.2018.8.26.0602 – MM. Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente

Suscitante: Promotor de Justiça de Presidente Prudente

Suscitado: x Promotor de Justiça de Sorocaba

Assunto: divergência sobre o local de consumação do crime, com reflexo na atribuição funcional – lugar da obtenção da vantagem.

Boletim Criminal Comentado 130- Março- 2021 -

Cuida-se de procedimento investigatório instaurado perante a autoridade policial de Sorocaba visando à apuração da suposta prática do crime de estelionato (CP, art. 171, *caput*), cometido, em tese, por J T.

Segundo consta, *Â J G* vendeu, no ano de 1992, um terreno de propriedade conjunta com sua esposa, localizado na Rua .., nº 338, Jardim ..., Sorocaba, matriculado no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Sorocaba, sob o nº , para *C R A L*, transação que não foi registrada em cartório, permanecendo a propriedade, por vários anos, em nome de *Â* e de sua esposa, não havendo cópia do contrato firmado entre as partes.

Em março de 2016, enquanto passava férias na cidade de Alfredo Marcondes, *Â* foi procurado por J E, ora investigado, afirmando que trabalhava em um cartório de registro de Sorocaba e estava a procura da vítima há muito tempo, para regularizar a escritura do imóvel supramencionado, que havia sido vendido por *C R* – primeiro comprador – a outra pessoa.

Com essa história, o investigado convenceu *Â* e sua esposa a outorgarem-lhe uma procuração, a fim de que o atual comprador pudesse legalizar o imóvel na prefeitura e efetuar a transferência da titularidade. Assim, *Â* e sua esposa acompanharam J E até o Cartório de Notas de Presidente Prudente, onde lavraram uma procuração pública dando poderes a ele para efetuar a transferência da propriedade (fls. 18/21).

Ocorre que, em setembro de 2016, quando já se encontrava em Sorocaba, *Â* foi procurado por *I D* e sua esposa, os quais lhe disseram que haviam comprado o imóvel em questão de E T, irmão de J E, conforme fls. 29/35.

À vista disso, o comunicou o fato a seus filhos e advogado, que, ao se inteirarem do ocorrido, constataram que J E transferiu o imóvel para seu irmão, que em junho de 2016 o alienou para *Idione* e sua esposa, e por isso, registrou a ocorrência na Delegacia (cf. boletim de ocorrência de fls. 03/05).

Boletim Criminal Comentado 130- Março- 2021 -

O novo adquirente do imóvel, *Idione*, ouvido em solo policial, disse que trabalha no ramo de construção de imóveis para comercialização e que, no ano de 2015, foi procurado por um conhecido de nome JÚNIOR, afirmando que um conhecido dele tinha uma casa no Jardim Astro, em Sorocaba, para venda. Se interessando pelo imóvel, foi apresentado a J E, o qual afirmou que o imóvel era de propriedade de seu irmão, que residia nos Estados Unidos. Finalizada a negociação, o declarante adquiriu o imóvel, pagando o preço de R\$ 275.000,00, procedendo, em seguida, com a transferência e registro do imóvel para o seu nome. Informou que há duas ações cíveis tramitando na 4ª Vara Cível de Sorocaba, sobre os fatos (autos xxx e YYY). Informou, por fim, que as tratativas do negócio foram feitas com J E, e que teve contato com o irmão dele, E, somente quando da assinatura da escritura (fls. 94/95).

J E não foi localizado para prestar esclarecimentos (fls. 133).

E T foi procurado em seu endereço na cidade de Sorocaba, onde sua esposa informou que ele se encontrava preso no Estado do Paraná (fls.141). Ademais, de acordo com a certidão de fls.158, E foi ouvido em um dos processos cíveis em trâmite sobre o caso (processo nº XXX).

C R A de L, primeiro adquirente da propriedade, ouvido em solo policial, disse que comprou o imóvel em questão em fevereiro de 1992, de *Â*, alegando possuir a escritura lavrada em cartório. Disse que nunca abandonou o imóvel, que sempre quitou todos os débitos a ele referentes, bem como fez benfeitorias nele. Ocorre que, em setembro de 2016, enquanto estava no local fazendo manutenção do portão, que estava com o cadeado estourado, se aproximou dele pessoa que se identificou como *Idione*, informando-lhe que havia adquirido aquele imóvel de E T e que possuía a escritura de compra e venda da propriedade. Após isso, registrou a ocorrência na Delegacia e, na semana seguinte, ajuizou ação de reintegração de posse em face de *Idione*. Disse também que, em 2018, *Â* o procurou e contou que havia sido procurado por uma pessoa, dizendo que o declarante havia morrido e que, o imóvel, que ainda estava em nome dele, estava com muitas dívidas e ele seria executado, razão pela qual, com

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

medo, *Ângelo* outorgou-lhe a procuração. Por fim, esclareceu que em momento algum vendeu ou autorizou a venda do imóvel a terceiros (fls. 161).

Durante as investigações, apurou-se que, devido ao fato de *A C G*, esposa de *Â*, ser analfabeta, a procuração pública outorgada a *J ED*, foi assinada, a rogo por ela, pela pessoa de *J A*(fls. 18/21).

Ouvida em solo policial, na cidade de Bauru, *J* disse que era companheira de *JOSÉ E*, tendo se separado dele em 2018. Alegou desconhecer totalmente os fatos investigados, dizendo não se lembrar de ter assinado a referida procuração e que, se o fez, não sabia do que se tratava (fls. 214).

Encerradas as providencias de polícia judiciária, o Douto Promotor de Justiça oficiante em Sorocaba declinou de sua atribuição para condução do feito, argumentando que, a vítima *Â* foi induzida em erro e deu total poderes para o investigado efetuar a transferência do imóvel objeto destes autos, possibilitando a perda total de seu imóvel naquele instante, na cidade de Presidente Prudente, sendo esta a comarca competente para processar o feito, pois onde o agente obteve a vantagem ilícita, se consumando o crime de estelionato em análise (fls. 238/239).

O Ilustre Representante Ministerial destinatário, por seu turno, discordou da remessa e suscitou o presente conflito negativo de atribuições. Argumentou que, no caso, a vítima do crime é, na verdade, *Idione*, pois foi quem sofreu agressão patrimonial, eis que, enganado pelo investigado, lhe entregou quantia em dinheiro, na cidade de Sorocaba, onde o agente obteve a vantagem ilícita e se consumou o delito. Asseverou que *Â* apenas outorgou a procuração a *J ED* e não sofreu nenhum prejuízo, posto que já havia vendido o imóvel anos antes (fls. 244/245).

Foi determinada a remessa para esta Chefia Institucional para a resolução do impasse (fls. 246).

Eis a síntese do necessário.

Boletim Criminal Comentado 130- Março- 2021 -

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93.

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, pág. 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.

Pois bem.

Com a devida vênia do Ilustre Suscitado, assiste razão ao Douto Suscitante; senão, vejamos.

O crime de estelionato (CP, art. 171), exige a ocorrência de duplo resultado, qual seja, a obtenção de vantagem ilícita por parte do sujeito ativo, com conseqüente prejuízo alheio, em virtude de induzimento da vítima a erro, mediante fraude.

O tipo penal em apreço, contudo, não exige qualidade especial em relação ao sujeito passivo e nem que haja identidade entre a pessoa enganada e a que sofre o prejuízo patrimonial proveniente do ilícito, sendo que, quando tais qualidades recaírem sobre pessoas diversas, todas serão consideradas vítimas.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu neste sentido:

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março-
2021 -

“Apelação da Defesa - Estelionato - Provas suficientes à condenação - Vítima ludibriada para realizar um pagamento com cartão bancário - Comprovante juntado aos autos, demonstrando a empresa em que o réu trabalhava como beneficiária - Alegação de inocência não comprovada - **Vítimas do crime de estelionato - Jurisprudência pacífica quanto a ser, tanto a pessoa ludibriada quanto aquela que sofreu o prejuízo econômico** - Condenação mantida – Pena base imposta em ¼ acima do mínimo legal, em razão da existência de maus antecedentes e das consequências do delito acarretadas às vítimas - Incidência da causa de aumento da pena correspondente ao crime praticado contra idoso - Regime prisional semiaberto mantido - Recurso de apelação desprovido.”

(TJSP, Apelação nº 1503041-65.2018.8.26.0584, 9ª Câmara de Direito Criminal, Comarca de São Pedro, Relator CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, julgado em 01 de dezembro de 2020)

Neste mesmo sentido, é o entendimento dos nossos Tribunais Superiores:

EMENTA: PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE ESTELIONATO PRATICADO CONTRA MÉDICOS. UTILIZAÇÃO DE DADOS CONSTANTE DE SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO PELO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA PARA A FRAUDE. INTERESSE GENÉRICO E REFLEXO DA AUTARQUIA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. O bem jurídico tutelado no crime de estelionato é a inviolabilidade do patrimônio e o sujeito passivo é a pessoa enganada e que sofre o prejuízo patrimonial, nada impedindo que haja dois sujeitos passivos: um que é enganado e outro que sofre o prejuízo patrimonial.

2. Na hipótese de médicos serem enganados e lesados utilizando-se de dados constantes de sítio eletrônico mantido pelo Conselho Regional de Medicina, o seu interesse na

identificação e punição dos estelionatários seria genérico e reflexo, pois calcado na representação dos interesses dos médicos, enquanto entidade de classe, ou na segurança de que os dados por ela disponibilizados não sejam utilizados por meliantes na prática de infrações penais.

3. Verificado que a autarquia federal não foi ludibriada nem sofreu prejuízos, pois enganados foram os médicos que acreditaram nas promessas fraudulentas e lesadas foram essas mesmas pessoas, resta afastada a competência da Justiça Federal.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo ? DIPO, ora suscitado.

(CC 61.121/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 463) – grifo nosso.

"Habeas corpus". Estelionato. Crime militar. - **É pacífico que, em se tratando de estelionato, quando a pessoa enganada é diversa da prejudicada, ambas são sujeitos passivos desse crime**, ainda que uma seja ente público. - Reza o artigo 9º, III, "a", do Código Penal Militar - que é norma especial - que se consideram crimes militares, em tempo de paz, "os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar". Note-se que esse dispositivo alude a "patrimônio sob a administração militar" e não a patrimônio de que as entidades militares sejam titulares da propriedade pela singela razão de que elas não têm patrimônio próprio que é do Estado que o coloca sob a administração das entidades militares para que estas possam exercer as suas atribuições. Por isso, o furto de material sob a administração militar federal é crime militar, apesar de esse material não ser de propriedade do ente militar de que foi subtraído, mas, sim, da União. - Portanto, no caso, sendo prejudicada a Administração Militar pelo desapossamento de parte da área em causa, configura-se crime militar praticado por

Boletim Criminal Comentado 130- Março- 2021 -

civil contra a instituição militar, por ter sido, em tese, cometido contra patrimônio sob a administração militar. "Habeas corpus" indeferido.

(HC 79792, Relator(a): MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 08/02/2000, DJ 03-03-2000 PP-00062 EMENT VOL-01981-04 PP-00814) – grifo nosso.

No caso concreto, o investigado enganou *Â*, induzindo-o a lhe outorgar uma procuração pública, dando-lhe plenos poderes para vender o imóvel em questão, o qual já havia sido vendido, anos antes, a *C R*, que, todavia, não havia alterado a titularidade do bem no Cartório de Registro de Imóveis, motivo pelo qual, o bem ainda se encontrava registrado em nome de *Â*.

Em seguida, o investigado transferiu o bem para o seu irmão e, ato contínuo, o vendeu a *I*, afirmando que estava vendendo o imóvel para seu irmão, que residia nos Estados Unidos. Assim, *I* pagou a ele a quantia de R\$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil reais) pelo referido imóvel, procedendo, na sequência, à transferência da titularidade do bem.

Ocorre que, posteriormente, as vítimas *C R* e *I*, adquirentes do imóvel, passaram a contestar a propriedade do bem, o que, além de gerar a investigação criminal em apreço, gerou também duas ações no âmbito cível, autos xxx e yyy, em trâmite perante a 4ª Vara Cível de Sorocaba, promovidas por *C R*, em face de *I*, consistentes em uma ação de reintegração de posse e outra anulatória de registro de escritura pública, cumulada com indenização por danos morais. A primeira ação foi julgada procedente, expedindo-se mandado de reintegração de posse em favor de *C R*.

In casu, três foram as vítimas do crime de estelionato investigado nestes autos: *Â*, que foi enganado pelo agente e, induzido em erro, outorgou-lhe uma procuração pública, dando-lhe plenos poderes para vender o imóvel objeto destes autos; *C R*, o primeiro adquirente do imóvel, que perdeu temporariamente o domínio do bem em virtude da fraude; e *I*, o segundo adquirente do imóvel, que, acreditando na legitimidade da compra, pagou o preço pelo bem e

Boletim Criminal **Comentado** 130- Março- 2021 -

foi, posteriormente, destituído de sua posse, por virtude de sentença condenatória nos autos da ação cível nº , movida por *C R*.

A conduta fraudulenta do agente fez com que a vítima *Â* outorgasse, em favor do sujeito ativo, procuração para livre disposição do bem, registrada na cidade de Presidente Prudente, por meio da qual o bem foi transferido para o nome do irmão do investigado e depois vendido a *I*, fatos que ocorreram na cidade de Sorocaba, local onde, portanto, o agente obteve a vantagem ilícita e a vítima suportou o prejuízo financeiro, consumando-se o delito naquela Comarca, a qual é competente para a condução no feito, nos termos do art. 70 do CPP.

Diante do exposto, conhece-se do presente conflito, declarando que a atribuição para formar a opinião delitiva compete ao Douto Promotor de Justiça de Sorocaba.

A controvérsia se refere apenas ao local de consumação do crime, e não propriamente ao enquadramento legal dos fatos, motivo por que se afigura desnecessária a designação de outro Membro do *Parquet* para atuar em seu lugar.

São Paulo, 15 de março de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº131, 3/2021
(semana nº 5)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal Comentado 131- Março- 2021 -

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: ANPP e o requisito da pena mínima inferior a 4 anos.

Um dos pressupostos no ANPP consiste na investigação de crime com pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos.

Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput do art. 28-A CPP, serão consideradas as causas de aumento e diminuição, aplicáveis ao caso concreto (§1º.).

Portanto, tomando como norte a pena mínima abstratamente cominada ao delito, presente causa de aumento variável, deve-se utilizar a menor fração; no caso de diminuição variável, a maior fração.

Imaginemos causa de aumento variando de $1/6$ a $2/3$. Temos que aplicar o aumento de $1/6$; se de diminuição, a fração de $2/3$. Só assim o operador chega na pena mínima abstratamente possível para a infração penal em tese praticada pelo investigado. Percebam que o processo de raciocínio é diametralmente oposto ao da prescrição da pretensão punitiva (art. 109 do CP), que, por sua vez, busca sempre a pena máxima possível para o crime.

O concurso de crimes também deve ser considerado. Se dois crimes são cometidos em concurso, o operador deve somar as penas mínimas abstratamente previstas (no caso de concurso material ou formal impróprio) ou majorar a maior delas, se diversas (concurso formal próprio ou crime continuado), sempre com base no patamar mínimo.

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Beneficiário de HC coletivo que não integrou o processo não pode ajuizar reclamação por descumprimento

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

O ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), considerou incabível o ajuizamento de reclamação por quem não integrou o **Habeas Corpus coletivo 596.603**, no qual a Sexta Turma estabeleceu o regime aberto para um condenado por tráfico privilegiado – que cumpria pena indevidamente em regime fechado – e estendeu o benefício a mais de mil presos do estado de São Paulo nas mesmas condições.

Se a pessoa que não fez parte da relação subjetiva do processo – sendo apenas possível beneficiária da tese adotada pelo colegiado – alega descumprimento da decisão, o magistrado apontou que ela deve entrar nas instâncias ordinárias com recurso ou mesmo com habeas corpus individual.

"Essa análise não pode ser diretamente atribuída ao STJ, sob pena não só de desvirtuar o mister desta corte, que é a produção de teses jurídicas que uniformizem a aplicação da lei infraconstitucional, mas também de promover uma avalanche de casos que comprometeria a própria capacidade estrutural do tribunal", afirmou o ministro.

Segundo o relator, no HC 596.603, a Sexta Turma estabeleceu algumas diretrizes de natureza geral que devem ser observadas para a fixação do regime inicial de pena em casos de tráfico privilegiado, resolvendo, dessa forma, uma situação jurídica de direitos individuais homogêneos. A decisão do colegiado também foi adotada em caráter preventivo, para impedir a Justiça paulista de aplicar o regime fechado a novos condenados nas mesmas situações.

Adequação individual

Embora a reclamação seja o instrumento processual adequado para garantir a autoridade das decisões proferidas pelo STJ (artigo 105, inciso I, alínea "f", da Constituição), Schietti disse que seu uso está atrelado à situação em que uma das partes do processo seja prejudicada pelo não cumprimento daquilo que foi estabelecido pelo tribunal.

Por outro lado, o ministro chamou atenção para a capacidade das ações coletivas de contribuir para a resolução mais rápida, econômica e eficaz dos conflitos. Nesse mesmo universo, citou as demandas repetitivas, que contemplam a apreciação, em um só processo, de direitos classificados como individuais homogêneos.

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

Ele mencionou precedente da Corte Especial no sentido de que, se fosse admitida a reclamação diante de suposto descumprimento da tese fixada em recurso repetitivo, o STJ teria que fazer a aplicação individualizada do precedente em cada caso, em descompasso com a sua missão constitucional.

Segundo Schietti, esse mesmo raciocínio pode ser aplicado à concessão de habeas corpus coletivo. Para o relator, os inúmeros casos possivelmente contemplados no julgamento devem ser avaliados, pelas instâncias ordinárias, de acordo com a adequação da situação individualizada de cada réu.

Benefício coletivo

Ainda com base no regime jurídico das ações coletivas, Rogerio Schietti destacou que não há impedimento à propositura de processo individual, nas instâncias ordinárias, para reivindicar a modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quando o juiz não observar a decisão do STJ no HC 596.603.

Mesmo assim, de acordo com o relator, todos os indivíduos que tiverem a mesma situação jurídica examinada no HC coletivo poderão se beneficiar do resultado do julgamento.

"Cabe à defesa utilizar-se da decisão coletiva, com a indicação comprovada de que seu cliente se adequa à hipótese analisada, e, com isso, pleitear, perante as instâncias ordinárias, o mesmo benefício que foi conferido pela ação mandamental, ainda que em execução penal", afirmou o ministro.

Apesar de não ter tido sua reclamação conhecida, a parte também ajuizou habeas corpus contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo e, nessa ação, o ministro Schietti suspendeu o cumprimento da pena até o julgamento final do processo.

Leia o acórdão no [HC 596.603](#) e a decisão na [Rcl 41.509](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [Rcl 41509HC 596603](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A incidência da causa de diminuição da pena no tráfico pode ser balizada pela natureza e pela quantidade da droga (art. 42), que podem não só influenciar na extensão da redução como também podem mesmo obstá-la, como vem decidindo o STJ:

"2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organizações criminosas. 3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os

Boletim Criminal Comentado 131- Março- 2021 -

Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes” (HC 400.528/SP, DJe 18/08/2017).

Note-se, no entanto, algo importantíssimo: as circunstâncias do art. 42 devem ser utilizadas na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, ou seja, o juiz tem a opção de, na primeira etapa, utilizar a natureza e a quantidade da droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal, ou de, na terceira fase, considerar a natureza e a quantidade para dosar a fração de diminuição ou para afastar o benefício. Não é possível utilizar o mesmo expediente nas duas fases porque, segundo decidiu o STF em sede de repercussão geral, há bis in idem:

“Cumpre destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem. No presente caso, o Juiz de 1º grau, ao realizar a fixação da pena, levou em consideração a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para elevar a pena do recorrente, o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte. Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena” (ARE 666.334 RG/AM, DJe 06/05/2014 – trecho do voto do min. Gilmar Mendes).

É motivo para a não incidência da minorante o fato de o agente responder a inquéritos ou a ações penais. O mesmo ocorre quando o agente já teve uma condenação anterior por crime de porte de drogas. Neste sentido já decidiu o STJ:

“A condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 16 da Lei n. 6.368/1976 é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida Lei, uma vez que, segundo entendimento firmado nesta Corte, não houve a descriminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio, com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas apenas a despenalização. (...) 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, fixando a pena final em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, mantido o

Boletim Criminal Comentado 131- Março- 2021 -

regime inicialmente fechado” (HC 360.123/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016).

Sabe-se que, na aplicação da pena, o juiz só pode considerar maus antecedentes as condenações transitadas em julgado. Não é possível exasperar a pena com fundamento em inquéritos policiais e em ações penais em andamento (súmula nº 444 do STJ). No entanto, a Terceira Seção do STJ firmou o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa de diminuição de pena no tráfico sob o argumento da dedicação do agente a atividades criminosas. De acordo com o tribunal – cujas 5ª e 6ª Turmas eram divergentes –, o fato de o agente ser investigado ou réu em outros feitos criminais não impossibilita automaticamente a aplicação da minorante, mas tampouco impede que o juiz deixe de aplicá-la se, analisando as circunstâncias, considerar que o agente não faz jus ao benefício legal. A cláusula de diminuição de pena não pode ser aplicada de forma desmedida, pois se destina a beneficiar somente aqueles que praticaram de forma eventual o crime de tráfico (EREsp 1.431.091/SP, j. 14/12/2016).

No que se refere a reincidência, que não precisa ser específica, prevalece o entendimento de que ela pode desempenhar dupla função e, portanto, ser utilizada como agravante genérica e, ao mesmo tempo, para afastar a causa especial de diminuição da pena. Não há que se falar em violação à proibição do bis in idem porque, neste caso, a circunstância da reincidência tem papéis jurídicos distintos e pode ser utilizada em ambas os momentos. Assim entende o STJ:

“A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.” (AgRg no HC 468.578/MG, j. 19/02/2019)

Questão interessante diz respeito à aplicação da causa de diminuição de pena em favor do agente que serve de transportador da droga (o conhecido “mula”). Há quem sustente que o fato é indicativo bastante de participação em organização criminosa, fator impeditivo da minorante. O STJ tem tanto decisões nas quais aplica a minorante quanto outras nas quais a afasta, sempre considerando o caso concreto. Em síntese, o tribunal não considera que o fato de o agente servir de transportador da droga caracterize uma presunção absoluta de que integra a organização criminosa à qual esteja servindo. São as circunstâncias da prática criminosa que indicam a extensão de sua colaboração. E, note-se, este papel pode servir inclusive para balizar a quantidade da diminuição da pena, caso a minorante seja aplicada:

“A condição de agente colaborador de crime organizado no tráfico internacional de drogas (“mula”) constitui fundamento idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, razão

Boletim Criminal Comentado 131- Março- 2021 -

pela qual é válida a aplicação do percentual de redução em 1/6, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes” (AgRg no REsp 1.354.656/SP, DJe 18/08/2017).

“2. Em consonância com o entendimento desta Quinta Turma, foi ressaltado que a simples atuação do indivíduo flagrado no transporte eventual de droga alheia (“mula”) não pode levar à conclusão de que integre organização criminosa para efeito de afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 3. Todavia, a referida minorante foi afastada pois, no caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de prova, que o réu “não se trata indivíduo que se apresente totalmente desvinculado de organizações criminosas ou sobre quem não parem indicativos de que tenha como meio de vida a dedicação ao crime, notadamente em razão “das anotações de viagens anteriores havidas no passaporte do acusado, viagens estas de curta duração (Azerbaijão – 1 semana; Geórgia – 1 dia) e cujo propósito evidentemente não foi aquele mencionado pelo réu na versão que trouxe à baila em seu interrogatório (procura de um trabalho temporário) tudo a indicar que foram realizadas com o mesmo propósito que a viagem feita ao Brasil e que culminou com sua prisão, ou seja, a traficância de drogas.” 4. Com efeito, “esta Corte tem entendido que a atuação como transportador de droga, aliada à presença de elementos que demonstram, concretamente, a vinculação com organização criminosa, é fundamento idôneo para afastar a redução aqui pleiteada.” (AgRg no AREsp 736.510/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 10/05/2017)” (AgRg no HC 241.072/SP, DJe 18/8/2017).

Com isso, o tribunal segue o entendimento firmado pelo STF:

“2. Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que o réu integre organização criminosa. Precedentes. 3. O exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga. Precedentes” (HC 134.597/SP, DJe 09/08/2016).

É claro que outras circunstâncias podem indicar a dedicação do agente às atividades criminosas. Nesse sentido, já decidiu o STJ que “A apreensão de arma de fogo e munições no contexto do crime de tráfico de drogas afasta a minorante do tráfico privilegiado por evidenciar a dedicação às atividades criminosas” (STJ, AgRg no Ag em REsp 1.682.520, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 18.8.2020).

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

DIREITO PENAL:

1-Tema: Lavagem de dinheiro. Tipificação: crime antecedente. Autolavagem: possibilidade?

PESQUISA PRONTA- STJ

No julgamento do AgRg no RHC 120.936, relatado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a Quinta Turma citou precedente da Corte Especial no sentido de que, embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de crime antecedente, é possível a autolavagem – isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem –, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daqueles que compõem a realização do primeiro crime – circunstância na qual não ocorrerá o fenômeno da consunção.

O colegiado citou também entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual, quando a ocultação configura etapa consumativa do delito antecedente, só se cogita de autolavagem se comprovados atos subsequentes, autônomos, tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos, e capazes de ligar o agente lavador à pretendida higienização do produto do crime antecedente.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Embora autônomo em relação à infração penal que lhe rende a matéria-prima para a sua prática, o delito de lavagem de capitais pode ser cometido tanto por pessoa distinta, quanto pelo próprio autor do injusto penal antecedente.

Como bem explica Francisco de Assis Machado Cardoso, promotor de Justiça do Rio de Janeiro, na obra LEIS PENAIIS ESPECIAIS COMENTADAS (Ed. Juspodovm), a autolavagem (self laundering/autolavado) encontra atualmente amplo respaldo na doutrina e jurisprudência pátrias, não existindo mais dúvidas quanto à possibilidade de sua aplicação e total independência em relação ao crime antecedente praticado. O STF já se debruçou algumas vezes a respeito da possibilidade de ocorrência e autonomia da autolavagem em relação ao crime antecedente. Nesse sentido, n verbis: PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO. DENÚNCIA NÃO INÉPTA. DEMAIS PRELIMINARES REJEITADAS. PRESCRIÇÃO QUANTO AO DELITO DE QUADRILHA EM RELAÇÃO AOS MAIORES DE SETENTA ANOS. RECEBIMENTO PARCIAL DA DENÚNCIA. (...) IV – Não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes, inclusive em ações penais diversas, servindo, no presente caso, os indícios da corrupção advindos da AP 477 como delito antecedente da lavagem. (Inq. 2471, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043, DIVULG 29-2-2012, p. 1-3-2012 –grifos do autor). Igualmente, quando do julgamento do RHC 124313, cuja relatoria coube ao saudoso Ministro Teori Zavascki, afirmou-se que “a autonomia

Boletim Criminal Comentado 131- Março- 2021 -

do crime de lavagem de dinheiro, mesmo quando praticado pelo mesmo agente do crime antecedente, é afirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – AP 470, relator min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2012, Capítulo VI, da denúncia, subitens VI.1, VI.2, VI.3 E VI.4, nº 3.” (RHC 124313, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/3/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 14-05-2015, p. 15-5-2015 –grifos do autor).

No cenário internacional, igualmente, esse é o entendimento que pauta, como regra geral, as diversas normativas penais existentes.

Países como Alemanha, Áustria, Suécia e Itália não permitem a criminalização da autolavagem, vinculando, em seus tipos penais, que as condutas de lavagem devem ser praticadas sobre bens ou valores provenientes de crime praticado por pessoa distinta do autor da lavagem.

No âmbito do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi/FATF), a Recomendação nº 3, que trata especificamente da definição do tipo penal de lavagem de dinheiro, admite a não criminalização da autolavagem, desde que tal punição seja incompatível com os princípios fundamentais previstos na legislação pátria. As jurisdições que optam pela vedação da autolavagem, seja em casos de autoria ou de participação, adotam como fundamento, basicamente, a aplicação do princípio do non bis in idem e a ocorrência de um postfactum impunível. Assim, punir o autor do crime antecedente pela lavagem do produto de crime que ele mesmo praticou, seria o mesmo que puni-lo novamente pelo mesmo fato ou por conduta ideologicamente inserida na infração penal anterior, razão pela qual não deveria receber repressão penal autônoma.

Nosso entendimento é no sentido de que a prática da autolavagem não apenas é possível, como merece efetiva reprimenda estatal. O autor do crime antecedente, já de posse do proveito financeiro obtido, poderia perfeitamente se satisfazer com os atos criminosos até então praticados, usufruindo dos bens e valores que já se encontravam à sua disposição. No entanto, com motivação completamente distinta, ele inicia a prática de uma nova série de condutas, buscando agora dar aparência de licitude ao recurso por ele obtido com a prática da infração penal anterior. Portanto, não nos parece razoável afastar a sua punição autônoma pelo crime de lavagem de dinheiro.

Por outro lado, outro fato que reforça a necessidade de punição da autolavagem é que a lavagem de dinheiro afeta bem jurídico distinto daquele protegido pela infração penal antecedente, merecendo, assim, reprimenda penal de natureza autônoma. Por fim, vale lembrar, toda organização criminosa sempre tem um “braço” para lavar dinheiro e é política criminal do MPSP perseguir o rastro do dinheiro em tais casos, sempre que houver incremento patrimonial por parte do agente criminoso e for cometido manobra dissimulatória dos valores.

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

2- Tema: Execução Penal. Remição da pena pelo estudo. Aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competência de Jovens e Adultos - ENCCEJA. Recomendação n. 44/2013 do CNJ. Interpretação mais benéfica. Cálculo dos 50% da Carga Horária. Patamar equivalente a 1.600 horas. Remição de 133 dias. 26 dias por área de conhecimento. Reafirmação da jurisprudência da Terceira Seção.

INFORMATIVO 689 DO STJ- TERCEIRA SEÇÃO

As 1.200 hs ou 1.600 hs, dispostas na Recomendação n. 44/2013 do CNJ, já equivalem aos 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino, com base nas quais serão calculados os dias a serem remidos.

Informações do Inteiro Teor:

A controvérsia diz respeito à remição da pena no patamar de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino fundamental, em virtude da aprovação no ENCCEJA. Questiona-se se as 1.200h/1.600h dispostas na Recomendação n. 44/2013 do CNJ já equivalem aos 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino ou se os 50% incidirão sobre essas 1.200h/1.600h.

Como é de conhecimento, o art. 126 da Lei de Execuções Penais dispõe que "o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena". A redação do citado artigo deixa clara a preocupação do legislador com a capacitação profissional do interno e com o estímulo a comportamentos que propiciem a readaptação de presos ao convívio social.

A diretriz do Superior Tribunal de Justiça estava pacificada em ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, no sentido da interpretação mais benéfica ao apenado.

Contudo, a Sexta Turma alterou seu entendimento, passando a considerar que os 50%, mencionados na Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, devem incidir sobre a carga horária de 1.600h para o ensino fundamental e 1.200h para o ensino médio, resultando 800h/600h, que serão a base de cálculo para remição.

Nada obstante os douts fundamentos em sentido contrário, deve ser mantida a jurisprudência até então prevalente, a qual foi recentemente reafirmada pela Quinta Turma desta Corte, no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 593.171/SC, de Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2020.

No referido julgado, a Quinta Turma considerou que "quando a Resolução CNJ n. 44/2013 menciona a carga horária de 1.600 horas para o ensino fundamental e 1.200 horas para o ensino

Boletim Criminal Comentado 131- Março- 2021 -

médio, refere-se ao percentual de 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino".

Para se chegar à referida conclusão, registrou-se que "a literalidade do ato oriundo do CNJ não é clara, mas dúbia, abrindo margem para a discricionariedade do julgador. Com efeito, seu art. 1º, IV, estabelece que o apenado que seja aprovado nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental têm direito à remição, pelo estudo menos formal, à razão de 50% da carga horária. Em seguida, porém, o mesmo dispositivo faz uma equivalência da referida carga horária com 1.600 horas, mas de forma ambígua, permitindo a compreensão no sentido de que esse valor ainda deve ser dividido por dois, como também que ele já corresponde à metade".

Tem-se, portanto, que "a grande questão é saber se a menção a 1.600 horas quis se referir à carga horária definida legalmente ou já aos 50%, sendo isoladamente permitida ambas as leituras". Com o intuito de "fechar esse espaço deixado pelo CNJ" fez-se uso da LDB, "segundo a qual a carga anual mínima para o ensino fundamental é de 800 horas, sendo natural que ela seja menor no início e maior no final. Mesmo que esta lei seja primordialmente destinada a pessoas com até 17 anos, nada impede que seja também utilizada como critério interpretativo do ato normativo do CNJ, diante da sua dubiedade, por não haver outro método mais claro".

Relevante consignar, que o art. 4º, inciso II, da Resolução n. 03/2010, do CNE, não impede esta interpretação. Pelo contrário, reafirmou-se que ele menciona que 1.600 horas equivalem apenas à duração mínima para os anos finais do Ensino Fundamental.

Não se pode descurar, ademais, que referida Resolução é norma administrativa do Ministério da Educação, estando, portanto, em patamar de hierarquia inferior à Lei de Diretrizes de Educação Nacional.

Nessa linha de inteligência, "interpretar que as 1.600 horas mencionadas pelo art. 1º, IV, da Recomendação n. 44/2013, do CNJ, correspondem a 50% da carga horária definida é justamente cumprir o dispositivo. Em outras palavras, o Conselho Nacional de Educação não estabeleceu 1.600 horas anuais como o máximo possível, o que permite uma carga horária superior a isso".

Registre-se, por fim, que "essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (...) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como 'fraterna'". (HC 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, DJe 22/10/2009 P. 23/10/2009).

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

Nesse contexto, a base de cálculo de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino fundamental equivale a 1.600 horas, a qual, dividida por doze, resulta em 133 dias de remição em caso de aprovação em todos os campos de conhecimento do ENCCEJA. Serão devidos, portanto, 26 dias de remição para cada uma das cinco áreas de conhecimento.

Processo: HC 602.425-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, por maioria, julgado em 10/03/2021.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

De acordo com a legislação em vigor, o condenado que cumpre a pena em regime fechado, semiaberto, aberto ou beneficiado pelo livramento condicional, pode remir um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, caracterizada por atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, superior, ou ainda de requalificação profissional.

De acordo com a Recomendação n. 44 do CNJ, para fins de remição por estudo deve ser considerado o número de horas correspondente à efetiva participação do apenado nas atividades educacionais, independentemente de aproveitamento, exceto quando o condenado for autorizado a estudar fora do estabelecimento penal. Neste caso, o preso tem que comprovar, mensalmente, por meio de autoridade educacional competente, tanto a frequência, quanto o aproveitamento escolar.

As atividades de estudo podem ser desenvolvidas de forma presencial ou pelo Ensino a Distância (EAD), modalidade que já é realidade em alguns presídios do país, desde que certificadas pelas autoridades educacionais competentes.

A norma do CNJ possibilita também a remição aos presos que estudam sozinhos e, mesmo assim, conseguem obter os certificados de conclusão de ensino fundamental e médio, com a aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) e no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), respectivamente.

A controvérsia novamente instalada nas duas Turmas do STJ diz respeito à remição da pena no patamar de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino fundamental, em virtude da aprovação no ENCCEJA. Questiona-se se as 1.200h/1.600h dispostas na Recomendação n. 44/2013 do CNJ já equivalem aos 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino ou se os 50% incidirão sobre essas 1.200h/1.600h.

Vem prevalecendo a primeira corrente (as 1.200h/1.600h dispostas na Recomendação n. 44/2013 do CNJ já equivalem aos 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino).

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

3- Tema: STF declara inconstitucional pena de 10 a 15 anos para importação de medicamento sem registro sanitário

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

Maioria do Plenário entendeu que a sanção prevista no Código Penal era desproporcional e, por isso, determinou a revalidação da pena da redação anterior do dispositivo, de um a três anos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional dispositivo do Código Penal (CP) que previa punição de 10 a 15 anos para pessoas que importam medicamento sem registro sanitário, em razão da desproporcionalidade da pena. No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 979962, na sessão desta quarta-feira (24), a Corte restabeleceu a redação anterior do artigo 273, parágrafo 1º-B, inciso I, do CP, na parte que prevê pena de 1 a 3 anos de reclusão, que vale somente para os crimes de importação de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

No caso julgado, com repercussão geral reconhecida (Tema 1003), um homem foi condenado por ter importado irregularmente e comercializado o Prostin VR, medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), reconhecendo que a pena prevista no CP viola o princípio da proporcionalidade, manteve a sentença que enquadrou o réu na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006, artigo 33), aplicando pena de 3 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão, além do pagamento de multa.

Desproporcionalidade

A maioria do Plenário concordou com a desproporcionalidade da pena para a conduta tipificada no dispositivo, equiparável à punição de crimes como estupro de vulnerável, extorsão mediante sequestro e tortura seguida de morte. Por essa razão, os ministros Luís Roberto Barroso (relator), Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e Luiz Fux e as ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber votaram pela inconstitucionalidade do inciso I do dispositivo e pela repristinação (quando um dispositivo volta a vigorar após declarada a inconstitucionalidade da norma que o revogou) da redação original, com reclusão prevista de 1 a 3 anos.

Ajuste do relator

O ministro Barroso havia votado, inicialmente, pela adequação do caso à pena prevista no CP para o crime de contrabando. No entanto, ao final das manifestações, ele ajustou seu voto para seguir o entendimento do ministro Alexandre de Moraes, quando esclarecido que a repristinação sugerida

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

por ele se aplicava somente ao inciso que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão sanitário competente.

Divergências

Outro caminho sugerido no decorrer do julgamento foi proposto pelo ministro Edson Fachin, que, apesar de também reconhecer a desproporcionalidade da pena, entendeu que o réu deveria ser absolvido por não ser possível comprovar a ocorrência de prejuízo a outrem nas condutas atribuídas a ele.

Já para o ministro Ricardo Lewandowski, a punição de 10 a 15 anos para o caso em pauta atenta contra o princípio constitucional da individualização da pena. Ele lembrou que o réu tinha comércio de medicamentos e não conseguiu a permissão da Anvisa para a importação dos medicamentos por não ter renovado sua autorização de funcionamento. No entanto, o ministro não seguiu a tese fixada pela maioria, por entender que existem hipóteses em que a punição prevista no dispositivo é razoável ou proporcional ao delito.

Por fim, o ministro Marco Aurélio inaugurou outra linha de entendimento, que previa anular a decisão do TRF-4 e determinar a realização de outro julgamento na instância ordinária, declarando prejuízo do recurso interposto pelo réu.

Tese

A tese de repercussão geral firmada foi a seguinte: "É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/1998 - reclusão de 10 a 15 anos - à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária - reclusão de um a três anos e multa".

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No caso do art. 273, 1º.-B, I, não tendo como objeto material produto falsificado (logo, materialmente apto ao consumo), questionava-se a necessidade da intervenção do Direito Penal.

A infração, de acordo com parcela da doutrina, seria 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).

Questionava-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-

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

B, inciso V, o STJ já havia considerado 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 Código Penal, dever-se-ia 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). Recentemente passou a admitir, inclusive, a minorante do parágrafo 4º., do art. 33 da Lei de Drogas.

Em sessão plenária ocorrida no dia 24/03/2021, o Supremo Tribunal Federal, revisitando o tema, julgou inconstitucional a pena cominada à conduta de importar medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A maioria dos ministros considerou desproporcional a pena, maior do que a cominada para crimes mais graves, e decidiu ripristinar, para o inciso I do § 1º-B, a pena cominada ao art. 273 antes da Lei 9.677/98 (que também incluiu no tipo penal o dispositivo sob julgamento). Firmou-se a seguinte tese de repercussão geral:

“É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/1998 – reclusão de 10 a 15 anos – à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica ripristinado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária – reclusão de um a três anos e multa” (RE 979.962/RS, j. 24/03/21).

A Corte, contudo, não abordou se o crime deve (ou não) continuar sujeito aos consectários da Lei dos Crimes Hediondos. Está previsto na Lei, mas parece-nos que a tese ora fixada mostra-se incompatível com os rigores da Lei 8.072/90.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao vídeo sobre o tema.

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Divergência sobre o local de consumação do crime, com reflexo na atribuição funcional – lugar da obtenção da vantagem.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 1503xxx-4x.2018.8.26.0602 – MM. Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente

Suscitante: Promotor de Justiça de Presidente Prudente

Suscitado: 12º Promotor de Justiça de Sorocaba

Assunto: divergência sobre o local de consumação do crime, com reflexo na atribuição funcional – lugar da obtenção da vantagem.

Cuida-se de procedimento investigatório instaurado perante a autoridade policial de Sorocaba visando à apuração da suposta prática do crime de estelionato (CP, art. 171, *caput*), cometido, em tese, por J.E.T..

Segundo consta, *Â.J.G.* vendeu, no ano de 1992, um terreno de propriedade conjunta com sua esposa, localizado na Rua Fernando Silva, nº 338, Jardim Astro, Sorocaba, matriculado no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Sorocaba, sob o nº 4x.969, para *Carlos R. A. L.*, transação que não foi registrada em cartório, permanecendo a propriedade, por vários anos, em nome de *Â.* e de sua esposa, não havendo cópia do contrato firmado entre as partes.

Em março de 2016, enquanto passava férias na cidade de Alfredo Marcondes, *Â.* foi procurado por J.E., ora investigado, afirmando que trabalhava em um cartório de registro de Sorocaba e estava a procura da vítima há muito tempo, para regularizar a escritura do imóvel supramencionado, que havia sido vendido por *Carlos R.* – primeiro comprador – a outra pessoa.

Boletim Criminal Comentado 131- Março- 2021 -

Com essa história, o investigado convenceu Â. e sua esposa a outorgarem-lhe uma procuração, a fim de que o atual comprador pudesse legalizar o imóvel na prefeitura e efetuar a transferência da titularidade. Assim, Â. e sua esposa acompanharam J. E. até o Cartório de Notas de Presidente Prudente, onde lavraram uma procuração pública dando poderes a ele para efetuar a transferência da propriedade (fls. 18/21).

Ocorre que, em setembro de 2016, quando já se encontrava em Sorocaba, Â. foi procurado por I. B. P. e sua esposa, os quais lhe disseram que haviam comprado o imóvel em questão de E. T., irmão de J.E., conforme fls. 29/35.

À vista disso, Â. comunicou o fato a seus filhos e advogado, que, ao se inteirarem do ocorrido, constataram que J. E. transferiu o imóvel para seu irmão, que em junho de 2016 o alienou para I. e sua esposa, e por isso, registrou a ocorrência na Delegacia (cf. boletim de ocorrência de fls. 03/05).

O novo adquirente do imóvel, I., ouvido em solo policial, disse que trabalha no ramo de construção de imóveis para comercialização e que, no ano de 2015, foi procurado por um conhecido de nome JÚNIOR, afirmando que um conhecido dele tinha uma casa no Jardim Astro, em Sorocaba, para venda. Se interessando pelo imóvel, foi apresentado a J. E., o qual afirmou que o imóvel era de propriedade de seu irmão, que residia nos Estados Unidos. Finalizada a negociação, o declarante adquiriu o imóvel, pagando o preço de R\$ 275.000,00, procedendo, em seguida, com a transferência e registro do imóvel para o seu nome. Informou que há duas ações cíveis tramitando na 4ª Vara Cível de Sorocaba, sobre os fatos (autos 1029xxx-22.2016.8.26.0602 e 1003xx9-40.2017.8.26.0602). Informou, por fim, que as tratativas do negócio foram feitas com J. E., e que teve contato com o irmão dele, E., somente quando da assinatura da escritura (fls. 94/95).

J. E. não foi localizado para prestar esclarecimentos (fls. 133).

E. T. foi procurado em seu endereço na cidade de Sorocaba, onde sua esposa informou que ele se encontrava preso no Estado do Paraná (fls.141). Ademais, de acordo com a certidão de

Boletim Criminal Comentado 131- Março- 2021 -

fls.158, E. foi ouvido em um dos processos cíveis em trâmite sobre o caso (processo nº 1029xxx-22.2016.8.26.0602).

Carlos R., primeiro adquirente da propriedade, ouvido em solo policial, disse que comprou o imóvel em questão em fevereiro de 1992, de *Â.*, alegando possuir a escritura lavrada em cartório. Disse que nunca abandonou o imóvel, que sempre quitou todos os débitos a ele referentes, bem como fez benfeitorias nele. Ocorre que, em setembro de 2016, enquanto estava no local fazendo manutenção do portão, que estava com o cadeado estourado, se aproximou dele pessoa que se identificou como *I.*, informando-lhe que havia adquirido aquele imóvel de E.T. e que possuía a escritura de compra e venda da propriedade. Após isso, registrou a ocorrência na Delegacia e, na semana seguinte, ajuizou ação de reintegração de posse em face de *I.*. Disse também que, em 2018, *Â.* o procurou e contou que havia sido procurado por uma pessoa, dizendo que o declarante havia morrido e que, o imóvel, que ainda estava em nome dele, estava com muitas dívidas e ele seria executado, razão pela qual, com medo, *Â.* outorgou-lhe a procuração. Por fim, esclareceu que em momento algum vendeu ou autorizou a venda do imóvel a terceiros (fls. 161).

Durante as investigações, apurou-se que, devido ao fato de *Adelaide C. G.*, esposa de *Â.*, ser analfabeta, a procuração pública outorgada a *J. E.*, foi assinada, a rogo por ela, pela pessoa de *J. A. A.* (fls. 18/21).

Ouvida em solo policial, na cidade de Bauru, *J.* disse que era companheira de *J. E.*, tendo se separado dele em 2018. Alegou desconhecer totalmente os fatos investigados, dizendo não se lembrar de ter assinado a referida procuração e que, se o fez, não sabia do que se tratava (fls. 214).

Encerradas as providencias de polícia judiciária, o Douto Promotor de Justiça oficiante em Sorocaba declinou de sua atribuição para condução do feito, argumentando que, a vítima *Â.* foi induzida em erro e deu total poderes para o investigado efetuar a transferência do imóvel objeto destes autos, possibilitando a perda total de seu imóvel naquele instante, na cidade de Presidente Prudente, sendo esta a comarca competente para processar o feito, pois onde o agente obteve a vantagem ilícita, se consumando o crime de estelionato em análise (fls. 238/239).

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

O Ilustre Representante Ministerial destinatário, por seu turno, discordou da remessa e suscitou o presente conflito negativo de atribuições. Argumentou que, no caso, a vítima do crime é, na verdade, *l.*, pois foi quem sofreu agressão patrimonial, eis que, enganado pelo investigado, lhe entregou quantia em dinheiro, na cidade de Sorocaba, onde o agente obteve a vantagem ilícita e se consumou o delito. Asseverou que *Â.* apenas outorgou a procuração a J.E. e não sofreu nenhum prejuízo, posto que já havia vendido o imóvel anos antes (fls. 244/245).

Foi determinada a remessa para esta Chefia Institucional para a resolução do impasse (fls. 246).

Eis a síntese do necessário.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93.

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, pág. 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.

Pois bem.

Com a devida vênia do Ilustre Suscitado, assiste razão ao Douto Suscitante; senão, vejamos.

O crime de estelionato (CP, art. 171), exige a ocorrência de duplo resultado, qual seja, a obtenção de vantagem ilícita por parte do sujeito ativo, com conseqüente prejuízo alheio, em virtude de induzimento da vítima a erro, mediante fraude.

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

O tipo penal em apreço, contudo, não exige qualidade especial em relação ao sujeito passivo e nem que haja identidade entre a pessoa enganada e a que sofre o prejuízo patrimonial proveniente do ilícito, sendo que, quando tais qualidades recaírem sobre pessoas diversas, todas serão consideradas vítimas.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu neste sentido:

“Apelação da Defesa - Estelionato - Provas suficientes à condenação - Vítima ludibriada para realizar um pagamento com cartão bancário - Comprovante juntado aos autos, demonstrando a empresa em que o réu trabalhava como beneficiária - Alegação de inocência não comprovada - **Vítimas do crime de estelionato - Jurisprudência pacífica quanto a ser, tanto a pessoa ludibriada quanto aquela que sofreu o prejuízo econômico** - Condenação mantida – Pena base imposta em ¼ acima do mínimo legal, em razão da existência de maus antecedentes e das consequências do delito acarretadas às vítimas - Incidência da causa de aumento da pena correspondente ao crime praticado contra idoso - Regime prisional semiaberto mantido - Recurso de apelação desprovido.”

(TJSP, Apelação nº 1503041-65.2018.8.26.0584, 9ª Câmara de Direito Criminal, Comarca de São Pedro, Relator CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, julgado em 1 de dezembro de 2020)

Neste mesmo sentido, é o entendimento dos nossos Tribunais Superiores:

EMENTA: PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE ESTELIONATO PRATICADO CONTRA MÉDICOS. UTILIZAÇÃO DE DADOS CONSTANTE DE SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO PELO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA PARA A FRAUDE. INTERESSE GENÉRICO E REFLEXO DA AUTARQUIA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. O bem jurídico tutelado no crime de estelionato é a inviolabilidade do patrimônio e o sujeito passivo é a pessoa

enganada e que sofre o prejuízo patrimonial, nada impedindo que haja dois sujeitos passivos: um que é enganado e outro que sofre o prejuízo patrimonial.

2. Na hipótese de médicos serem enganados e lesados utilizando-se de dados constantes de sítio eletrônico mantido pelo Conselho Regional de Medicina, o seu interesse na identificação e punição dos estelionatários seria genérico e reflexo, pois calcado na representação dos interesses dos médicos, enquanto entidade de classe, ou na segurança de que os dados por ela disponibilizados não sejam utilizados por meliantes na prática de infrações penais.

3. Verificado que a autarquia federal não foi ludibriada nem sofreu prejuízos, pois enganados foram os médicos que acreditaram nas promessas fraudulentas e lesadas foram essas mesmas pessoas, resta afastada a competência da Justiça Federal.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo ? DIPO, ora suscitado.

(CC 61.121/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2007, DJ 6/8/2007, p. 463) – grifo nosso.

"Habeas corpus". Estelionato. Crime militar. - **É pacífico que, em se tratando de estelionato, quando a pessoa enganada é diversa da prejudicada, ambas são sujeitos passivos desse crime**, ainda que uma seja ente público. - Reza o artigo 9º, III, "a", do Código Penal Militar - que é norma especial - que se consideram crimes militares, em tempo de paz, "os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar". Note-se que esse dispositivo alude a "patrimônio sob a administração militar" e não a patrimônio de que as entidades militares sejam titulares da propriedade pela singela razão de que elas não têm patrimônio próprio que é do Estado que o coloca sob a administração das entidades militares para que estas possam exercer as suas atribuições. Por isso, o furto de material sob a administração militar federal é crime militar, apesar de esse material não ser de propriedade do ente militar de que foi

Boletim Criminal Comentado 131- Março- 2021 -

subtraído, mas, sim, da União. - Portanto, no caso, sendo prejudicada a Administração Militar pelo desapossamento de parte da área em causa, configura-se crime militar praticado por civil contra a instituição militar, por ter sido, em tese, cometido contra patrimônio sob a administração militar. "Habeas corpus" indeferido.

(HC 79792, Relator(a): MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 08/02/2000, DJ 03-03-2000 PP-00062 EMENT VOL-01981-04 PP-00814) – grifo nosso.

No caso concreto, o investigado enganou *Â.*, induzindo-o a lhe outorgar uma procuração pública, dando-lhe plenos poderes para vender o imóvel em questão, o qual já havia sido vendido, anos antes, a *Carlos R.*, que, todavia, não havia alterado a titularidade do bem no Cartório de Registro de Imóveis, motivo pelo qual, o bem ainda se encontrava registrado em nome de *Â.*

Em seguida, o investigado transferiu o bem para o seu irmão e, ato contínuo, o vendeu a *I.*, afirmando que estava vendendo o imóvel para seu irmão, que residia nos Estados Unidos. Assim, *I.* pagou a ele a quantia de R\$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil reais) pelo referido imóvel, procedendo, na sequência, à transferência da titularidade do bem.

Ocorre que, posteriormente, as vítimas *Carlos R.* e *I.*, adquirentes do imóvel, passaram a contestar a propriedade do bem, o que, além de gerar a investigação criminal em apreço, gerou também duas ações no âmbito cível, autos 1029xxx-22.2016.8.26.0602 e 1003xxx-40.2017.8.26.0602, em trâmite perante a 4ª Vara Cível de Sorocaba, promovidas por *Carlos R.*, em face de *I.*, consistentes em uma ação de reintegração de posse e outra anulatória de registro de escritura pública, cumulada com indenização por danos morais. A primeira ação foi julgada procedente, expedindo-se mandado de reintegração de posse em favor de *Carlos R.*

In casu, três foram as vítimas do crime de estelionato investigado nestes autos: *Â.*, que foi enganado pelo agente e, induzido em erro, outorgou-lhe uma procuração pública, dando-lhe plenos poderes para vender o imóvel objeto destes autos; *Carlos R.*, o primeiro adquirente do imóvel, que perdeu temporariamente o domínio do bem em virtude da fraude; e *I.*, o segundo adquirente do imóvel, que, acreditando na legitimidade da compra, pagou o preço pelo bem e foi,

Boletim Criminal **Comentado** 131- Março- 2021 -

posteriormente, destituído de sua posse, por virtude de sentença condenatória nos autos da ação cível nº 1029xxx-22.2016.8.26.0602, movida por *Carlos R.*

A conduta fraudulenta do agente fez com que a vítima Â. outorgasse, em favor do sujeito ativo, procuração para livre disposição do bem, registrada na cidade de Presidente Prudente, por meio da qual o bem foi transferido para o nome do irmão do investigado e depois vendido a *I.*, fatos que ocorreram na cidade de Sorocaba, local onde, portanto, o agente obteve a vantagem ilícita e a vítima suportou o prejuízo financeiro, consumando-se o delito naquela Comarca, a qual é competente para a condução no feito, nos termos do art. 70 do CPP.

Diante do exposto, conhece-se do presente conflito, declarando que a atribuição para formar a opinião delitiva compete ao Douto Promotor de Justiça de Sorocaba.

A controvérsia se refere apenas ao local de consumação do crime, e não propriamente ao enquadramento legal dos fatos, motivo por que se afigura desnecessária a designação de outro Membro do *Parquet* para atuar em seu lugar.

São Paulo, 15 de março de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº132, 4/2021
(semana nº 1)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Lei 14.132/2021 – novo crime de perseguição (art. 147-A CP)²

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I - contra criança, adolescente ou idoso;

II - contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III - mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.

Considerações iniciais

A Lei 14.132/21 inseriu no Código Penal o art. 147-A, denominado “crime de perseguição”. Sua finalidade é a tutela da liberdade individual, abalada por condutas que constroem alguém a ponto de invadir severamente sua privacidade e de impedir sua livre determinação e o exercício de liberdades básicas.

Até a criação deste crime, a maior parte dos atos de perseguição se inseriam no art. 65 do Decreto-lei 3.688/41, cuja pena de prisão simples variando de quinze dias a dois meses era considerada insuficiente, um claro exemplo de proteção deficiente. Com a Lei 14.132/21, a contravenção foi revogada e a perseguição passou a ser punida com reclusão de seis meses a dois anos.

². Estudo elaborado com base no estudo e artigo publicado pelo promotor de Justiça e assessor do CAOCRIM, Rogério Sanches Cunha (<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14-13221-insere-no-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-de-perseguiacao/>).

Boletim Criminal **Comentado** 132- Abril-2021

Como já mencionamos antes, a mesma lei que inseriu no Código Penal o art. 147-A revogou o art. 65 da Lei de Contravenções Penais, dispositivo ao qual se subsumia a maior parte das condutas de perseguição. A nosso ver, o legislador se equivocou, porque nem todas as condutas abrangidas pelo tipo da contravenção são compatíveis com as características do art. 147-A. Se compararmos a redação do art. 65 com a do art. 147-A, veremos que a contravenção é mais abrangente. O ato de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade por acinte ou por motivo reprovável não precisa envolver ameaça nem restrição à capacidade de locomoção ou à privacidade. Há inúmeras condutas de perturbação que não se enquadram nos termos de certa forma restritivos do art. 147-A.

Houve *abolitio criminis*?

Havia quem sustentasse que a própria contravenção penal, em qualquer circunstância, tinha como característica a reiteração de ações, pois um ato isolado não seria capaz de realmente importunar alguém ou de perturbar-lhe o sossego. As condutas que, praticadas reiteradamente, se revestiram das demais características do art. 147-A sem dúvida continuam puníveis em razão do princípio da continuidade normativo-típica, modificando-se apenas a forma de punição. Nesse caso, deve ser respeitada a pena anterior, pois a atual, mais severa, é irretroativa.

Mas havia também quem tratasse a contravenção penal como infração instantânea, ou seja, apenas um ato de molestar alguém ou de perturbar sua tranquilidade já seria suficiente para justificar a punição. Nesse caso, mesmo que presentes as demais características do art. 147-A, não há remédio senão reconhecer a extinção da punibilidade (art. 107, inc. III, do CP).

Pena e medidas despenalizadoras

A pena cominada ao delito permite a aplicação de ambos os benefícios da Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo). Admitida a transação penal, fica inviabilizado o acordo de não persecução penal, nos exatos termos do art. 28-A, § 2º, inc. I, do CPP, a não ser que, incidente a causa de aumento do § 1º, o crime não seja praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, nem consista em perseguição com ameaça direta à integridade da vítima.

Sujeitos do crime

O crime é comum, não se exigindo do sujeito ativo qualquer característica especial. Tampouco há restrições a respeito do sujeito passivo.

Se a vítima é criança, adolescente, idoso ou mulher perseguida por razões da condição do sexo feminino, a pena é aumentada de metade (§ 1º).

Conduta

O crime consiste em perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

O verbo *perseguir* não tem apenas a conotação de ir freneticamente no encalço de alguém. Há também um sentido de importunar, transtornar, provocar incômodo e tormento, inclusive com violência ou ameaça. É principalmente com essa conotação que se tipifica a conduta de *perseguir* no art. 147-A.

O tipo penal é estruturado com uma ação nuclear (perturbar), que pode atingir a vítima de três formas:

- a) ameaçando a integridade física ou psicológica;
- b) restringindo a capacidade de locomoção;
- c) invadindo ou perturbando a esfera de liberdade ou privacidade.

Na primeira forma, o tipo do art. 147-A incorpora o crime de ameaça – tipificado no dispositivo precedente –, que consiste em ameaçar alguém por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave. Muitas vezes, as perseguições que caracterizam o *stalking* não se traduzem em palavras, mas se tornam ameaçadoras por gestos e por atitudes ostensivas que provocam na vítima um estado de ansiedade ou temor. É uma espécie de violência psicológica que degrada o estado emocional da vítima, inferioriza-a por meio do controle de suas ações e da imposição do medo.

O ato de perseguição não se restringe às situações de violência doméstica e familiar contra a mulher (aliás, não se limita nem mesmo a vitimar mulheres, embora seja o mais comum). Há inúmeros casos em que a fixação “doentia” se inicia entre pessoas que não tinham qualquer relação afetiva. São os casos de colegas de estudo ou de trabalho, do empregado que, dispensado, passa a perseguir o empregador, ou do empregador que, por alguma razão, persegue o empregado provocando sua demissão ou impedindo-o de conseguir outro emprego (*stalking* ocupacional). De qualquer forma, o art. 7º da Lei 11.340/06 apresenta uma definição de violência psicológica que pode nos auxiliar na interpretação deste tipo penal. Segundo a lei especial, há essa forma de violência em qualquer conduta que provoque dano emocional e diminuição da autoestima, que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento da vítima ou que vise a degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação

Boletim Criminal Comentado 132- Abril-2021

986892287de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Na segunda forma, os atos de perseguição ostensiva reduzem a capacidade da vítima para exercer sua liberdade de locomoção. Não se trata de tolher a liberdade em si (capaz de caracterizar outro crime, como sequestro), mas de inibir quem está sendo perseguido devido ao estado de temor provocado pelos atos impertinentes de quem sempre se faz presente com manifestações importunas.

A invasão ou perturbação da esfera de liberdade ou privacidade, terceira forma de perseguição, pode consistir em qualquer ato que iniba a vítima de desempenhar suas atividades cotidianas. Não é necessário que haja uma invasão física da residência ou do local de trabalho, por exemplo. A presença ostensiva do agente nos arredores pode ser bastante para fazê-lo penetrar na esfera de intimidade e para tolher a liberdade da pessoa perseguida.

Na vigência do art. 65 da Lei das Contravenções Penais, decidiu o STJ que a contratação de um detetive particular não é suficiente para justificar ação penal por perturbação da tranquilidade. E pensamos que o raciocínio não será diferente diante do novo tipo do art. 147-A do CP. Não custa lembrar que a Lei nº 13.432/17 regulamentou a profissão de detetive particular, criando normas a serem observadas para o seu regular exercício. Assim, quando no regular exercício, observando os limites legais, não há que se cogitar de crime.

Com relação aos fotógrafos que perseguem celebridades e pessoas públicas para obterem imagens inéditas (paparazzi), a tendência é não reconhecer o crime quando o “alvo” está em local público. A figura criminosa, contudo, pode ser cogitada quando a conduta do paparazzi, reiteradamente, invadir ou perturbar a esfera de liberdade ou privacidade da celebridade ou pessoa pública.

O crime é de ação livre em todas as suas formas. O tipo penal se refere à ameaça e à restrição à capacidade de locomoção cometidas por *qualquer meio*, e ao transtorno à esfera de liberdade e à privacidade imposto de *qualquer forma*. O agente pode se valer de ligações telefônicas, de mensagens por meios variados (SMS, *WhatsApp*, Telegram, Skype etc.), de e-mails, pode se dirigir e permanecer nos arredores da residência da vítima ou de locais que ela frequenta. A conduta pode consistir até mesmo no envio insistente de presentes ou de mensagens aparentemente afetuosas como subterfúgio para na verdade intimidar o destinatário e lhe provocar a sensação de que está sendo espreitado.

Dentre os meios possíveis de cometer o crime está o *cyberstalking*. Nos primórdios, os atos de perseguição normalmente pressupunham a presença física do agente no entorno da vítima. No máximo, havia remessas de correspondência e ligações telefônicas insistentes, mas a grande

maioria dos casos envolvia também perseguições ostensivas que, não raro, culminavam em ataques à integridade física da vítima.

Atualmente, o *cyberstalking* é um problema crescente, facilitado pela imensa quantidade de pessoas que mantêm perfis em diversas redes sociais, nas quais publicam, sem cautela, imagens e informações de sua vida pessoal. Os instrumentos tecnológicos não apenas favorecem a perseguição por quem conhece a vítima e, agora, tem mais um meio à sua disposição, mas também tornam mais propícia a atuação do *stalker* aleatório, que, por acaso, se interessa obsessivamente por alguém com perfil exposto em rede social e passa a se valer desse meio para perseguir e atemorizar. Muitas vezes, as informações obtidas apenas em ambientes virtuais permitem que os atos do perseguidor tenham tanta eficácia quanto teriam se fossem presenciais.

Trata-se, ademais, de crime habitual, tendo em vista que o tipo penal é expresso sobre a necessidade de a perseguição ser praticada reiteradamente. Apenas um ato importuno, ainda que restrinja momentaneamente a capacidade de locomoção ou invada a privacidade de alguém, não caracteriza este crime, embora seja possível que a conduta se adéque a outro tipo penal, como a da ameaça, por exemplo. A habitualidade não foi inserida no tipo por acaso. Decorre das próprias características do *stalking*, que consiste em perseguição obstinada, incansável, capaz de desestabilizar a rotina da vítima. É nesse sentido a lição de Silvia Chakian:

“Nesse sentido, para fins criminais, haveria três requisitos para definir o *stalking*:

1. comportamento doloso e habitual, composto necessariamente por mais de um ato de perseguição ou assédio à mesma vítima;
2. o motivo do autor para praticar a conduta é um interesse pessoal, como admiração, crença, interesse relacional ou vingança;
3. a vítima, por conta da repetição, deve se sentir incomodada em sua privacidade e/ou temerosa por sua segurança”.³

Voluntariedade

O crime só pode ser cometido com dolo.

Embora seja comum que os atos de perseguição tenham o propósito de alterar o estado de ânimo da vítima, de lhe provocar medo e de limitar sua liberdade, o tipo não pressupõe nenhuma finalidade específica.

³ Bianchini, Alice, Bazzo, Mariana, Chakian, Silvia. *Crimes contra Mulheres: Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais e Femicídio*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 108.

Boletim Criminal **Comentado** 132- Abril-2021

Consumação e tentativa

Tratando-se de crime habitual, consuma-se com a reiteração dos atos de perseguição.

A tentativa é inadmissível em crimes dessa natureza (habitual).

Majorantes (§ 1º)

A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I - contra criança, adolescente ou idoso;

II - contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III - mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

O emprego da arma de fogo, tendo o agente porte, caracteriza a majorante. E se o agente não tem autorização para portar a arma de fogo? Se o porte ilegal se restringe ao contexto fático da perseguição, atrai apenas a majorante. A arma, sendo utilizada tão somente para o cometimento da perseguição, deve ser encarada como meio para que se alcance o objetivo de atemorizar a vítima. Se, contudo, a arma, é encontrada com o agente em outro momento, quando já não é possível estabelecer uma ligação estreita com a perseguição cometida, imputam-se em concurso o crime contra a liberdade individual e o crime relativo à arma de fogo (Lei 10.826/03).

Concurso de crimes (§ 2º)

O § 2º dispõe que as penas são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Embora o *caput* do art. 147-A não contenha nenhuma menção à violência, nada impede que o perseguidor lance mão desse meio para provocar uma intimidação mais intensa. Nesse caso, devem ser aplicadas também as penas relativas à violência.

Ação penal

Nos termos do § 3º do art. 147-A, a ação penal é pública condicionada a representação do ofendido.

A regra se aplica inclusive nos casos em que incidem as disposições da Lei Maria da Penha, pois o legislador, embora tenha majorado a pena do crime cometido segundo a definição do art. 5º daquela lei, não impôs nenhuma exceção à regra da ação penal no § 3º.

Boletim Criminal Comentado 132- Abril-2021

A necessidade de representação possibilita a extinção da punibilidade uma vez esgotado o prazo de decadência sem manifestação da vítima ou de seu representante legal. Para os casos de continuidade normativo-típica em relação à contravenção revogada, a regra do § 3º deve ser analisada sob a perspectiva da aplicação da lei penal no tempo. Aqui temos de diferenciar duas hipóteses:

a) se a denúncia já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não alcançado pela mudança. Assim como defendemos no estelionato quando a Lei 13.964/19 modificou a natureza de sua ação penal, aqui também não nos parece correto sustentar que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo já instaurado, pois a representação é condição de procedibilidade, e não condição de prosseguibilidade. A lei que instituiu o art. 147-A não exigiu essa manifestação posterior;

b) se a denúncia 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 nova lei. Esta é a orientação que vem sendo adotada, no estelionato, pelas duas Turmas criminais do STJ e pela 1ª Turma do STF⁴.

2-Tema: Lei 14.133/2021 – crimes em licitações e contratos administrativos

Foi sancionada no dia 1º de abril a nova Lei 14.133/21, inserindo no Título XI da Parte Especial do CP o capítulo II-B, transferindo para o Código Penal toda a disciplina dos crimes cometidos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos. Foram inseridos onze tipos penais entre os artigos 337-E e 337-O:

I) art. 337-E: contratação direta ilegal;

II) art. 337-F: frustração do caráter competitivo de licitação;

III) art. 337-G: patrocínio de contratação indevida;

IV) art. 337-H: modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo;

V) art. 337-I: perturbação de processo licitatório;

VI) art. 337-J: violação de sigilo em licitação;

VII) art. 337-K: afastamento de licitante;

⁴. HC 187.341/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/10/2020.

Boletim Criminal **Comentado** 132- Abril-2021

VIII) art. 337-L: fraude em licitação ou contrato;

IX) art. 337-M: contratação inidônea;

X) art. 337-N: impedimento indevido;

XI) art. 337-O: omissão grave de dado ou de informação por projetista.

A maioria dos tipos penais já era crime na ordem anterior, tendo migrado seu conteúdo criminoso para o Código Penal. Para os casos pretéritos, não há que se cogitar, portanto, da “abolitio criminis”, mas do princípio da continuidade normativo-típica, respeitando-se, quanto a pena, a mais favorável.

Importante lembrar que na Lei 8.666/93, todos os crimes eram apenados com detenção, o que impedia o início do cumprimento da pena em regime fechado. Analisando os tipos inseridos pela nova Lei, apenas os arts. 337-I e 337-J continuam apenados com detenção. Nos demais, portanto, é admissível o regime inicial fechado na execução da pena.

O art. 337-P dispõe que o cálculo da multa nos crimes licitatórios deve seguir as regras do Código Penal, respeitado o mínimo de 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

Na doutrina quem sustente a inaplicabilidade do art. 33, § 4º, do CP aos crimes tipificados na legislação especial, como se classificavam os crimes licitatórios. Com a inserção desses crimes no Título XI do Código Penal, não há dúvida de que a progressão de regime é condicionada à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito praticado.

O CAOCRIM, a partir do próximo boletim, comentará um tipo penal por edição, comparando as ordens revogada e revogadora.

3-Tema: Orientações do IEPTB - Protesto da certidão da pena de multa

O IEPTB encaminhou ao Núcleo de Execuções Criminais algumas instruções a fim de sanar equívocos no apontamento, evitando a devolução de certidão de pena de multa enviada para protesto pelo sistema Resgate de Valores.

Clique [aqui](#).

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: ANPP e os crimes de ação penal de iniciativa privada. Cabimento

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28-A, § 14

Autos n.º 1008xxx-60.2020.8.26.0047 – MM. Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro da Comarca de Assis

Querelantes: SANDRO CONSOLI DA SILVA e RENATA DA CUNHA CONSOLI

Querelado: Rayone Dantas Alves da Silva

Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – revisão, com designação e ressalva.

Cuida-se de ação penal privada proposta por *SANDRO CONSOLI DA SILVA e RENATA DA CUNHA CONSOLI*, em face de *RAYONE DANTAS ALVES DA SILVA*, imputando ao último os crimes de calúnia, difamação e injúria (CP, arts. 138, 139 e 140), narrando em suma que o primeiro é administrador da empresa Tecnet e casado com *RENATA*, que tem uma empresa voltada à estética e beleza na comarca de Assis; o querelado prestava serviços na empresa da querelante *Renata* de forma terceirizada, o que se prolongou por cerca de um ano.

Em setembro de 2020, *RENATA* tomou conhecimento de que sua funcionária Aline contraiu covid-19 e, no mesmo ato, adotou as medidas para o afastamento dela, informando ao grupo do salão sobre a situação. O querelado, porém, teria debochado da situação, não tratando o caso com seriedade. O querelante *SANDRO*, no dia 13 de setembro, dirigiu-se a uma UPA e fez exames de sorologia de dengue e covid, sabendo, dia 18 de setembro, que estava com covid. Consta que *SANDRO* foi ao estúdio, apanhar documentos, para então ir aos fundos, onde ele e a esposa residem. Estava com máscara de proteção. Narra que o querelado e sua equipe estavam no local sem máscara, não atentando para as orientações de *RENATA* desde a notícia de que a funcionária Aline estava doente. Consta que *RENATA* informou a situação a *CRISPIM*, marido do querelado, noticiando que *SANDRO* estava com covid, indagando se ele estava sentindo alguma coisa, ao que ele respondeu negativamente.

Boletim Criminal Comentado 132- Abril-2021

CRISPIM passou a situação ao querelado e sua equipe e todos saíram do estúdio e foram fazer os testes por conta própria, sem qualquer conversa prévia com RENATA.

Na metade do dia, o resultado do exame do querelado foi negativo e, mesmo assim, ele publicou nas redes sociais um vídeo de 15 minutos, atacando os querelantes, fato que culminou numa enxurrada de ataques a eles, pela rede social denominada *instagram*. No vídeo mencionado, o querelado disse em suma o seguinte: a) que os querelantes estariam se recusando a fornecer cópias dos exames de COVID; b) que SANDRO teria recebido dinheiro de clientes sem máscara e já com a doença; c) que os querelantes seriam verdadeiros psicopatas; d) que os querelantes são enlouquecidos por dinheiro; e) que RENATA teria feito uma *live*, sabendo que SANDRO já estava doente; f) afirmou durante o vídeo que faria uma *live* na frente da casa dos querelantes; g) a mãe de SANDRO está internada com covid e SANDRO não teve coragem de ir visitá-la (cf. fls. 01/25). Anexou documentos (cf. fls. 26/68).

O Douto Promotor de Justiça requereu a apresentação da mídia referida a fls. 70, disponibilizando-se seu conteúdo via *on drive* ou por outro meio (fls. 73).

Foi deferido o requerimento (fls. 74).

O Douto Promotor de Justiça requereu a realização de audiência de tentativa de conciliação, nos termos do art. 520, do Código de Processo Penal (cf. fls. 81).

Foi designada audiência (fls. 82).

Na audiência, não houve conciliação e nem composição entre as partes. O Ministério Público requereu o prosseguimento da ação penal. O MM. Juiz deliberou pela abertura de vista aos querelantes para apresentação de proposta de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal ao querelado (cf. fls. 102/103).

Os querelantes deixaram de formular qualquer das propostas, sustentando o não preenchimento dos requisitos legais (cf. fls. 104/108).

Boletim Criminal **Comentado** 132- Abril-2021

O querelado, por seus advogados, manifestou-se, sustentando que faz jus a qualquer dos institutos despenalizadores (cf. fls. 114/118).

O Douto Promotor de Justiça também pronunciou-se negativamente acerca do cabimento da transação penal, porque as penas cominadas ao querelado superam dois anos; da suspensão condicional do processo porque, em tese, as penas mínimas, somadas, suplantam o patamar de um ano; incabível, ainda, o acordo de não persecução penal, porque, ao contrário do que ocorre na ação penal pública, em que vigora o princípio da obrigatoriedade, na ação penal privada prepondera o princípio da oportunidade ou da conveniência; não seria, portanto, razoável afirmar que o titular da ação penal possa deflagrar a persecução penal e ao mesmo tempo dela ter de abrir mão, ofertando ao querelado a oportunidade de não se ver processado (cf. fls. 192/194).

O MM. Juiz, porém, dissentiu e aplicou à espécie o disposto no art. 28, do Código de Processo Penal, por considerar que não se pode tratar de forma desigual querelado e réu em ação penal pública (cf. fls. 195/202).

É o relato do necessário.

Com razão o MM. Juiz, com a devida vênia do Douto Promotor de Justiça.

De fato, as infrações penais imputadas na peça inicial, calúnia, difamação e injúria (CP, arts. 138, 139 e 140), com a incidência da causa de aumento de pena do art. 141, III, do CP, têm penas máximas em abstrato que superam o patamar de 2 anos; as penas mínimas, somadas, com a causa de aumento referida, também ultrapassam um ano; inviáveis, assim, a transação e a suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89, da Lei nº 9.099/95).

Correta, nesse ponto, a negativa devidamente motivada.

O acordo de não persecução penal, por outro lado, se revela adequado no caso concreto.

O Ministério Público, como cediço, não detém a titularidade da ação penal privada, pois o *jus persecuendi* incumbe ao ofendido, até mesmo pelo caráter personalíssimo do bem jurídico tutelado no caso concreto, a honra objetiva e subjetiva, de tal sorte que a lei deixa ao alvedrio da

vítima ponderar acerca do teor das ofensas propaladas e deliberar por promover ou não a ação penal, considerando que muitas vezes o *streptus judice* poderá ser mais danoso ao ofendido do que o próprio fato em si.

Assim, muito embora o Ministério Público não tenha o *jus perseguendi* na ação penal privada, o *jus punitiois* é sempre estatal, na esteira da perspicaz observação do Douto Magistrado.

É certo que a ação penal privada tem institutos próprios, como o perdão, a decadência, a reconciliação, a renúncia, a retratação, a perempção, os quais inexistem no campo da ação penal pública.

É bem verdade que a transação penal e a suspensão condicional do processo, institutos trazidos pela Lei nº 9.099/95, foram admitidos na ação penal privada, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se, nesse sentido:

AÇÃO PENAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A HONRA PROPTER OFFICIUM. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. INÉPCIA DA ACUSATÓRIA INICIAL. INOCORRÊNCIA. CRIME DE CALÚNIA. IMPROCEDÊNCIA. CABIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SOBRESTAMENTO DO RECEBIMENTO DA QUEIXA-CRIME.

1. "É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções." (Súmula do STF, Enunciado nº 714).

2. A queixa que se mostra em parte ajustada ao artigo 41 do Código de Processo Penal, ensejando o pleno exercício da garantia constitucional da ampla defesa, não deve, nem pode, ser tida e havida como inepta, mormente quando não se está acobertado por nenhuma causa excludente.

3. Inexistindo imputação de fato definido como crime, somado ao vício formal que grava a inicial no particular, fica afastada a calúnia.

4. Em se fazendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo, por força de rejeição parcial da queixa, é dever do Juiz suscitar a manifestação do Querelante, ficando sobrestado o recebimento da acusatória inicial.

5. Voto preliminar no sentido de que se oportunize ao Querelante, no prazo de 48 horas, a manifestação relativa à proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo ao Querelado, sobrestando-se a decisão relativa ao recebimento da queixa-crime.

(APn 566/BA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/11/2009, DJe 26/11/2009)

O Supremo Tribunal Federal, de seu lado, já afastou o cabimento da suspensão condicional do processo em sede de ação privada:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. **AÇÃO PENAL PRIVADA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 89 DA LEI 9.099/95. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, “a”, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus – ação constitucional de tutela à liberdade de locomoção –, em caráter substitutivo, e com vista ao trancamento da ação penal, escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. Não há falar em nulidade pela inobservância do art. 89 da Lei 9.099/95. **Em ação penal privada, não há suspensão condicional do processo, uma vez previstos meios de encerramento da persecução criminal pela renúncia, decadência, reconciliação, perempção, perdão e**

retratação. 3. Não obstante esta Corte Suprema ter declarado a não recepção da Lei de Imprensa pela CF/88 (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto), as condutas ofensivas à honra continuam tipificadas nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal. 4. A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é excepcionalíssimo, admitido apenas nos casos de manifesta atipicidade ou falta de justa causa, o que não se verifica na espécie. 5. Acolher a tese defensiva quanto à inexistência de dolo na conduta da agravante demandaria exame dos fatos e provas, o que não se viabiliza na via estreita do habeas corpus. 6. Agravo regimental não provido. **(HC 115432 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 26-06-2013 PUBLIC 27- 06-2013)**

Mas a Corte Suprema também passou a admitir o instituto em aresto recente:

RECURSO ORDINÁRIO – CONVERSÃO – HABEAS CORPUS. Considerada a envergadura da ação, no que voltada à preservação da liberdade de ir e vir, cabível é receber, como habeas corpus, recurso ordinário inadmissível. DENÚNCIA – DESCRIÇÃO FÁTICA – ENQUADRAMENTO JURÍDICO. O réu defende-se dos fatos veiculados na peça acusatória, revelando-se possível ao Juiz, uma vez respeitadas as balizas fáticas, conferir a adequada capitulação jurídica – artigo 383 do Código de Processo Penal. CALÚNIA – DESCLASSIFICAÇÃO. Uma vez constatado não se revestirem os fatos narrados de caráter delituoso, cabível é a desclassificação do crime de calúnia para difamação, considerada imputação de fato determinado e ofensivo à honra. **PROCESSO – SUSPENSÃO CONDICIONAL – AÇÃO PENAL PRIVADA.** Na ação penal privada, cabível, em tese, é a suspensão condicional do processo, cumprindo ao querelado, ausente proposta do querelante, insurgir-se de forma oportuna. **(RHC 187024, Relator(a): MARCO**

AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 24/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2021 PUBLIC 12-03-2021)

E hoje a matéria é pacífica, no tocante ao cabimento da transação penal e da suspensão condicional do processo nos crimes de ação penal privada. Existe, a propósito, o Enunciado nº 112, do FONAJE, Fórum Nacional Permanente dos Juízes Coordenadores dos Juizados Especiais Criminais, inclusive **mediante proposta do Ministério Público**:

"Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público (XXVII Encontro, Palmas, TO).

Na doutrina, há quem admita o acordo de não persecução penal para os crimes de ação penal privada, ausente vedação legal, podendo inclusive o Ministério Público propor a avença, como fiscal da lei.

Nesse sentido, **Aury Lopes Júnior e Hygina Josita**:

"...2ª) *Cabe ANPP aos processos de ação privada?* Sim. Cabível o ANPP por ausência de vedação legal aos crimes de ação privada que tramitam na Justiça comum desafiando o rito especial (art. 519 a 523, CPP) ou que tramitam no JECRIM, mas o querelante não tem direito a transação, nem a sursis processual. Inclusive, pensamos que esse debate seguirá o mesmo rumo que no passado existiu em torno da transação penal.

Para a primeira audiência de tratativas perante o Ministério Público deverá também a vítima ser intimada para comparecimento, com

vistas a exemplo do que ocorre na transação penal, participar da audiência e discutir as condições. **Caso não compareça ou se negue a oferecer o acordo isso não impede o membro do *Parquet* o proponha, na qualidade de custos legis...**" Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal> - acesso em 29 de março de 2021.

Enfim, além de não existir vedação legal ao acordo de não persecução penal em ação privada, e, por questão de simetria ao tratamento dispensado à transação e à suspensão condicional do processo, em princípio não há óbice ao cabimento do acordo de não persecução penal nos crimes de ação penal privada.

E como o Ministério Público exerce a função de fiscal da lei na ação penal privada, nos termos do art. 45, do Código de Processo Penal, nada impede que supra a omissão dos querelantes e proponha o acordo de não persecução penal, uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Considerando a disposição para o acordo, externada na petição de fls. 114/118, o acusado e seu defensor devem estar cientes de que, para celebração do acordo de não persecução penal, o primeiro deverá, assistido de seu advogado, fazer confissão formal e circunstanciada no sentido de que realmente veiculou a *live* em que dirigiu expressões ofensivas aos querelantes.

Ante o exposto, em respeito ao princípio da independência funcional, designe-se outro Promotor de Justiça para, com fundamento no art. 28-A, do Código de Processo Penal, colher confissão formal e circunstanciada do fato, pelo querelado, assistido de seu defensor, podendo fazê-lo por meio virtual (o CAoCrim tem o roteiro passo a passo do ANPP virtual) e para, uma vez ofertada a confissão, propor o acordo de não persecução penal ao querelado, com as seguintes condições: a) reparação comprovada do dano moral causado em 120 dias, sob pena de revogação do benefício e retomada do curso da ação penal; b) comparecimentos bimestrais perante o juízo de sua residência, para comprovar e justificar atividades, durante 02 anos; c) prestação de serviços à

Boletim Criminal **Comentado** 132- Abril-2021

comunidade, por um ano, por quatro horas semanais, em entidade pública ou privada com destinação social, a ser designada pelo Egrégio Juízo.

Expeça-se portaria, designando-se o Substituto Automático, a quem se faculta valer-se da compensação prevista em conformidade com as Resoluções 302/2003 e 488/2006 (CGMP, CSMP, PGJ).

Poderá, ainda, o Douto Promotor de Justiça natural, caso assim entenda, rever ele próprio sua posição e formular a proposta de acordo de não persecução penal, desde que o comunique a esta Procuradoria-Geral de Justiça, declarando que não vislumbra ofensa à sua independência funcional, pelo e-mail PGJ_artigo28@mpsp.mp.br.

São Paulo, 31 de março de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº133, 4/2021
(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Modelos de execução de ANPP, sua rescisão e pedido de extinção da punibilidade do agente, diante do cumprimento do Acordo

Vários colegas têm solicitado nos grupos de WhatsApp e Telegram modelo de execução de ANPP.

O 5.º Promotor de Justiça de Tupã, Manuel Maldonado Gonzaga, disponibilizou inúmeras iniciais de execução de ANPP, bem como manifestação postulando a rescisão do acordo e pedido de extinção da punibilidade do agente, diante do cumprimento do ajuste. As peças foram inseridas na nossa página, na **pasta Justiça Negociada**, conforme links abaixo:

Modelos de execução de ANPP- Clique [aqui](#)

Modelo de rescisão do ANPP- Clique [aqui](#)

Pedido de extinção da punibilidade do agente- Clique [aqui](#)

2-Tema: Lei 14.133/2021. Novos crimes em licitações e contratos administrativos. Considerações iniciais. Princípio da continuidade normativo-típica e “abolitio criminis”.

O capítulo II-B foi inserido ao Título XI da Parte Especial do Código pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que revogou imediatamente os crimes previstos na Lei 8.666/93 e transferiu para o nosso Estatuto Repressor toda a disciplina dos crimes cometidos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos deles decorrentes.

Foram inseridos onze tipos penais entre os artigos 337-E e 337-O:

- a) art. 337-E: contratação direta ilegal;
- b) art. 337-F: frustração do caráter competitivo de licitação;
- c) art. 337-G: patrocínio de contratação indevida;
- d) art. 337-H: modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo;
- e) art. 337-I: perturbação de processo licitatório;
- f) art. 337-J: violação de sigilo em licitação;
- g) art. 337-K: afastamento de licitante;
- h) art. 337-L: fraude em licitação ou contrato;

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

i) art. 337-M: contratação inidônea;

j) art. 337-N: impedimento indevido;

k) art. 337-O: omissão grave de dado ou de informação por projetista.

Na Lei 8.666/93, todos os crimes eram apenados com detenção, o que impedia o início do cumprimento da pena em regime fechado. Analisando os tipos inseridos pela nova Lei, apenas os arts. 337-I e 337-J continuam apenados com detenção. Nos demais, portanto, é admissível o regime inicial fechado na execução da pena.

O art. 337-P dispõe que o cálculo da multa nos crimes licitatórios deve seguir as regras do Código Penal, respeitado o mínimo de 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

A inclusão dos crimes em licitações e contratos administrativos no Código Penal encerra antiga discussão. É que havia doutrina sustentando a inaplicabilidade do art. 33, § 4º, do CP (reparação do dano como condição para progressão de regimes) aos crimes tipificados na legislação especial. Com a inserção desses crimes no Título XI do Código Penal, não há dúvida de que a progressão de regime é condicionada à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito praticado.

Deve ser alertado que, com exceção da figura estampada no art. 337-O, todas as demais estavam tipificadas na Lei 8.666/93, agora revogadas pela Lei 14.133/2021. A revogação dos crimes da Lei 8.666/93 não significa, contudo, que, necessariamente, tenha ocorrido “abolitio criminis” (art. 2º. do CP). A “abolitio criminis” não está atrelada ao simples fato de ter ocorrido a revogação de um dispositivo penal. Deve ser analisado se há ausência de continuidade do tipo de ilícito em confronto com o ordenamento jurídico-penal. Ou seja, se uma conduta estava prevista no tipo X e este é revogado, mas no mesmo momento (sem solução de continuidade) ela segue tipificada no novo tipo Y, não houve “abolitio criminis”, mas continuidade normativo-típica. A “abolitio criminis” não se confunde com a continuidade normativo-típica. “Enquanto aquela exprime o desejo do legislador de não mais criminalizar determinada conduta (como aconteceu com o adultério), nessa o caráter criminoso do fato é mantido, mas apenas em outro dispositivo penal (foi o que se deu com o atentado violento ao pudor, que estava previsto no art. 214 do Código Penal, e que foi deslocado para o artigo anterior, o qual prevê o estupro). Ocorre aqui uma simples alteração topográfica do delito” (GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice e DAHER, Flávio. Curso de direito penal 1: parte geral (arts. 1º a 120). 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 150).

Quando se compara os tipos penais (e seus preceitos secundários) das Leis 8.666/93 (revogada) e 14.133/21 (revogadora), percebe-se que a continuidade normativo-típica veio acompanhada, quase sempre, de um maior rigor na punição, não retroagindo para alcançar os fatos pretéritos. Para os

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

fatos passados as normas incriminadoras da Lei 8.666/93 será ultrativa (inclusive para fins de capitulação da denúncia).

Reconhecemos, contudo, um caso evidente de “abolitio criminis”, mais precisamente no artigo inaugural (art. 337-E), antes tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93. Vejamos.

Art. 89 da Lei 8.666/93	Art. 337-E do CP
<p>Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:</p> <p>Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.</p>	<p>Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:</p> <p>Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.</p>
<p>Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.</p>	

O art. 89 da Lei 8.666/93 punia, além da indevida contratação fora das hipóteses legais, também deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. Esse comportamento, contudo, não foi reproduzido no art. 337-E.

Estamos diante de indisfarçável “abolitio criminis” (art. 2º CP). E, para tanto, existe explicação. Houve um avanço na incorporação do processo administrativo e sua importância na Administração Pública. Não se consegue imaginar um contrato sem prévio procedimento.

A Lei 14.133/21, nesse cenário, claramente se desprende de formalismos que não comprometam o interesse público, não fazendo qualquer sentido um tipo penal punindo a simples inobservância de solenidades.

3-Tema: Estelionato. Vítima realiza o pagamento mediante depósito bancário em dinheiro. Competência para o processo e julgamento.

Como se sabe, a jurisprudência dos tribunais superiores firmou entendimento, desde há muito, no sentido de que a realização integral do delito de estelionato se dá no momento em que o agente obtém a vantagem indevida (vide Súmulas 48 e 244 do STJ).

É nesse instante em que se verifica a produção do resultado naturalístico, e, deste modo, consuma-se o estelionato, o qual, em sua modalidade fundamental (CP, art. 171, caput), configura crime material.

Ocorre, porém, que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, desde aproximadamente o ano de 2016, passou a entender, em alguns julgados, que o “summatum opus” do delito ocorre no instante da produção do prejuízo ao sujeito passivo.

Em movimento aparentemente pendular, pode-se notar que a citada Corte Superior vem restabelecendo o entendimento anterior, no sentido da consumação do crime ao tempo (e no local) da obtenção da vantagem indevida, o que ocorre na agência destinatária do valor ilícito, com exceção dos casos em que a fraude se dá por meio de cheque clonado, realizando-se integralmente o tipo penal no local da agência do banco sacado.

Veja-se, a título de exemplo, o seguinte acórdão, julgado em março de 2019, relativo a conflito negativo de competência dirimido pela Colenda 3.ª Seção do Egrégio Tribunal mencionado, a qual reúne os Eminentes Ministros da 5.ª e 6.ª Turma do STJ:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO VIA DEPÓSITOS BANCÁRIOS EM DINHEIRO. COMPETÊNCIA DO LOCAL EM QUE SE OBTVEVE A VANTAGEM INDEVIDA. CONEXÃO (ART. 76, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP). COMPETÊNCIA DO LOCAL EM QUE OCORREU O MAIOR NÚMERO DE RESULTADOS (ART. 78, II, B, DO CPP). FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE TERCEIRO JUÍZO ESTRANHO AO CONFLITO.

(...) 2. Nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal, “a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”. Destarte, nas hipóteses de estelionato no qual a vítima efetua pagamento ao autor do delito por meio de cheque, a competência para a apuração do delito é do Juízo do local da agência bancária da vítima, porque a consumação se dá quando o cheque é descontado pelo banco sacado. Já no caso de a vítima ter feito o pagamento mediante depósito bancário em dinheiro, como ocorreu no caso concreto, a jurisprudência firmada nessa Corte entende que o delito consuma-se no local onde verificada a obtenção da vantagem indevida, ou seja, no momento em que o valor entra na esfera de disponibilidade do autor do crime. Precedentes.

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

3. Na espécie, analisando as provas colhidas no inquérito verifica-se que as vítimas, no dia 14/10/2014, na Agência 3118, em São Bernardo do Campo/SP, efetuaram 28 depósitos, cada um deles no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), tendo como beneficiários diversas pessoas titulares de contas correntes em diferentes agências bancárias da Caixa Econômica Federal. Constatou-se que há um número considerável de 6 depósitos em dinheiro destinados à agência da Caixa Econômica Federal localizada em Pacaju/CE, entretanto a maior concentração de depósitos ocorreu em Fortaleza, Capital do Estado do Ceará, onde se espalharam 15 dos 28 depósitos em dinheiro comprovados nos autos.

4. Constatada, portanto, conexão, com esteio no art. 76, I do Código de Processo Penal - CPP. Considerando tratar-se de infrações da mesma categoria, ou seja, vários estelionatos de idêntica gravidade, prevalecerá a competência do local onde houver ocorrido o maior número de infrações, a teor do artigo 78, inciso II, alínea b, do CPP.

5. Diante disso, verifica-se a necessidade de fixação de competência de terceiro Juízo estranho ao conflito, onde maior parte do proveito do crime foi depositada e disponibilizada para os agentes delituosos. Precedentes. Assim, em razão de os depósitos terem sido realizados pelas vítimas, em sua maioria, em agências situadas no município de Fortaleza/CE, as investigações e apuração dos fatos delituosos devem prosseguir naquela Comarca.

6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito Criminal da Comarca de Fortaleza/CE a quem couber a distribuição do feito para apurar os crimes de estelionatos”.

(STJ, CC 161.881/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 3.ª SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe de 25/03/2019) – g.n.

Há outros julgados nesse mesmo sentido:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZOS ESTADUAIS. INQUÉRITO POLICIAL. ESTELIONATO. PAGAMENTO POR MEIO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVANTE DE DEPÓSITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE CONTA CORRENTE DA VÍTIMA. CONSUMAÇÃO QUANDO O VALOR ENTRA NA CONTA CORRENTE INDICADA PELO AGENTE DELITUOSO.

(...) 4. Nas hipóteses de estelionato no qual a vítima efetua pagamento ao autor do delito por meio de cheque, a competência para a apuração do delito é do Juízo do local da agência bancária da vítima, porque a consumação se dá quando o cheque é descontado pelo banco sacado. Precedentes da Terceira Seção: CC 154.574/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 20/10/2017; AgRg no CC 146.524/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 30/03/2017; e CC 143.621/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 7/6/2016.

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

Já no caso de a vítima ter feito o pagamento mediante depósito bancário em dinheiro, a jurisprudência firmada nessa Corte entende que o delito consuma-se no momento em que o valor entra na esfera de disponibilidade do autor do crime, em prejuízo da vítima. Precedentes da Terceira Seção: CC 139.800/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 01/07/2015 e CC 114.685/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 22/4/2014.

(...)“

(CC 162.076/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 3.ª SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019)

Em agosto de 2019, novamente o tema veio à tona na pauta da Colenda 3.ª Seção, reiterando a tese:

“PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. ESTELIONATO. DEPÓSITO EM DINHEIRO E TRANSFERÊNCIA DE VALORES, PELA VÍTIMA, PARA CONTA CORRENTE DO SUPOSTO ESTELIONATÁRIO, COM O OBJETIVO DE ADQUIRIR CARTA DE CRÉDITO DE CONSÓRCIO DE AUTOMÓVEL QUE JAMAIS VEIO A SER ENTREGUE. COMPETÊNCIA DO LOCAL EM QUE SE AUFERIU A VANTAGEM INDEVIDA: LOCAL DA CONTA PARA A QUAL FOI TRANSFERIDO O DINHEIRO.

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 artil, 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

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

quando o estelionatário efetivamente se apossa do dinheiro, seja dizer, no momento em que ele é depositado em sua conta. Precedentes: CC 161.881/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Terceira Seção, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 162.076/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Terceira Seção, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 114.685/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Seção, julgado em 09/04/2014, DJe 22/04/2014; CC 101.900/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Terceira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010; CC 96.109/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Terceira Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 23/09/2009.

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 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”.

(CC 167.025/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 3.ª SEÇÃO, julgado em 14/08/2019, DJe 28/08/2019) – g.n.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de sua Colenda Câmara Especial, igualmente decidiu nesse sentido, conforme se nota no Conflito de Jurisdição n.º 0006905-60.2019.8.26.0000, relator Desembargador ISSA AHMED, julgado em 18 de julho de 2019:

“CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Apuração do delito de estelionato. Competência que se fixa no momento da consumação (artigo 70, caput, do Código de Processo Penal). Infração que, na espécie, se consumou no local em que houve a obtenção da vantagem indevida pelo estelionatário ou seja, em Campinas, Comarca em que localizada a agência bancária onde mantida a conta indicada pelo golpista para depósito do numerário. Precedentes desta C. Câmara Especial e do C. Superior Tribunal de Justiça. Conflito conhecido para declarar a competência do MM. Juízo da 5ª Vara Criminal de Campinas, ora suscitante”.

No final de 2019, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça consolidou o posicionamento de que se cuida de crime material, consumando-se, de regra, no foro do local da obtenção da vantagem indevida:

“Na hipótese em que o estelionato se dá mediante vantagem indevida, auferida mediante o depósito em favor de conta bancária de terceiro, a competência deverá ser declarada em favor do juízo no qual se situa a conta favorecida. Até recentemente, a jurisprudência desta Corte orientava que, nos casos em que a vítima houvesse sido induzida a erro a efetuar depósito ou transferência

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

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”.

(STJ – CC 169.053/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 11/12/2019, DJe de 19/12/2019) – g.n.

Em mais recente decisão, ainda, de junho de 2020, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a tese de que, em se tratando de depósito ou transferência de dinheiro, o foro competente será o lugar em que situada a conta destinatária da vantagem indevida:

AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. OFENSA À COLEGIALIDADE: NÃO OCORRÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. ESTELIONATO.

TRANSFERÊNCIAS BANCÁRIAS DE VALORES EFETUADAS PELA VÍTIMA, PARA CONTA CORRENTE DO SUPOSTO ESTELIONATÁRIO. COMPETÊNCIA DO LOCAL EM QUE SE AUFERIU A VANTAGEM INDEVIDA: LOCAL DA CONTA PARA A QUAL FOI TRANSFERIDO O DINHEIRO.

1. Não há se falar em usurpação de competência dos órgãos colegiados, no âmbito desta Corte, na hipótese de decisões monocráticas prolatadas com fundamento na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, a possibilidade de interposição de agravo regimental, com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, torna superada eventual nulidade da decisão monocrática por suposta ofensa ao princípio da colegialidade.

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

2. Nos termos do art. 70 do CPP, a competência será de regra determinada pelo lugar em que se consumou a infração e o estelionato, crime 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.

3. 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.

Precedentes: CC 169.053/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 19/12/2019; CC 161.881/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 162.076/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 114.685/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 22/04/2014; CC 101.900/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010; CC 96.109/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 23/09/2009.

4. Tendo a vítima efetuado transferências bancárias para contas de pessoas físicas cujas agências bancárias localizam-se todas no Município de Guarulhos/SP, é de se reconhecer que a competência para condução do inquérito policial é do Juízo de Direito da 4ª Vara criminal de Guarulhos/SP, o suscitado.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

Boletim Criminal **Comentado** 133- Abril-2021

(AgRg no CC 171.632/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2020, DJe 16/6/2020) – g.n.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do seu Setor do Art. 28 do CPP, orienta-se pelo entendimento atual das Cortes Superiores e do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, de maneira a que as decisões relativas à fixação da atribuição para a formação da opinião delitiva coincidam com a postura a ser tomada pelo Poder Judiciário a respeito da definição da competência.

Nesse sentido, o enunciado n. 40 da PGJ :

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 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 167.025/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 3.ª 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.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Mandado de busca e apreensão. Empresa investigada. Pessoa que se apresenta como representante. Consentimento expresso. Validade. Teoria da aparência.

INFORMATIVO 690 STJ- QUINTA TURMA

É válida a autorização expressa para busca e apreensão em sede de empresa investigada dada por pessoa que age como sua representante.

Informações do Inteiro Teor:

Cinge-se a controvérsia a saber sobre a validade da autorização para cumprimento de mandado de busca e apreensão dada por pessoa que, embora tenha deixado de ser sócia formal de empresa, continua assinando documentos, possui a chave do escritório e apresenta-se como responsável para as autoridades policiais.

A teoria da aparência, quando cabível, valida a autorização expressa para a realização de busca e apreensão em sede de empresa investigada.

Vale ressaltar que, embora tal teoria tenha encontrado maior amplitude de aplicação jurisprudencial na seara civil, processual civil e no Código de Defesa do Consumidor, nada há que impeça sua aplicação também na seara penal.

Contudo, para sua aplicação, há de reforçar a necessidade de conjugação da boa-fé com o erro escusável e alguns requisitos essenciais. Segundo a doutrina, são seus requisitos essenciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse. São seus requisitos subjetivos essenciais: a) a incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera; b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu.

Assim, reputa-se válida a autorização de ingresso da autoridade policial no estabelecimento dada por empregados da empresa, ou quem se apresenta como tal, observados os requisitos supracitados, em face da teoria da aparência.

Processo: RMS 57.740-PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 23/03/2021

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A teoria da aparência se caracteriza e produz os efeitos que a lei lhe atribui, somente quando realiza determinados requisitos objetivos e subjetivos. São estes, na lição de Vicente Ráo (e citados no acórdão):

"São seus requisitos essenciais objetivos:

- a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito;
- b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas;
- c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.

São seus requisitos subjetivos essenciais:

- a) a incidência em erro de quem, de boa fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera;
- b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu.

Como se vê, não é apenas a boa fé que caracteriza a proteção dispensada à aparência de direito. Não é, tampouco, o erro escusável, tão somente. São esses dois requisitos subjetivos inseparavelmente conjugados com os objetivos referidos acima, - requisitos sem os quais ou sem algum dos quais a aparência não produz os efeitos que pelo ordenamento lhes são atribuídos" (Ato Jurídico, Saraiva, São Paulo, 2ª ed. 1979, p. 226).

A teoria em comento tem larga aplicação jurisprudencial na seara civil, processual civil e no Código de Defesa do Consumidor. No STF, foi usada, de forma pioneira, no RE n 77 814-SP, que tratava da responsabilidade da empresa, por ato de antigo dirigente que, embora tendo ficado impedido de continuar a presidir a empresa, pelo fato de ter sido nomeado corretor dos fundos públicos continuou a operar de fato em nome e por conta da mesma. Por sua vez, o STJ, em julgado da sua 4ª Turma, no RESP. n 12.811, tendo como relator o ilustre Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, decidiu, por unanimidade, que a teoria da aparência mostra-se aplicável nos casos em que vendedor, gerente ou pessoa equiparada, por expressa ou tácita permissão do comerciante, vende mercadorias, salvo se comprovado erro inescusável ou má fé de adquirente.

Depois de democratizada em várias áreas, vem ganhando espaço na penal.

Boletim Criminal **Comentado** 133- Abril-2021

2- Tema: Turmas penais unificam orientação sobre prova de autorização do morador para a entrada da polícia

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com base no precedente firmado pela Sexta Turma no [HC 598.051](#), ratificou o entendimento de que cabe ao Estado demonstrar, de modo inequívoco – inclusive por meio de registro escrito e de gravação audiovisual –, o consentimento expresso do morador para a entrada da polícia em sua casa, quando não houver mandado judicial. Na hipótese de estar ocorrendo crime no local – o que permitiria o ingresso sem autorização do morador nem ordem judicial –, os agentes também devem comprovar essa situação excepcional.

Ao adotar o entendimento, de forma unânime, a Quinta Turma declarou a ilegalidade de provas obtidas por policiais que, segundo os moradores, ingressaram na residência sem o seu consentimento, em investigação sobre tráfico de drogas.

De acordo com os autos, em razão de denúncia anônima de tráfico, um casal foi abordado pela polícia em local público, sendo submetido a revista que, todavia, não encontrou nada ilegal. Na sequência, o casal foi conduzido até a casa onde morava e, após suposta autorização, os policiais entraram no imóvel e descobriram 110 gramas de cocaína e 43 gramas de maconha.

Segundo a defesa, entretanto, não houve consentimento para a revista domiciliar; em vez disso, os agentes levaram o casal à força, algemaram os dois e, mediante coação, ingressaram na casa.

Proteção mútua

Ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) considerou legal a busca domiciliar, por entender que seria dispensável a apresentação de mandado judicial, em razão da natureza permanente do delito de tráfico de drogas. Além disso, a corte local acolheu o argumento de que houve a autorização dos moradores para a entrada dos policiais.

O relator do habeas corpus na Quinta Turma, ministro Ribeiro Dantas, citou precedentes do STJ no sentido de que a justa causa para a realização de busca domiciliar deve decorrer de algumas situações – por exemplo, o monitoramento prévio do local para se constatar a veracidade de denúncia anônima quanto à movimentação atípica de pessoas e à suspeita de venda de drogas na residência.

Em relação ao precedente da Sexta Turma no HC 598.051, Ribeiro Dantas destacou que, para salvaguarda dos direitos dos cidadãos e para a proteção da própria polícia, é impositivo que os agentes estatais façam o registro detalhado do ingresso em domicílio, com a autorização por escrito do morador, a indicação de testemunhas da ação e a gravação da diligência em vídeo.

Boletim Criminal **Comentado** 133- Abril-2021

Autorização viciada

Em seu voto, Ribeiro Dantas reafirmou que, no caso de confronto entre a versão policial e a do morador sobre o suposto consentimento, considerando as situações de constrangimento ilegal que costumadamente ocorrem contra a população mais pobre, essa dúvida não pode ser resolvida em favor do Estado.

"Anotese que a situação específica dos autos também permite supor que a dita autorização estaria viciada pela intimidação ambiental, já que os acusados foram algemados, colocados na viatura policial, e estavam na presença de policiais fardados", apontou o ministro ao reconhecer a ilegalidade da busca domiciliar e, por consequência, de todas as provas produzidas na diligência policial.

Ao conceder o habeas corpus, Ribeiro Dantas ainda lembrou que a Sexta Turma estabeleceu o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outras consequências, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas na investigação.

Leia também:

[Policiais devem gravar autorização de morador para entrada na residência, decide Sexta Turma](#)

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 616584](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Este tema foi objeto de análise do CAOCrim no boletim 128. Na oportunidade ressaltamos que a busca domiciliar, como o próprio nome indica, é aquela feita na casa de alguém. Sendo a casa, nos termos de preceito constitucional, o “asilo inviolável do indivíduo” (art. 5º, XI, da CF), somente nas hipóteses expressamente previstas em lei, admite-se exceção a tal princípio. Preocupou-se o constituinte, assim, em homenagear remotos dogmas da civilização, que sempre procuraram privilegiar o direito do indivíduo de não ser molestado, quando em sua casa ou de ninguém nela adentrar sem sua prévia autorização.

Regra geral, portanto, não é permitido o ingresso na casa alheia sem o consentimento do morador e, por conta disso, somente nas hipóteses previstas no próprio texto constitucional, é que se admite exceção a tal mandamento.

Ao firmar o precedente em comento, as duas Turmas do STJ estabelecem cinco teses centrais:

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

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

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

3) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo.

5) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal dos agentes públicos que tenham realizado a diligência.

Sem desconsiderar a louvável intenção dos Ministros da Corte Cidadã, nos parece que trabalharam com a prova tarifária em tema que admite a liberdade de provas. O consentimento do morador pode ser comprovado de qualquer forma.

Não bastasse, a Corte interveio no ciclo de política de segurança pública a partir de um caso concreto (individual). Não houve o necessário debate para ser tratado como litígio estrutural.

3- Tema: Magistrado não pode iniciar inquirição de testemunhas em processo penal, decide 1ª Turma

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o magistrado não pode ser protagonista na inquirição de testemunhas em um processo penal. Por maioria de votos, o

Boletim Criminal **Comentado** 133- Abril-2021

colegiado deferiu o Habeas Corpus (HC 187035) para anular os atos processuais realizados a partir da audiência de inquirição de testemunhas, pois entenderam que a postura de uma magistrada teria induzido respostas e prejudicado o réu.

O julgamento começou na sessão do dia 23/3 e foi interrompido por pedido de vista da ministra Rosa Weber. Na ocasião, o relator, ministro Marco Aurélio, acolheu os argumentos da defesa no sentido de que a juíza teria se portado como integrante da acusação ao iniciar as inquirições, em desobediência à nova regra do Código de Processo Penal (artigo 212 do CPP), que atribui ao juiz apenas o papel de complementar as perguntas e esclarecer dúvidas. Os ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso divergiram, sob o entendimento de que a atuação da magistrada não causou prejuízo ao réu.

Esclarecimento de dúvidas

Em seu voto-vista, a ministra Rosa Weber observou que a Lei 11.690/2008, que alterou o artigo 212 do CPP, modificou o procedimento de inquirição de testemunhas, estabelecendo que as partes, em primeiro lugar, formularão perguntas diretamente às testemunhas. De acordo com a ministra, a regra possibilita ao juiz atuar de forma a sanar dúvidas e esclarecer aspectos relevantes, mas sem que seja o protagonista da audiência ou o primeiro questionador.

Rosa Weber observou que a defesa solicitou a observância estrita do artigo 212, mas a magistrada negou, entendendo que sua interpretação da regra processual não causaria prejuízo. Para a ministra, houve descumprimento deliberado de uma regra processual de cumprimento obrigatório (norma cogente) em prejuízo do réu, o que provoca a nulidade dos atos praticados em seguida. “No campo processual penal, são inadmissíveis interpretações criativas, aditivas e muito menos contrárias à finalidade da lei”, afirmou.

Prejuízo ao réu

Em relação ao alegado prejuízo para o réu, a ministra ressaltou que a análise dos autos mostra que, na audiência de inquirição de testemunhas, a magistrada atuou diretamente na produção probatória, violando o devido processo legal e o sistema acusatório.

Segundo ela, além de iniciar a inquirição, a magistrada fez perguntas capazes de induzir as respostas, sugerindo, por exemplo, o nome do acusado e sua forma de atuação, “em nítido prejuízo ao acusado”.

Esse entendimento foi seguido pelo ministro Dias Toffoli, formando maioria para o deferimento do HC e a anulação dos atos processuais posteriores à audiência de inquirição, inclusive a condenação do réu a 73 anos de reclusão por formação de organização criminosa, extorsão e lavagem de valores.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A redação do art. 212 do CPP dada pela Lei 11.690/2008 permitiu a inquirição das testemunhas diretamente pelas partes, mas não extinguiu a possibilidade de o Juiz também formular diretamente perguntas, depois das perguntas da acusação e da defesa.

Dessa forma, não há falar em nulidade quando o magistrado inquirir as testemunhas.

Mas pode o magistrado iniciar a inquirição?

A jurisprudência do STJ posicionou-se no sentido de que eventual inobservância do art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a manifestação oportuna, sob pena de preclusão e a comprovação do efetivo prejuízo, conforme o princípio do *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do CPP. A tese n. 12, da Jurisprudência de Teses do STJ, n. 59, de novembro de 2016, é no sentido de que:

“A inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa”.

No julgado em comento nos parece que o STF mantém a natureza de nulidade permanece relativa. Os Ministros ressaltaram que dos autos ficou evidente que, além de iniciar a inquirição, a magistrada fez perguntas capazes de induzir as respostas, sugerindo, por exemplo, o nome do acusado e sua forma de atuação, “em nítido prejuízo ao acusado”.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Jurisprudência em Teses destaca entendimentos sobre lavagem de capitais

Jurisprudência em Teses- STJ

A Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) disponibilizou a edição 166 de Jurisprudência em Teses. A equipe responsável pelo produto destacou duas teses da edição, dedicada ao crime de lavagem de capitais.

A primeira afirma que, embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de uma infração penal antecedente, é possível a autolavagem – isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, da infração antecedente e do crime de lavagem –, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização da primeira infração penal, circunstância na qual não ocorrerá o fenômeno da consunção.

A segunda estabelece que o crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade típica de ocultar, é permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos.

Clique [aqui](#)

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: verificação da existência de conexão entre ameaça e lesão corporal praticada no contexto da Lei nº 11.340/06, com reflexo na atribuição funcional

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 00002xx-4x.2021.8.26.0047 – MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Assis

Suscitante: 4º Promotor de Justiça da Comarca de Assis

Suscitado: 7º Promotor de Justiça da Comarca de Assis (oficiante na Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher)

Assunto: verificação da existência de conexão entre ameaça e lesão corporal praticada no contexto da Lei nº 11.340/06, com reflexo na atribuição funcional

Cuida-se de inquérito policial instaurado visando à apuração de fatos ocorridos no dia 30 de setembro de 2020, à noite, na Rua Marco Antônio Ribeiro, 365, Nova Florinea, cidade e Comarca de Assis.

Versa dos autos, notadamente das declarações das vítimas *Maria Cristina da Silva Francelino* (fls. 9) e seu filho *Pedro Ataliba Neto Francelino Pereira* (fls. 10), que os fatos ora em apuração são originários de um relacionamento de união estável de dois anos, entre a vítima *Maria Cristina* e o investigado **FABIANO DE CARVALHO**, união da qual advieram dois filhos, um de 1 ano e outro de 4 meses.

Além dos filhos dessa união, *Maria Cristina* possui outros oito filhos de relacionamentos anteriores, dentre eles a vítima *Pedro Ataliba*.

Segundo apurado, no dia dos fatos **FABIANO** agrediu e ameaçou de morte sua companheira *Maria Cristina*, e causou lesão corporal leve e ameaçou de morte seu enteado *Pedro*

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

Ataliba. O investigado, em tom de ameaça, disse às vítimas que iria “derrubar todo mundo da casa” e “beber o sangue de todos”, direcionando diversas provocações a elas, com empurrões e unhas em *Maria Cristina* no decorrer daquele dia, além de ter desferido um soco na lateral do corpo da sua companheira, sem causar-lhe lesão, e ter dito que iria estuprá-la.

A polícia foi acionada, contudo, o acusado fugiu e retornou em seguida dando continuidade às ameaças e ofensas. O enteado do investigado, *Pedro Ataliba*, interveio na contenda em favor da sua genitora, momento em que FABIANO o agarrou pelo pescoço tentando enforcá-lo, enquanto dizia que ia matá-lo. *Maria Cristina* e sua filha Emanuela conseguiram fazer com que o agressor soltasse a vítima *Pedro Ataliba*. Novamente a polícia foi acionada, mas o investigado evadiu-se do local antes da chegada dos milicianos.

Dessas agressões resultaram, na vítima *Pedro Ataliba*, lesões corporais de natureza leve, conforme laudo de fls. 18/19.

Além da agressão física, o indiciado FABIANO teria dito ao seu enteado *Pedro*, de 18 anos, que iria esmagar sua cabeça à paulada e beber o sangue com canudo.

As vítimas manifestaram desejo de representar contra o investigado, e pediram concessão de medidas protetivas para manter o ofensor distante da residência, sendo concedidas pelo Douto Magistrado (fls. 13/17).

O investigado prestou declarações na polícia, afirmando que teve um desentendimento com *Pedro*, que toda a desavença foi com seu enteado e não com a vítima *Maria Cristina*, negando ter agredido ou ameaçado sua companheira ou a filha dela Emanuele. Disse que a vítima *Pedro* estava com comportamento agressivo e inadequado em casa, e, por isso, foi conversar com ele para tentar resolver.

Nesse contexto, *Pedro* colocou a mão no ombro do acusado, que pediu para que ele tirasse a mão, mas *Pedro* “foi para cima” e ele se defendeu da agressão, mas não tinha intenção de machucar ou agredir seu enteado. Negou ter feito ameaça de morte à vítima *Pedro* e salientou que o enteado lhe desferiu um soco no olho, que não deixou lesões e ele não procurou atendimento

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

médico. Disse que não teve mais contato com as vítimas, e manifestou interesse em ver *Pedro* processado pelas agressões a ele, não tendo testemunha a arrolar (fls. 21).

A testemunha Emanuela Cristina da Silva Mazete, filha da vítima *Maria Cristina* e irmã da vítima *Pedro Ataliba*, relatou que no dia dos fatos estava na cozinha e ouviu discussão entre seu irmão *Pedro* e o padrasto FABIANO, vindo da sala. Ao chegar no cômodo, visualizou que eles estavam "se pegando" com agressões mútuas e entrou no meio para separá-los, sendo agredida por seu irmão com um soco, mas não ficou lesionada. Disse que *Maria Cristina* segurou FABIANO; *Pedro* voltou e deu um soco no rosto do investigado, momento em que ele falou que iria matar o enteado *Pedro*, arranhado *Maria Cristina* ao tentar sair. Disse que não havia mais testemunhas do fato na residência, além deles, que depois da ocorrência FABIANO voltou a morar na residência. (fls. 22)

O Ilustre Promotor de Justiça oficiante na 2ª Vara Criminal e Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher ofereceu Denúncia em face de FABIANO pela contravenção de vias de fato cometida contra a vítima *Maria Cristina*, e requereu designação de audiência para retratação da representação em relação ao crime de ameaça. Quanto aos crimes de lesão corporal e ameaça praticados contra *Pedro Ataliba*, requereu desmembramento e redistribuição dos autos livremente aos Juízos Criminais, observada aplicação do §9º do artigo 129, do Código Penal (cf. fls. 29, autos n. 1503407-95.2020.8.26.0047)

O feito desmembrado e redistribuído à Vara do Juizado Especial Criminal. (fls. 31/32)

O Douto Promotor de Justiça oficiante na Vara do Juizado Especial Criminal, postulou a redistribuição dos autos livremente ao Juízo Criminal Comum, porque os crimes de ameaça e lesão foram praticados pelo investigado contra enteado (cf. fls. 29), e a pena cominada pelo §9º do art. 129, do Código Penal, excede os limites do JECRIM (fls. 37).

Os autos foram redistribuídos à 1ª Vara Criminal. Contudo, o Ilustre Promotor de Justiça oficiante ne referido Juízo requereu redistribuição dos autos à 2ª Vara Criminal e da Violência Doméstica e Familiar contra Mulher da Comarca de Assis, por entender que a atribuição para atuar

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

no feito é da vara especializada, porquanto os crimes praticados pelo investigado em relação a seu enteado *Pedro* são conexos aos crimes praticados contra a companheira do ofensor, pois ocorreram no mesmo contexto da violência doméstica contra a mulher (fls. 46/49).

O M.M. Juiz da 1ª Vara Criminal destacou não haver conflito de competência e sim conflito negativo de atribuição, pois ainda não houve oferecimento de denúncia. Aplicou o art. 28 do CPP, por analogia, e remeteu os autos a Esta Chefia Institucional para dirimir o conflito, por entender não ser o caso de redistribuição (fls. 50/61).

É o relatório.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se configurado, portanto, o incidente supramencionado 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, pág. 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 oficiar nos autos.

Pois bem.

Razão assiste ao Ilustre Promotor de Justiça Suscitante, com a máxima vênias do competente do Promotor de Justiça Suscitado.

O ponto central nesta controvérsia consiste em verificar se os crimes de ameaça e lesão corporal que o acusado praticou contra o enteado (CP, arts. 129, § 9º e 147), guardam conexão com

Boletim Criminal Comentado 133- Abril-2021

os delitos de vias de fato e ameaça que ele, no mesmo contexto, praticou contra sua companheira (CP, art. 147, e art. 21 do Decreto n. 3.688/41).

A resposta nos parece positiva.

Dá-se a conexão, nos termos do art. 76 do CPP, quando duas ou mais pessoas cometem infrações penais umas contra as outras (conexão intersubjetiva por reciprocidade), em concurso de pessoas, embora em diferentes condições de tempo e lugar (conexão intersubjetiva por concurso) ou simultaneamente, sem que exista liame subjetivo entre elas (conexão intersubjetiva por simultaneidade).

Ocorre, ainda, o citado vínculo processual quando uma infração é cometida para garantir a execução de outra (conexão objetiva teleológica) ou para assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de outra (conexão objetiva consequencial).

Finalmente, quando a prova de uma infração pode influenciar no esclarecimento de outra (conexão instrumental, probatória ou processual).

No caso *sub examen*, a ameaça perpetrada contra o enteado se deu no mesmo contexto em que o acusado incorreu em vias de fato contra a sua companheira, e ainda em crime de ameaça contra esta.

A prova dos crimes contra o enteado influi naquela relacionada aos delitos que o acusado, no mesmo contexto, cometeu contra sua companheira. E a prova destes influi na prova daqueles.

Desse modo, não há que se falar na inexistência do multicitado liame processual, cuja configuração justifica a reunião dos processos para julgamento conjunto, com a máxima vênua do competente Promotor de Justiça Suscitado.

Nesse sentido, decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Vara Criminal, SANCTVS e Vara da Violência Doméstica – Inquérito policial para apurar crime de injúria e contravenção de vias de fato contra criança do sexo masculino, bem como crimes de injúria, ameaça e vias de fato contra sua genitora, companheira do agressor – Incompetência do SANCTVS - Competência limitada em relação aos crimes descritos no art. 2º, da Resolução nº 780/2017, do Tribunal de Justiça – Circunstância concreta a indicar apuração de crimes e contravenção cometidas pelo agente contra sua companheira, mãe da criança também vítima, no âmbito doméstico e em decorrência de violência de gênero – Situação a indicar competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de Penha de França, com fundamento na Lei 11.340/2006 – Relação de afeto e circunstâncias indicativas de vulnerabilidade decorrentes da diferença de gêneros – **Conexão a justificar a apuração única, ainda que uma das vítimas seja do sexo masculino – Precedente – Conflito conhecido para declarar a competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional VIII – Penha de França.** (TJSP; Conflito de Jurisdição 0004468-46.2019.8.26.0000; Relator (a): Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda - SANCTVS - Setor de Atend. de Crimes contra Infante, Idoso, Deficiente e Vít. Tráf. Int. Pessoas; Data do Julgamento: 17/05/2019; Data de Registro: 17/05/2019) (destacamos).

Havendo, portanto, conexão, razão assiste ao Ilustre Suscitante, pois, como se argumentou, a Vara Especializada possui *vis attractiva*.

Diante do exposto, conhece-se deste incidente para dirimi-lo, a fim de declarar que a atribuição para oficiar nos autos compete ao Ilustre Promotor de Justiça que atua perante a Vara de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A designação de outro Representante Ministerial, na hipótese vertente, afigura-se desnecessária, haja vista não se vislumbrar qualquer menoscabo ao princípio da independência

Boletim Criminal **Comentado** 133- Abril-2021

funcional, posto que não há divergência no tocante à adequação da conduta à norma penal incriminadora.

São Paulo, 31 de março de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº134, 4/2021
(semana nº 3)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

AVISO

Primeiro Aditivo ao Termo de Cooperação Técnica n.º 50/2019 – Execuções Criminais:

Na última quinta-feira, dia 15/04, o Procurador-Geral assinou o Primeiro Aditivo ao Termo de Cooperação Técnica n.º 50/2019, celebrado com a SAP em 2019, ampliando de 30 para 150 os acessos dos membros do MP ao Sistema Gestão Penitenciária (GEPEN).

Atentos para a realidade do trabalho remoto, com o auxílio do CTIC e contando com a colaboração da Diretora de TI da SAP, viabilizamos o acesso ao GEPEN fora da rede Intragov, por meio de IP único, já liberado na PRODESP.

Referido Termo de Cooperação Técnica permite também a comunicação eletrônica entre Procuradores e Promotores de Justiça que atuam na área das Execuções Criminais e a SAP, com vistas à obtenção de boletins informativos (B.I.) e atestados de conduta carcerária e acesso *online* ao Sistema de Controle de Movimentação da População Carcerária (GSA).

Conforme Plano de Trabalho estabelecido, os Procuradores e Promotores de Justiça que atuam na área das Execuções Criminais e desejaram acesso ao Sistema de Controle de Movimentação da População Carcerária (GSA) e ao Sistema de Gestão Penitenciária (GEPEN) deverão enviar a solicitação para o e-mail do CAOCRIM – caocrim@mpsp.mp.br, informando nome completo, RG, CPF, data de nascimento, filiação, cargo, região de atuação, e-mail institucional.

A solicitação é encaminhada à SAP, para criação do perfil de consulta, e, uma vez disponibilizado, para acessar o sistema fora da rede Intragov basta fazer uso do link informado na nossa página – CAOCRIM – Execução Criminal – SAP GSA/GEPEN.

Por fim, vale ressaltar que para a recepção eletrônica de boletins informativos e atestados de conduta carcerária não é necessário cadastro prévio, bastando enviar a solicitação via e-mail funcional ao diretor da unidade prisional respectiva (os e-mails dos diretores das unidades prisionais do Estado se encontram disponíveis na página – CAOCRIM – Execução Criminal – Convênio SAP- e-mail das Unidades Prisionais).

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Crimes em licitações e contratos administrativos. Contratação direta ilegal (art. 337-E do CP)

Na Lei 8.666/93, o correspondente do tipo penal em estudo era o art. 89:

Art. 89 da Lei 8.666/93	Art. 337-E do CP
Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.	Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.
Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.	

Pune-se quem admite (reconhece, aceita), possibilita (torna possível, proporciona) ou dá causa (origina, provoca, motiva) a contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.

Pode ser autor do crime o prefeito municipal, pois, segundo o STJ, o crime de responsabilidade tipificado no art. 1º, inc. XI, do Decreto-lei 201/67 havia sido tacitamente revogado pelo art. 89 da Lei 8.666/93 (2)

O tipo veicula uma norma penal em branco, pois o conceito de contratação direta deve ser extraído da lei que regulamenta a licitação (arts. 72, 74 e 75 da Lei 14.233/21).

². EDcl no AgRg no REsp 1.745.232/CE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 9/10/2018.

Boletim Criminal Comentado 134- Abril-2021

Há no STJ ao menos um precedente que afasta a tipicidade da simples prorrogação do contrato já celebrado sob o fundamento da inexigibilidade. Segundo o tribunal, se não há nova declaração de inexigibilidade, mas tão somente a prorrogação que já estava prevista no contrato celebrado, não há crime:

“IV. Não tem procedência a acusação se a denúncia não aponta conduta que se encaixe na descrição típica do dispositivo imputado ao agente, ante a ausência de referência a qualquer ato de declaração de inexigibilidade da licitação por parte do denunciado, mas apenas de prorrogação contratual já prevista no acordo original e autorização da despesa oriunda de tal contrato. V. Hipótese em que o ato de renovação do contrato de prestação de serviços já estava previsto no contrato originário, ocasião em que a licitação fora considerada inexigível. Ato de renovação no qual não houve nova declaração de inexigibilidade da licitação, mas tão-somente a prorrogação do contrato primeiro, conforme constante no ajuste inicial. No ato de renovar o contrato não se inclui o ato de inexigir a licitação, já anteriormente declarada por outros servidores” (3)

Essa conclusão não é compartilhada por Jessé Torres Pereira Junior:

“(…). Em primeiro lugar porque parece induzir a conclusão de que o servidor público está dispensado, ao determinar a renovação do contrato em que tal cláusula dele já faça parte, de examinar a legalidade do ato, esquecida, talvez a Corte especial da regra de que à Administração Pública é sempre lícito desfazer seus próprios atos eivados de ilicitude. E, em segundo lugar, porque não se pode concordar com a posição esposada no julgado quanto a não se conter na conduta de determinar a renovação do pacto a de reafirmar a dispensa ou a inexigibilidade do torneio. Quando o servidor dispõe pela renovação da avença, nas condições observadas na hipótese que foi posta sob exame da Corte, indubitavelmente reafirma a dispensa ou a inexigibilidade da licitação. E, se o faz, ‘fora das hipóteses previstas em lei’ ou passando por sobre ‘as formalidades pertinentes’, data venia do que decidiu a Corte Especial do STJ, viola o preceito imperativo do artigo 89”.(4)

O crime é doloso, constituído pela vontade consciente de admitir, possibilitar ou dar causa a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora dos permissivos legais.

O STJ firmou a orientação de que a punição por dispensar ou inexigir licitação pressupõe tanto a finalidade específica de causar prejuízo ao erário quanto a provocação efetiva do prejuízo:

³. APn 423/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/11/2007.

⁴. Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro: Renovar. 8ª. ed., 2009. p. 901.

Boletim Criminal Comentado 134- Abril-2021

“1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao Erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. 2. Hipótese em que o paciente, prefeito do município, foi condenado como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, por ter, juntamente com os membros da comissão de licitação, fracionado o serviço de transporte escolar em vários roteiros para, considerando o valor isolado de cada uma das linhas, dispensar o processo licitatório, em desacordo com o que determina o art. 23, §§ 2º e 5º e art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993. 3. Observa-se, contudo, a existência de condenação baseada no dolo genérico (dispensa ou inexigibilidade de licitação, fora das hipóteses legais, com o objetivo de direcionamento da contratação), o que, segundo a jurisprudência desta Corte, não é suficiente para sustentar o decreto condenatório. 4. A sentença não fez qualquer referência à existência de deliberada intenção de causar prejuízos à Administração Pública ou à efetiva ocorrência do dano. Ao contrário, o magistrado de primeiro grau reconhece que os serviços foram prestados e, ao afastar a conduta prevista no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67, afirma, categoricamente, inexistir nos autos provas suficientes para comprovar o dolo do denunciado de efetuar pagamentos aos contratados superiores aos ajustados, sem qualquer justificativa para tanto. 5. Ordem concedida para absolver o paciente Cesar Augusto de Freitas, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação da prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, com extensão dos efeitos aos corréus Ronildo Vieira Maciel, Tereza Maria Lopes de Brito e Amarildo Bezerra Leite (art. 580 do CPP). Pedido de reconsideração da decisão que apreciou o pleito liminar prejudicado. Comunique-se, com urgência, ao Juízo da 37ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Caruaru/PE e à Primeira Turma do Tribunal de Justiça de Pernambuco”.(5)

Parece-nos inadequada a atribuição de finalidade específica diante da ausência de elementos característicos no tipo penal, que não contém expressões como “com o fim de”, “com o intuito de”, “a fim de”, como há, por exemplo, no art. 337-F. Para o legislador, os motivos que levaram o agente a promover a contratação direta fora das hipóteses previstas em lei não interferem na tipicidade, embora possam ser reconhecidos na fixação da pena-base (art. 59 do CP). O dolo está na dispensa ou na inexigibilidade que não se adéqua às permissões legais, 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

5. HC 588.359/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 8/9/2020.

Boletim Criminal Comentado 134- Abril-2021

contratados sem qualquer critério objetivo e sem a mínima formalidade para a dispensa/inexigibilidade de licitação”.(6)

O momento consumativo do crime consistente em dispensar ou inexigir licitação sempre foi controverso. Embora as condutas típicas atuais não sejam as mesmas – pois consistem em admitir, possibilitar ou dar causa a contratação direta ilegal –, acreditamos que a controvérsia permanece, porque o debate que consiste em saber o exato momento em que os atos de dispensar ou inexigir têm relevância jurídico-penal não perde o sentido com a alteração do tipo.

Sob a vigência do art. 89 da Lei 8.666/93 havia quem sustentasse a consumação no momento em que formalizado o ato de dispensa ou inexigibilidade, independentemente da celebração do contrato administrativo e da ocorrência de prejuízo ao erário.

Cezar Roberto Bitencourt sempre defendeu que o crime se consuma apenas na celebração do contrato. Antes disso, não há qualquer ofensa a princípios administrativos, pois o administrador público pode a qualquer momento retificar os atos que levariam à contratação direta ilegal, seja para impedi-la, seja para adequá-la aos fundamentos legais. (7)

E, como já mencionamos, o STJ exige ainda mais: o efetivo prejuízo ao erário em decorrência da contratação direta indevida.

A modificação das condutas típicas pela Lei 14.133, insistimos, não contribuiu para arrefecer o debate.

⁶. MENDES JÚNIOR, José Francisco Seabra. Desnecessidade de efetivo prejuízo ao erário e dolo específico para configuração do crime do art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93. 2014. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/seabralicit.pdf>>. Acesso em: 12/12/2020.

⁷. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174-176.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Citação por carta Rogatória. Termo final da suspensão da prescrição. Data da efetiva da citação. Retorno da contagem.

INFORMATIVO 691 STJ- QUINTA TURMA

O termo final da suspensão do prazo prescricional pela expedição de carta rogatória para citação do acusado no exterior é a data da efetivação da comunicação processual no estrangeiro, ainda que haja demora para a juntada da carta rogatória cumprida aos autos.

Informações do Inteiro Teor:

Cinge-se a controvérsia sobre quais os corretos marcos de início e fim da suspensão do prazo de prescrição no caso de citação por carta rogatória, considerando o disposto no art. 368 do CPP.

De um lado, sustenta-se que a data de cumprimento da carta rogatória é da sua juntada aos autos, o que afastaria a prescrição, enquanto do outro lado, entende-se que tal data equivale à efetiva citação no estrangeiro, o que conduziria à extinção da punibilidade. A diferença decorre do considerável lapso temporal entre a realização da comunicação processual no estrangeiro e a juntada aos autos.

Ambas as interpretações são razoáveis, mas isso acontece justamente em razão da imprecisão do texto legal, da sua omissão legislativa em estabelecer os marcos iniciais e finais exatos para a suspensão da prescrição. Esta opção legislativa por vagueza termina aumentando a margem de discricionariedade do julgador, especialmente em caso como este, sobre o qual, ao que tudo indica, além de não haver precedente vinculante, não há jurisprudência dominante acerca do tema nos Tribunais Superiores.

Assim, diante da divergência doutrinária e jurisprudencial, deve prevalecer o entendimento de que a fluência do prazo prescricional continua não na data em que os autos da carta rogatória der entrada no cartório, mas sim naquela em que se der o efetivo cumprimento no juízo rogado.

Vale ressaltar que a questão é hermenêutica e não de integração da norma jurídica, sendo que a Súmula 710/STF estabelece que no processo penal os prazos contam-se da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem, valendo o mesmo raciocínio para a carta rogatória. Tal entendimento tem por base a regra específica do art. 798, § 5º, "a", do CPP, que diferencia a sistemática adotada para os processos criminais em relação aos processos cíveis.

Boletim Criminal **Comentado** 134- Abril-2021

Processo: REsp 1.882.330/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 06/04/2021

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A carta rogatória mostra-se cabível sempre que o acusado resida no exterior, em local sabido. Alguém já a conceituou como verdadeira “precatória para o estrangeiro”. Trata-se de ato que se constitui em cooperação jurídica internacional, como enfatiza o art. 37 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

A redação original do art. 367 do CPP fazia uma distinção quanto ao crime imputado ao acusado residente no exterior. Inafiançável o crime pelo qual respondia, a citação deveria ocorrer por rogatória. Já se afiançável o delito, bastava a citação por edital. O legislador, no artigo 368, não mais distinguiu entre uma e outra situação, determinando a citação por rogatória do réu, qualquer que seja a natureza do delito, em tese, por ele cometido.

Destaque-se o dispositivo não faz diferenciação (vedada, pois, ao intérprete) entre acusado estrangeiro e nacional, nada impedindo, assim, que um brasileiro, tendo praticado um crime em nosso país e mudando-se para o exterior, seja citado por rogatória. O mesmo ocorre se o delito for perpetrado por estrangeiro em território nacional, que depois se mudou para o exterior.

Alerta o art. 368 do CPP que o curso do prazo de prescrição fica suspenso até o cumprimento do chamamento. O objetivo claro desta medida é de impedir que atitudes escoteiras da defesa culminem com a decretação da prescrição da pretensão punitiva estatal e consequente extinção da punibilidade, nos termos do art. 109, inc. IV do Código Penal. Agora, expedida a rogatória, fica suspenso o prazo prescricional. Sempre se discutiu o termo final da suspensão. Decidiu o STJ, no julgado em comento, que a fluência do prazo prescricional continua não na data em que os autos da carta rogatória der entrada no cartório, mas sim naquela em que se der o efetivo cumprimento no juízo rogado.

2- Tema: Conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva. Posterior apresentação da representação da autoridade policial. Possibilidade.

INFORMATIVO 691 STJ- QUINTA TURMA

O posterior requerimento da autoridade policial pela segregação cautelar ou manifestação do Ministério Público favorável à prisão preventiva suprem o vício da inobservância da formalidade de prévio requerimento.

Boletim Criminal **Comentado** 134- Abril-2021

Processo: AgRg no RHC 136.708/MS, Rel. Min. Felix Fisher, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 11/3/2021.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Já comentamos em edições anteriores que o STJ, depois de externar divergências entre as Turmas, uniformizou entendimento para não admitir decretação da prisão preventiva sem provocação (representação do Delegado de Polícia ou requerimento do MP).

E se a prisão for decretada de ofício pelo Magistrado?

No julgado em comento, o mesmo Tribunal, com fundamento nos princípios da instrumentalidade e da economia processual, decidiu que a posterior representação da autoridade policial pela segregação cautelar ou manifestação do Ministério Público favorável à medida cautelar extrema suprem o vício da inobservância da formalidade de prévio requerimento, corroborando a higidez do feito e ausência de nulidade processual.

A eventual concessão da ordem, no sentido de revogar a prisão preventiva seria inócua ante a possibilidade de imediata decretação de nova prisão preventiva, quando há mais de um pleito no sentido da decretação e manutenção da segregação cautelar.

3- Tema: 2ª Turma- HC contra condenação a pena de multa deve ser analisado caso a caso

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

O colegiado afastou jurisprudência consolidada sobre a matéria e restabeleceu pena fixada a um condenado por tráfico de drogas, por entender que a reforma da sentença agravou sua situação processual.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), na sessão desta terça-feira (13), concedeu habeas corpus de ofício a um homem condenado por tráfico de drogas e restabeleceu a pena de multa fixada na sentença, que havia sido majorada na segunda instância em recurso apresentado somente pela defesa. Para o colegiado, a aplicação da Súmula 693, que considera inviável habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, deve ser analisada caso a caso.

Ao dar provimento ao agravo regimental da defesa, a turma concedeu o habeas de ofício, por entender que a reforma da sentença condenatória havia agravado a situação do réu e poderia repercutir na sua liberdade de locomoção.

Illegalidade

Boletim Criminal **Comentado** 134- Abril-2021

Marcio Wesley Lima de Paula foi condenado, em primeiro grau, à pena de nove anos e seis meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 660 dias-multa, por tráfico de drogas. Em recurso exclusivo da defesa, pois não houve apelação do Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) reduziu a pena privativa de liberdade para sete anos e sete meses, mas majorou a pena de multa para 758 dias-multa.

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus (HC) 194952, a Defensoria Pública da União (DPU) questionava o aumento da multa aplicada no julgamento de recurso do condenado. O relator, ministro Ricardo Lewandowski, aplicou o enunciado da súmula e negou provimento ao recurso.

No agravo, a DPU argumentou que o inadimplemento da multa poderia impedir a progressão de regime e refletir no direito de ir e vir do réu. O julgamento foi iniciado em ambiente virtual, com os votos do relator, que mantinha sua decisão monocrática, e da ministra Cármen Lúcia, que o acompanhava.

Ponderação

Ao votar na sessão de hoje, o ministro Gilmar Mendes apontou a evidente ilegalidade no caso, por violação ao princípio que veda o agravamento da situação do réu por meio de recurso movido exclusivamente pela defesa. Para ele, o rigor da Súmula 693 precisa ser ponderado, pois, em recentes precedentes, o Supremo tem intensificado as consequências gravosas relacionadas à pena de multa.

Como exemplo, lembrou que a Corte decidiu que a pena de multa tem natureza de sanção penal e que o não pagamento pode impedir a extinção de punibilidade e mesmo a progressão de regime prisional, afetando diretamente a liberdade do condenado. Ressaltou, ainda, o entendimento de que o indulto da pena privativa de liberdade não se estende à de multa quando ultrapassado o valor mínimo para inscrição em dívida ativa da União. Portanto, a seu ver, a aplicação do enunciado sumular deve ser analisada em cada caso concreto.

Reajuste

Na sessão de hoje, o relator, ministro Lewandowski, e a ministra Cármen Lúcia, reformularam sua compreensão para acompanhar o voto-vista do ministro Gilmar Mendes pela concessão de habeas corpus de ofício.

Processo relacionado: RHC 194952

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Boletim Criminal **Comentado** 134- Abril-2021

Importante destacar do julgado em comento que o STF, ao admitir HC contra condenação a pena de multa, reafirma posição anterior no sentido de que o não pagamento injustificado da sanção pecuniária pode servir como justificativa para a denegação da progressão de regimes.

Essa tese vem sendo defendida pelos promotores de Justiça com atuação nas Varas de Execuções Criminais, já existindo precedentes nesse sentido no TJ SP e no próprio STJ.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Jurisprudência em Teses traz segunda parte sobre lavagem decapitais

Jurisprudência em Teses- STJ

A Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) disponibilizou a edição 167 de **Jurisprudência em Teses**, intitulada *Do Crime de Lavagem II*. Nesta publicação, outras duas teses sobre o assunto foram destacadas.

A primeira estabelece que o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da infração penal antecedente não implica atipicidade do delito de lavagem (artigo 1º da Lei 9.613/1998).

A segunda afirma que, nos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, é legítima a exasperação da pena-base pela valoração negativa das consequências do crime em decorrência da movimentação de expressiva quantia de recursos que extrapole o elemento natural do tipo.

Clique [aqui](#)

2- Tema: Ministra Rosa Weber suspende trechos de decretos que flexibilizam regras sobre armas de fogo

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

Segundo a relatora, as normas exorbitam os limites do poder regulamentar atribuído ao presidente da República e vulneram políticas públicas de proteção a direitos fundamentais.

A ministra Rosa Weber deferiu liminar para suspender a eficácia de diversos dispositivos de quatro decretos presidenciais, publicados em 12/2/2021, que regulamentam o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003). Entre eles estão o que afasta o controle do Comando do Exército sobre a aquisição e o registro de alguns armamentos e equipamentos e o que permite o porte simultâneo de até duas armas de fogo por cidadãos.

Na decisão, proferida em cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6675, 6676, 6677, 6680 e 6695), a ministra destaca a necessidade da análise imediata dos pedidos cautelares em razão da iminência da entrada em vigor dos decretos (60 dias após sua publicação). Os processos já estão inseridos na pauta do Plenário, na sessão virtual que se inicia em 16/4, e o colegiado deliberará sobre eventual ratificação da liminar.

Inovações incompatíveis

Boletim Criminal **Comentado** 134- Abril-2021

Segundo a ministra Rosa Weber, as inovações introduzidas pelos Decretos 10.627, 10.628, 10.629 e 10.630/2021, com o propósito de promover a “flexibilização das armas” no Brasil, são incompatíveis com o sistema de controle e fiscalização de armas instituído pelo Estatuto do Desarmamento e exorbitam dos limites do poder regulamentar atribuído ao presidente da República pela Constituição Federal.

Os regulamentos, explica a relatora, servem para dar aplicabilidade às leis e devem observância ao espaço restrito de delegação. “O respeito à lei é, portanto, requisito de constitucionalidade, na medida em que o respeito à legalidade é condição para a tutela do princípio constitucional da separação de poderes”, ressaltou.

A relatora aponta, ainda, vulneração a políticas públicas de proteção a direitos fundamentais e assinala que é dever do Estado promover a segurança pública como corolário do direito à vida.

Efeitos prejudiciais

Outro fundamento apontado é o modelo contemporâneo de segurança pública, que preconiza o controle rigoroso do acesso da população às armas, acessórios e munições, em razão de seus efeitos prejudiciais sobre a segurança e o bem-estar da comunidade. “Inúmeros estudos, apoiados por expressiva maioria da comunidade científica mundial, revelam uma inequívoca correlação entre a facilitação do acesso da população às armas e o desvio desses produtos para as organizações criminosas, milícias e criminosos em geral, por meio de furtos, roubos ou comércio clandestino, aumentando ainda mais os índices de delitos patrimoniais, de crimes violentos e de homicídios”, afirma.

Fragilização

A ministra destaca que o Estatuto do Desarmamento é o diploma legislativo que sintetiza os valores constitucionais concernentes à proteção da vida humana e à promoção da segurança pública contra o terror e a mortalidade provocada pelo uso indevido das armas de fogo. A seu ver, os decretos presidenciais fragilizaram o programa normativo estabelecido no Estatuto, que inaugurou uma política de controle responsável de armas de fogo e munições no território nacional.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A medida liminar suspende a eficácia dos decretos na parte em que introduzem as seguintes inovações:

- afastamento do controle exercido pelo Comando do Exército sobre projéteis para armas de até 12,7 mm, máquinas e prensas para recarga de munições e de diversos tipos de miras, como as telescópicas;

Boletim Criminal **Comentado** 134- Abril-2021

- autorização para a prática de tiro recreativo em entidades e clubes de tiro, independentemente de prévio registro dos praticantes;
- possibilidade de aquisição de até seis armas de fogo de uso permitido por civis e oito armas por agentes estatais com simples declaração de necessidade, com presunção de veracidade;
- comprovação, pelos CACs (caçadores, atiradores e colecionadores) da capacidade técnica para o manuseio de armas de fogo por laudo de instrutor de tiro desportivo;
- comprovação pelos CACs da aptidão psicológica para aquisição de arma mediante laudo fornecido por psicólogo, dispensado o credenciamento na Polícia Federal;
- dispensa de prévia autorização do Comando do Exército para que os CACs possam adquirir armas de fogo;
- aumento do limite máximo de munições que podem ser adquiridas, anualmente, pelos CACs;
- possibilidade do Comando do Exército autorizar os CACs a adquirir munições em número superior aos limites pré-estabelecidos;
- aquisição de munições por entidades e escolas de tiro em quantidade ilimitada;
- prática de tiro desportivo por adolescentes a partir dos 14 anos de idade completos;
- validade do porte de armas para todo território nacional;
- porte de trânsito dos CACs para armas de fogo municionadas; e
- porte simultâneo de até duas armas de fogo por cidadãos.

Leia a [**íntegra da decisão**](#).

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Divergência entre o MM. Juiz e o Douto Promotor de Justiça em relação à descrição da conduta e capitulação jurídica dada ao fato na inicial; o ilustre Representante do Ministério Público considerou que a conduta versada se adequa ao disposto no art. 215-A do CP, enquanto o Magistrado, com base em precedentes do STJ, considera que a conduta se ajusta ao art. 217-A do CP.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28

Autos nº 1500xxx-5x.2020.8.26.0236 – MM. Juízo da Vara Criminal da Comarca de Ibitinga

Acusado: GETÚLIO LOPES

Assunto: divergência entre o MM. Juiz e o Douto Promotor de Justiça em relação à descrição da conduta e capitulação jurídica dada ao fato na inicial; o ilustre Representante do Ministério Público considerou que a conduta versada se adequa ao disposto no art. 215-A do CP, enquanto o Magistrado, com base em precedentes do STJ, considera que a conduta se ajusta ao art. 217-A do CP.

Cuida-se de ação penal movida pelo Ministério Público em face de GETÚLIO LOPES, por fato ocorrido no dia 18 de janeiro de 2020, por volta das 19h30min, na Avenida Engenheiro Invanil Francischini, nº 13755, Jardim do Bosque, na cidade e comarca de Ibitinga, ocasião em que praticou ato libidinoso contra a vítima *Maria Eduarda Gonçalves*, menor de 14 anos de idade, sem a sua anuência, com o objetivo de satisfazer a própria lascívia; segundo apurado, o acusado é irmão da avó da vítima; num contexto de festa em família, o acusado aproveitou-se de momento em que não havia vigilância sobre a ofendida e passou a mão nos seios da menina, assim como nas nádegas dela, por cima do biquini, chamando-a de "gostosinha" (cf. fls. 98/100).

Ao oferecer denúncia, o Douto Promotor de Justiça propôs ao réu a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95, com as condições elencadas no item 2 de fls. 98.

Boletim Criminal **Comentado** 134- Abril-2021

O MM. Juiz da Vara Criminal de Ibitinga, porém, discordou da descrição típica atribuída à conduta, invocando precedentes do Superior Tribunal de Justiça, para concluir que por se tratar de vítima menor de 14 anos de idade, vulnerável, a figura típica a considerar é a do art. 217-A, do Código Penal, não a do art. 215-A, do Código Penal, e por isso aplicou por analogia o disposto no art. 28, do Código de Processo Penal (cf. fls. 106/109).

É o relato do necessário.

Com razão o MM. Juiz, com a máxima vênia do Douto Representante do Ministério Público.

A investigação que deu base à propositura da ação penal se instaurou porque compareceu à Delegacia de Defesa da Mulher da Comarca de Ibitinga a avó paterna da vítima *Maria Eduarda Gonçalves Romano*, menina de 10 anos de idade, que relatou que no dia 18 de janeiro de 2020, estava na casa de seu irmão GETÚLIO LOPES, pois estavam comemorando, de forma antecipada, o aniversário da avó da vítima. Por volta das 19h30 daquele dia, a avó e sua neta, a ofendida, saíram do local e foram para a residência da avó, onde também reside a vítima. Passado certo tempo, a avó notou a neta chorando e a questionou: "O que aconteceu?"; ao que a criança respondeu que o tio GETÚLIO a tinha molestado, chamando-a de "gostosinha"; passou a mão nela, no seu peito, ficou apertando-o, assim como a "bunda" da criança, por cima do biquini que a criança usava na ocasião (cf. histórico de fls. 03/04).

Em depoimento, Hélia Regina Lopes, irmã do investigado e avó da ofendida, confirmou o relato que lhe fizera a criança, na ocasião (fls. 05).

O investigado, interrogado, negou por completo as acusações (cf. fls. 09).

O laudo pericial de fls. 12/14 não constatou a presença de vestígios de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso.

Relatada a investigação criminal, foram requeridas diligências (cf. fls. 21/22).

Boletim Criminal **Comentado** 134- Abril-2021

Foi designada audiência, para coleta do depoimento especial da vítima, nos termos da Lei nº 13.431/17 (cf. fls. 65/68).

O relatório de estudo social (fls. 85/94), que se debruçou também sobre o depoimento prestado pela ofendida, narrou que "a criança fez o relato de modo claro e coerente, apesar de tensa, não apresentou contradições o que é possível aduzir a veracidade dos fatos, considerando que alguns conteúdos não condizem com vivências percebidas no núcleo familiar e universo cultural da família" (fls. 90).

Feito este breve esforço das provas produzidas na investigação criminal, conclui-se que o tipo penal violado é realmente o do art. 217-A, do Código Penal.

Isso porque se cuida, na hipótese, de vítima vulnerável, menor de 14 anos de idade, em que a conduta praticada pelo investigado, tio-avô da menor, amolda-se ao delito em apreço e não comporta capitulação na figura do crime de importunação sexual, do art. 215-A, do Código Penal, conforme tem decidido de forma reiterada o Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se, nesse sentido, recente precedente daquela Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TESE DE NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE OUVIDA DA VÍTIMA ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PLEITO APRESENTADO DE FORMA EXTEMPORÂNEA PERANTE A CORTE DE ORIGEM. LEI N. 13.431/2017. PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. GARANTIA DE ÚNICA OUVIDA. **PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS.** REQUERIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel.

Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. No que tange ao pleito de nulidade do feito, sob o fundamento de que a vítima deveria ser ouvida em Juízo nos termos do art. 616 do Código de Processo Penal, a Corte de origem consignou que o pedido de conversão do julgamento em diligência foi apresentado de forma extemporânea, quando a sessão de julgamento do recurso de apelação já estava em andamento.

3. As disposições contidas na Lei n. 13.431/2017 visam à maior proteção da criança e do adolescente, garantindo que sua ouvida ocorra apenas uma vez, a fim de se evitar sua revitimização, ainda que haja mitigação do direito ao contraditório e à ampla defesa pelo acusado. De mais a mais, a conversão do julgamento em diligência, para nova ouvida do réu, testemunhas e vítima antes do julgamento, é faculdade do relator. Por consectário, se não foi reconhecida a necessidade da referida diligência, não há como se analisar, nessa via, a conveniência ou imprescindibilidade da medida.

4. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente ou desclassificação da conduta, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Na hipótese dos autos, a Corte local rechaçou a tese de desclassificação da conduta para o crime descrito no art. 215-A do CP.

5. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, não é possível a desclassificação da conduta tipificada no art. 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável) para a figura típica prevista no art. 215-A do Estatuto Repressivo (importunação sexual), na hipótese em que o agente pratica ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vítima menor de 14 (quatorze) anos, independentemente de violência ou grave ameaça, em razão o princípio da especialidade.

Precedentes.

6. Com relação ao requerimento de concessão de prisão domiciliar, tem-se que o tema não foi objeto de cognição pelo Tribunal de origem ou pelo Juízo das Execuções - autoridade a quem cabe a análise de tal questão -, o que torna inviável o seu exame nesta sede, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 609.855/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021)

Na mesma direção, caminha o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO CRIMINAL – Crime Sexual – Estupro de vulnerável (Artigo 217-A, c.c. artigo 226, inciso II, ambos do Código Penal) - Recurso da DEFESA – Pleito absolutório por insuficiência probatória - NÃO VERIFICADO – Provas seguras da prática do delito. Condenação é medida que se impõe. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação para o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do CP - IMPOSSIBILIDADE - Não há que se falar em desclassificação para o crime de importunação sexual quando se constata que o réu manteve contato físico com a vítima e, a todo momento, agiu com vontade livre e consciente de satisfazer sua lascívia, praticando, para tanto, atos libidinosos diversos da conjunção carnal com adolescente menor de 14 anos de idade. Recurso improvido (TJSP; Apelação Criminal 0001202-41.2018.8.26.0338; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mairiporã - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/03/2021; Data de Registro: 23/03/2021)

Boletim Criminal **Comentado** 134- Abril-2021

Ante o exposto, verifica-se que a descrição típica da conduta procedida pelo Douto Promotor de Justiça natural não deve, com a máxima vênia, subsistir.

Em respeito ao princípio da independência funcional, designa-se outro Promotor de Justiça para aditar a denúncia, com a descrição das elementares do art. 217-A, do Código Penal, capitulando ainda a conduta atribuída ao investigado neste tipo penal, e para prosseguir nos demais termos da ação penal, até final decisão, facultando-se ao ilustre Promotor de Justiça designado a faculdade de compensação, em conformidade com o disposto nas Resoluções nº 302/2003 e 488/2006 (CGMP, CSMP, PGJ).

Expeça-se portaria, designando-se o Substituto Automático, se necessário.

São Paulo, 9 de abril de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº135, 4/2021
(semana nº 4)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Violência doméstica e familiar contra a mulher. Concessão de medida protetiva que obriga o agressor. Intimação da vítima por meio eletrônico (Whatsapp) - Dever do juiz

Reza o art. 21 da Lei Maria da Penha:

Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

O dispositivo impõe a notificação da vítima “dos atos processuais relativos ao agressor”. A intenção perseguida pelo legislador, nesse caso, parece ser a de evitar que a ofendida seja tomada de surpresa, sem chance de se acautelar, principalmente com eventual ordem que obriga ou desobriga o agressor. Se é essa a ratio legis, há que se concluir, necessariamente, que se impõe a notificação pessoal, sob pena de não atingir seu objetivo.

Essa notificação, que possui quase que um cunho administrativo, admite total informalidade em sua utilização.

Pode, assim, ser realizada inclusive por meio eletrônico (e-mail), como autoriza o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), diploma a ser empregado subsidiariamente à Lei Maria da Penha (art. 13). Com efeito, o novo codex prevê essa espécie de intimação como regra, ao dispor que “as intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei” (art. 270 do CPC/2015).

Aliás, a intimação por meio de correio eletrônico (e-mail), já é prevista na Res. 522 do STJ, permite tal espécie de intimação das partes, do Ministério Público, advogados etc., no âmbito dos Juizados Especiais Federais. E mesmo por telefone.

Recentemente, foi realizado o 3.º Fórum Nacional dos Juizados Especiais, dele resultando o enunciado 73, com a seguinte redação:

“A intimação telefônica, desde que realizada diretamente com a parte e devidamente certificada pelo servidor responsável, atende plenamente aos princípios constitucionais aplicáveis à comunicação dos atos processuais”.

De sua parte, o Enunciado 9, do Fonavid (Fórum Nacional de Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), prevê in verbis:

“A notificação/intimação da vítima acerca da concessão de soltura do agressor pode ser feita por qualquer meio de comunicação”.

Boletim Criminal **Comentado** 135- Abril-2021

O importante é que a mulher tome conhecimento dos atos processuais.

A Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça, atenta às proteções previstas na Lei no 11.340/06, autorizou a intimação das vítimas de violência doméstica por meio de comunicação eletrônica (WhatsApp) em caso de deferimento de medidas protetivas de urgência, fazendo-o por meio do Comunicado CG no 262/2020, do seguinte teor:

A CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, considerando a Resolução CNJ no 313/2020 e o Provimento CSM no 2.549/2020 que estabeleceu o Sistema Remoto de Trabalho, COMUNICA aos Magistrados, Dirigentes e Servidores das Unidades Judiciais e aos Oficiais de Justiça que, mantidos os termos do item 2, alínea f, do Comunicado Conjunto nº 249/2020, também é permitida a intimação da vítima por meio do aplicativo WhatsApp, nos casos de deferimento das medidas protetivas de urgências, desde haja anuência daquela, no momento da lavratura do boletim de ocorrência ou da apresentação do requerimento, com o fornecimento do número de seu telefone celular.

O promotor de Justiça de Jacupiranga, Dr. Danilo Keiti Goto, ingressou com correição parcial contra ato da juíza que não observou referido Comunicado, sendo concedida liminar.

Clique [aqui](#) para ler o voto do E. Relator, Des. Otávio Rocha.

2-Tema: Súmula 648 STJ e o trancamento da ação penal via HC

O trancamento da ação penal, por meio do habeas corpus, é possível, sob o fundamento da ausência de justa causa. Lembre-se que o art. 395, inc. III, do CPP, determina a rejeição da denúncia ou queixa quando “faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

O trancamento de ação penal pela via do habeas corpus, segundo pacífica jurisprudência do STF, constitui medida excepcional só admissível quando evidente a falta de justa causa para o seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta do acusado.

O STJ pacifica, nesse assunto, mais uma discussão. Ao publicar a Súmula 648, decidiu:

“A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em habeas corpus”.

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

3-Tema: Código Penal, Pacote Anticrime e derrubada dos vetos.

1) Homicídio qualificado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
<p>Art. 121. Matar alguém:</p> <p>Pena - reclusão, de seis a vinte anos.</p> <p>(...)</p> <p>Homicídio qualificado</p> <p>§ 2º Se o homicídio é cometido:</p> <p>I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;</p> <p>II - por motivo fútil;</p> <p>III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;</p> <p>IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;</p> <p>V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de</p>	<p>Art. 121. Matar alguém:</p> <p>Pena - reclusão, de seis a vinte anos.</p> <p>(...)</p> <p>Homicídio qualificado</p> <p>§ 2º Se o homicídio é cometido:</p> <p>I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;</p> <p>II - por motivo fútil;</p> <p>III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;</p> <p>IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;</p> <p>V - para assegurar a</p>	<p>Art. 121. Matar alguém:</p> <p>Pena - reclusão, de seis a vinte anos.</p> <p>(...)</p> <p>Homicídio qualificado</p> <p>§ 2º Se o homicídio é cometido:</p> <p>I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;</p> <p>II - por motivo fútil;</p> <p>III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;</p> <p>IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;</p> <p>V - para assegurar a</p>

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

<p>outro crime;</p> <p>Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;</p> <p>VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:</p> <p>Pena - reclusão, de doze a trinta anos.</p>	<p>outro crime;</p> <p>Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;</p> <p>VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;</p> <p>VIII - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>Pena - reclusão, de doze a trinta anos.</p>	<p>outro crime;</p> <p>Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;</p> <p>VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;</p> <p>VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>Pena - reclusão, de doze a trinta anos.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Incluído pela Lei 13.964/19, o inciso VIII do § 2º do art. 121 havia sido vetado pelo presidente da República:

“A propositura legislativa, ao prever como qualificadora do crime de homicídio o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, sem qualquer ressalva, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, além de gerar insegurança jurídica, notadamente aos agentes de segurança pública, tendo em vista que esses servidores poderão ser severamente

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

processados ou condenados criminalmente por utilizarem suas armas, que são de uso restrito, no exercício de suas funções para defesa pessoal ou de terceiros ou, ainda, em situações extremas para a garantia da ordem pública, a exemplo de conflito armado contra facções criminosas”.

Os argumentos não foram suficientes para convencer o legislador, que decidiu resgatar a disposição original do projeto aprovado e derrubou o veto.

A qualificadora é uma norma penal em branco, pois os conceitos relativos às armas de uso restrito e às armas de uso proibido devem ser obtidos no art. 3º, parágrafo único, do Anexo I do Decreto 10.030/19:

“II - arma de fogo de uso restrito - as armas de fogo automáticas, de qualquer tipo ou calibre, 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; ou

c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules”.

“III - arma de fogo de uso proibido:

a) as armas de fogo classificadas como de uso proibido em acordos ou tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; e

b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos”.

Além disso, a Portaria 1.222/19, expedida pelo Comandante do Exército, elenca, no anexo B, os calibres nominais de armas e munições de uso restrito (o que faz do inciso VIII uma norma penal em branco ao quadrado, pois seu complemento imediato deve ser também integrado com outra norma).

Assim como acontece em outros crimes cometidos com o emprego de arma de fogo – como o roubo –, em regra a posse e o porte ilegais são absorvidos pelo homicídio, pois considerados apenas meios para alcançar o resultado pretendido (ceifar a vida de alguém). Não se exclui, no entanto, a possibilidade de concurso de crimes se as condutas estiverem destacadas no tempo, em distintos contextos fáticos.

Tratando-se de um modo de executar o crime, esta qualificadora tem natureza objetiva.

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

2) Causa de aumento de pena nos crimes contra a honra

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
<p>Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:</p> <p>I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;</p> <p>II - contra funcionário público, em razão de suas funções;</p> <p>III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.</p> <p>IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)</p> <p>Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.</p>	<p>Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:</p> <p>I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;</p> <p>II - contra funcionário público, em razão de suas funções;</p> <p>III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.</p> <p>IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)</p> <p>§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de</p>	<p>Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:</p> <p>I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;</p> <p>II - contra funcionário público, em razão de suas funções;</p> <p>III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.</p> <p>IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)</p> <p>§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de</p>

	2019) § 2º - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)	2019) § 2º - Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
--	------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

O art. 141, § 2º, do CP triplica a pena nos casos em que o crime contra a honra é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores. Este parágrafo havia sido vetado pelo presidente da República, para quem

“A propositura legislativa, ao promover o incremento da pena no triplo quando o crime for cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, notadamente se considerarmos a existência da legislação atual que já tutela suficientemente os interesses protegidos pelo Projeto, ao permitir o agravamento da pena em um terço na hipótese de qualquer dos crimes contra a honra ser cometido por meio que facilite a sua divulgação. Ademais a substituição da lavratura de termo circunstanciado nesses crimes, em razão da pena máxima ser superior a dois anos, pela necessária abertura de inquérito policial, ensejaria, por conseguinte, superlotação das delegacias, e, com isso, redução do tempo e da força de trabalho para se dedicar ao combate de crimes graves, tais como homicídio e latrocínio.”

De fato, o crime cometido por meio de redes sociais já podia ter a pena majorada na forma do inciso III do mesmo artigo. O legislador, no entanto, não foi convencido pelo argumento presidencial e derrubou o veto.

Boletim Criminal **Comentado** 135- Abril-2021

O que pode ser considerado uma rede social para os efeitos desta majorante?

Em dezembro de 2019, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 305, que estabelece os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário. De acordo com o parágrafo único do art. 2º, são considerados redes sociais os “sítios da internet, plataformas digitais e aplicativos de computador ou dispositivo eletrônico móvel voltados à interação pública e social, que possibilitem a comunicação, a criação ou o compartilhamento de mensagens, de arquivos ou de informações de qualquer natureza”.

Parece um bom parâmetro para a interpretação desta causa de aumento de pena, pois especifica que rede social é um mecanismo voltado à interação pública e social, o que exclui meios de contato privado. Assim, podem ser consideradas redes sociais plataformas como Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, LinkedIn, Pinterest e grupos ou canais de acesso aberto no Telegram. Excluem-se, por outro lado, meios dedicados à comunicação privada como o Skype, o próprio Telegram utilizado com acesso restrito e o WhatsApp, ainda que, no caso deste último, se trate de grupos, que, pelas características do aplicativo, são restritos a pessoas individualmente adicionadas pelos administradores.

4-Tema: Código de Processo Penal, Pacote Anticrime e derrubada dos vetos.

1) Audiência de custódia por videoconferência

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
Sem norma correspondente.	Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:	Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

	<p>(...)</p> <p>§ 1º (VETADO).</p> <p>§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.</p>	<p>(...)</p> <p>§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.</p> <p>§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

A Lei 13.964/19 criou a figura do juiz das garantias, órgão jurisdicional com a missão de acompanhar as diversas etapas da investigação. O juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (art. 3º-B). Dessa forma, quem julgará o caso – juiz de instrução – somente terá contato com o resultado da investigação depois de

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

oferecida e recebida a inicial acusatória. A ideia que permeia a criação do instituto do juiz das garantias é a de distanciar o juiz de instrução da fase anterior, o que, acredita-se, lhe dará maior imparcialidade.

Uma das atribuições do juiz das garantias é a realização da audiência de custódia. O projeto que originou a Lei 13.964/19 dispunha que essa audiência não poderia ser realizada por meio de videoconferência:

“§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência” (art. 3º-B do CPP).

O presidente da República vetou o § 1º:

“A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar em aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados, violando as regras do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 LRF e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei nº 13.707, de 2018).”.

O Parlamento, contudo, deliberando sobre o veto, decidiu exumar o dispositivo. Por um lado, merece aplausos, pois o art. 310 do CPP, que trata da audiência de custódia, a impõe somente na prisão em flagrante. O §1º do art. 3º-B deixa claro que a audiência se aplica para qualquer espécie de prisão provisória, melhor dialogando com documentos internacionais e com a própria Resolução 213/15 do CNJ. Contudo, com a mesma sinceridade que reconhecemos o acerto, nesse tanto, criticamos a vedação ao emprego de videoconferência na realização do ato.

Deve ser lembrado que a Resolução 357/20 do mesmo Conselho, alterando o art. 19 da sua Resolução 329/20, admite a audiência de custódia por videoconferência quando não for possível a realização presencial em 24 horas. Deve ser garantido o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e o advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência,

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

telefone ou qualquer outro meio de comunicação. Para prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal:

I – deverá ser assegurada privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência. O preso deve permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor no ambiente;

II – a condição exigida no inciso I poderá ser certificada pelo próprio Juiz, Ministério Público e Defesa, por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a permitir a visualização integral do espaço durante a realização do ato;

III – deverá haver também uma câmera externa a monitorar a entrada do preso na sala e a porta desta; e

IV – o exame de corpo de delito, a atestar a integridade física do preso, deverá ser realizado antes do ato.

A norma administrativa ainda dispõe que deve ser assegurada a participação do Ministério Público, que pode propor, inclusive, o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Alerta, por fim, que as salas destinadas à realização de atos processuais por sistema de videoconferência podem ser fiscalizadas pelas corregedorias e pelos juízes que presidem as audiências.

Agora, com a promulgação do §1º do art. 3º-B, instala-se o retrocesso. A videoconferência não pode ser demonizada; deve ser encarada como inevitável instrumento de progresso, celeridade e eficiência. Adotadas as cautelas impostas pelo CNJ, a presença virtual não traz prejuízos.

Lembramos, para finalizar, que o ministro Luiz Fux, no exercício da presidência do STF, suspendeu liminarmente a implantação do juiz das garantias por prazo indeterminado (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305). Em apertada síntese, ponderou o ministro, não sem razão, que 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, ensejando completa reorganização da justiça criminal. Por isso mesmo, o projeto aprovado funciona como uma reforma do Poder Judiciário. Deveria, então, ter vindo de proposta do Judiciário, como determina o art. 93, “d”, da CF/88.

2) Indicação de defensor a servidores da segurança pública

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com vetos	Redação depois que o Parlamento derrubou os
--------------------------------	--------------------------------------------	---------------------------------------------

			vetos
Sem correspondente.	norma	<p>Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Código Penal, o indiciado poderá constituir defensor.</p> <p>§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até quarenta e oito horas a contar do recebimento da citação.</p> <p>§ 2º Esgotado o prazo disposto no §1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado,</p>	<p>Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Código Penal, o indiciado poderá constituir defensor.</p> <p>§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citadoda instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até quarenta e oito horas a contar do recebimento da citação.</p> <p>§ 2º Esgotado o prazo disposto no §1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado,</p>

	<p>a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de quarenta e oito horas, indique defensor para a representação do investigado.</p> <p>§ 3º (Vetado)</p> <p>§ 4º (Vetado)</p> <p>§ 5º (Vetado)</p> <p>§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para Garantia da Lei e da Ordem.</p>	<p>a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de quarenta e oito horas, indique defensor para a representação do investigado.</p> <p>“§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.</p> <p>§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.</p> <p>§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.</p> <p>§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para Garantia da Lei e da Ordem.</p>
--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

A Lei 13.964/19 assegura aos servidores vinculados às instituições dispostas nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal que figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional ou missões para garantia da lei e da ordem, o direito de constituir defensor para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à sua defesa administrativa. A regra parece, nesse tanto, inútil. Qualquer pessoa investigada pode constituir defensor. Até mesmo uma testemunha pode, caso assim deseje, ser acompanhada por advogado em seu depoimento.

A lei determina que o investigado seja citado da instauração do procedimento, em razão do que pode constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação (§ 1º).

De acordo com o § 2º, se, esgotado o prazo sem a nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deve intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no mesmo prazo, indique defensor para a representação.

A regra foi criticada por diversas razões: a) viola a cláusula constitucional isonômica, pois restringe a garantia anunciada aos agentes públicos investigados por “fatos relacionados ao uso da força letal”, em evidente discriminação aos demais servidores da segurança pública investigados por ações diversas; b) dificulta a investigação de fatos graves, pois a falta de nomeação de defensor pelo investigado no início da apuração administrativa resulta na suspensão da persecução inquisitorial até o saneamento da exigência imposta pela lei; c) desvio de finalidade no campo da assistência judiciária gratuita, assegurada, nos termos do art. 5º, inc. LXXIV, da CF/88, àqueles que comprovam a insuficiência de recursos para arcar com o pagamento dos honorários atinentes à prestação de serviços de defesa técnica por advogados particulares; d) afronta a cláusula constitucional de prévia dotação orçamentária. As instituições militares estaduais, tanto como as instituições civis de segurança pública, não contam com orçamento próprio. A solução para o problema seria a implementação de assistência jurídica a seus integrantes; e, por consequência, seriam necessárias a criação de um corpo jurídico de defensores e a consecutiva contratação de pessoal, mediante lei, com respectiva previsão de recursos financeiros à criação de cargos e funções próprios para o exercício de defesa técnica ao efetivo militar e civil.

Os parágrafos 3º, 4º e 5º ainda dispunham o seguinte:

“§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.”

Foram vetados pelo presidente da República, que argumentou:

“A propositura legislativa, ao prever que os agentes investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional serão defendidos prioritariamente pela Defensoria Pública e, nos locais em que ela não tiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente deverá disponibilizar profissional, viola o disposto no art. 5º, inciso LXXIV, combinado com o art. 134, bem como os arts. 131 e 132, todos da Constituição da República, que confere à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, também Função Essencial à Justiça, a representação judicial das respectivas unidades federadas, e destas competências constitucionais deriva a competência de representar judicialmente seus agentes públicos, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. ADI 3.022, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 2-8-2004, P, DJ de 4-3-2005)”.

Derrubado o veto, o art. 14-A do CPP entra plenamente em vigor.

5-Tema: Lei de Execuções Penais, Pacote Anticrime e derrubada dos vetos.

1) Identificação do perfil genético

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com vetos	Redação depois que o Parlamento derrubou os vetos
Art. 9º.-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei	Art. 9º.-A. (VETADO) (A redação nova do caput foi vetada, mantendo-se a anterior) § 1º A identificação do perfil genético será	Art. 9º.-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra

<p>no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.</p> <p>§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.</p> <p>§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.</p>	<p>armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.</p> <p>§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.</p> <p>§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.</p> <p>§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.</p> <p>§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à</p>	<p>vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.</p> <p>§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.</p> <p>§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.</p> <p>§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.</p> <p>§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.</p> <p>§ 5º (VETADO).</p> <p>§ 6º (VETADO).</p> <p>§ 7º (VETADO).</p> <p>§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.</p>	<p>o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.</p> <p>§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.</p> <p>§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.</p> <p>§ 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.</p> <p>§ 7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial.</p> <p>§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.</p>
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Com o advento da lei 12.654/12, passou a ser obrigatória para os condenados por crime doloso praticados com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes etiquetados como hediondos, a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA com técnica adequada e indolor.

A Lei 13.964/19 alterou o caput do art. 9º-A, segundo o qual submete-se à extração de DNA o condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual e por crime sexual contra vulnerável.

O presidente da República havia vetado a alteração do caput:

“A proposta legislativa, ao alterar o caput do art. 9º-A, suprimindo a menção expressa aos crimes hediondos, previstos na Lei nº 8.072, de 1990, em substituição somente a tipos penais específicos, contraria o interesse público, tendo em vista que a redação acaba por excluir alguns crimes hediondos considerados de alto potencial ofensivo, a exemplo do crime de genocídio e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, além daqueles que serão incluídos no rol de crimes hediondos com a sanção da presente proposta, tais como os crimes de comércio ilegal de armas, de tráfico internacional de arma e de organização criminosa”.

Com a derrubada do veto, a redação modificada prevaleceu.

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

Essa identificação (na fase de execução da pena) não serve, necessariamente, para subsidiar investigação criminal em curso ou esclarecer dúvida eventualmente gerada pela identificação civil (ou mesmo datiloscópica), tendo como fim principal abastecer banco de dados sigiloso, a ser regulamentado pelo Poder Executivo (podendo servir para investigação futura). Já a coleta de perfil genético durante a fase de investigação policial obedece às disposições previstas na Lei 12.037/09, que versa sobre a identificação criminal de civis.

De acordo com o § 5º do art. 9º-A, a amostra biológica coletada só pode ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, vedadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar. Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deve ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim (§6º). O §7º, por sua vez, impõe que a coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo sejam realizadas por perito oficial.

Os parágrafos 5º, 6º e 7º haviam sido vetados pelo Presidente da República, pelas seguintes razões:

“A propositura legislativa, ao vedar a utilização da amostra biológica coletada para fins de fenotipagem e busca familiar infralegal, contraria o interesse público por ser uma técnica que poderá auxiliar no desvendamento de crimes reputados graves, a exemplo de identificação de irmãos gêmeos, que compartilham o mesmo perfil genético, e da busca familiar simples para identificar um estupro, quando o estupro resulta em gravidez, valendo-se, no caso, do feto abortado ou, até mesmo, do bebê, caso a gestação seja levada a termo”.

“A proposta legislativa, ao prever o descarte imediato da amostra biológica, uma vez identificado o perfil genético, contraria o interesse público tendo em vista que a medida pode impactar diretamente no exercício do direito da defesa, que pode solicitar a refeitura do teste, para fins probatórios. Ademais, as melhores práticas e recomendações internacionais dizem que após a obtenção de uma coincidência (match) a amostra do indivíduo deve ser novamente testada para confirmação do resultado. Trata-se de procedimento de controle de qualidade com o objetivo de evitar erros”.

“A proposta legislativa, ao determinar que a coleta da amostra biológica ficará a cargo de perito oficial, contraria o interesse público, notadamente por se tratar de mero procedimento de retirada do material. Ademais, embora a análise da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo pericial sejam atribuições exclusivas de perito oficial, já existe um consenso que a coleta deve ser supervisionada pela perícia oficial, não necessariamente realizada por perito oficial. Além disso, tal restrição traria prejuízos à execução da medida e até mesmo a inviabilizaria em alguns estados em que o número de peritos oficiais é insuficiente”.

Decidiu a Casa de Lei derrubar os vetos.

2) Reabilitação do condenado autor de falta grave e progressão de regimes

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
<p>Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.</p> <p>§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.</p> <p>(...)</p> <p>§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.</p>	<p>Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:</p> <p>I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;</p>	<p>Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:</p> <p>I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;</p>

	<p>V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;</p> <p>VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:</p> <p>a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;</p> <p>b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou</p> <p>c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;</p> <p>VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;</p> <p>VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento</p>	<p>V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;</p> <p>VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:</p> <p>a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;</p> <p>b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou</p> <p>c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;</p> <p>VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;</p> <p>VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>condicional.</p> <p>§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.</p> <p>(...)</p> <p>§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.</p> <p>§ 7º (VETADO).</p>	<p>condicional.</p> <p>§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.</p> <p>(...)</p> <p>§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.</p> <p>“§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.”</p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Um dos requisitos para a progressão de regime é o bom comportamento durante a execução da pena. O bom comportamento decorre da ausência de registro de falta disciplinar – leve, média ou grave – no prontuário do preso. Deve ser atestado pela administração prisional.

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento da infração, tendo como base o tempo remanescente de pena (súmula 534 do STJ e novo artigo 112, § 6º, LEP).

Para lograr nova progressão, o condenado deve se reabilitar. De acordo com o §7º do art. 112 da Lei de Execução Penal, que havia sido vetado e foi exumado pela Casa de Leis, essa reabilitação depende do decurso do prazo de um ano, salvo se, antes, o preso cumprir o requisito temporal para a progressão.

“A propositura legislativa, ao dispor que o bom comportamento, para fins de progressão de regime, é readquirido após um ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito, contraria o interesse público, tendo em vista que a concessão da progressão de regime depende da satisfação de requisitos não apenas objetivos, mas, sobretudo de aspectos subjetivos, consistindo este em bom comportamento carcerário, a ser comprovado, a partir da análise de todo o período da execução da pena, pelo diretor do estabelecimento prisional. Assim, eventual pretensão de objetivação do requisito vai de encontro à própria natureza do instituto, já pré-concebida pela Lei nº 7.210, de 1984, além de poder gerar a percepção de impunidade com relação às faltas e ocasionar, em alguns casos, o cometimento de injustiças em relação à concessão de benesses aos custodiados”.

Essa postura legislativa, de acordo com o veto, contraria o que se percebe de ordinário no regimento interno padrão das unidades prisionais, que acabam estipulando um prazo de reabilitação independente do requisito temporal da progressão. Ou seja, mesmo que cumprido o requisito temporal, o condenado só será considerado portador de bom comportamento depois do prazo da reabilitação.

O Núcleo de Execuções Penais do CAO-CRIM, junto com promotores de Justiça que atuam na área de execução penal, está analisando com atenção a redação exumada pelo Congresso para estabelecer estratégias de atuação do Ministério Público.

6-Tema: Lei de Interceptações Telefônicas, Pacote Anticrime e derrubada dos vetos.

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
Sem norma correspondente.	Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da	Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da

	<p>autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 2º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a</p>	<p>autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p>	<p>do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

O Pacote Anticrime inseriu na Lei 9.296/96 o art. 8º-A para disciplinar, juntamente com a interceptação telefônica, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. A diligência é cabível, mediante requerimento no qual se descrevam circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental, quando a prova não pode ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes e se há elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou em infrações penais conexas. A captação tem o prazo de quinze dias, renováveis por períodos sucessivos por meio de decisões judiciais, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e se presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

O presidente da República havia vetado o § 2º pelas seguintes razões:

“§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal.”

Razões do veto

“A propositura legislativa, gera insegurança jurídica, haja vista que, ao mesmo tempo em que admite a instalação de dispositivo de captação ambiental, esvazia o dispositivo ao retirar do seu alcance a ‘casa’, nos termos do inciso XI do art. 5º da Lei Maior. Segundo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conceito de ‘casa’ deve ser entendido como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao público, utilizado para moradia, profissão ou atividades, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Penal (v. g. HC 82788, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005).”

A nosso ver, o § 2º não impõe que a instalação do dispositivo de captação ambiental seja feita em operação policial disfarçada. Trata-se apenas de mais um meio de instalar o dispositivo, caso seja necessário o uso de uma operação dessa natureza. A rigor, na verdade, a regra é dispensável, tendo em vista que a autorização judicial da captação pode, de qualquer forma, incluir cumulativamente o ingresso das autoridades policiais no domicílio do investigado.

O dispositivo é também criticável por impedir a instalação do dispositivo na residência do investigado no período noturno. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, que tem decisões nas quais equipara o escritório profissional à casa para os efeitos da proteção constitucional, já admitiu a instalação do equipamento em ambiente profissional no período noturno se a movimentação no local impede a diligência durante o dia:

“Afastou-se, de igual modo, a preliminar de ilicitude das provas obtidas mediante instalação de equipamento de captação acústica e acesso a documentos no ambiente de trabalho do último acusado, porque, para tanto, a autoridade, adentrara o local três vezes durante o recesso e de

Boletim Criminal Comentado 135- Abril-2021

madrugada. Esclareceu-se que o relator, de fato, teria autorizado, com base no art. 2º, IV, da Lei 9.034/95, o ingresso sigiloso da autoridade policial no escritório do acusado, para instalação dos referidos equipamentos de captação de sinais acústicos, e, posteriormente, determinara a realização de exploração do local, para registro e análise de sinais ópticos. Observou-se, de início, que tais medidas não poderiam jamais ser realizadas com publicidade alguma, sob pena de intuitiva frustração, o que ocorreria caso fossem praticadas durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial” (Inq. 2424/RJ, j. 19 e 20/11/2008).

O presidente da República também havia vetado o § 4º do art. 8º-A:

“§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.”

Razões do veto

“A propositura legislativa, ao limitar o uso da prova obtida mediante a captação ambiental apenas pela defesa, contraria o interesse público uma vez que uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime. Ademais, o dispositivo vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite utilização como prova da infração criminal a captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrada a integridade da gravação (v. g. Inq-QO 2116, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno).”

Parece-nos que o veto deveria ter sido mantido.

Em primeiro lugar, porque, se o dispositivo estabelece que a captação realizada sem o conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público pode ser usada pela defesa, conclui-se que apenas a captação efetuada com o conhecimento desses órgãos pode ser usada também pela acusação. Mas o que determina se a diligência é válida é a existência de autorização judicial, não o prévio conhecimento do órgão de investigação ou do Ministério Público. Não há sentido, ademais, em limitar o uso do material quando a captação é feita por um dos interlocutores, pois esse procedimento é lícito, tanto que o crime do art. 10-A (realizar captação ambiental para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando exigida) é excluído na captação realizada por um dos interlocutores (§ 1º). Ora, se a própria lei exclui de consequências criminais a captação promovida por uma das pessoas envolvidas no diálogo –considerando-a, portanto, lícita-,

Boletim Criminal **Comentado** 135- Abril-2021

por que haveria de limitar seu uso à matéria de defesa e tratá-la como ilícita apenas do ponto de vista da acusação?

A limitação ofende, de resto, princípios processuais como a paridade de armas e a comunhão das provas, segundo o qual a prova integra o processo, independentemente da parte que tomou a iniciativa de produzi-la.

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº136, 5/2021
(semana nº 1)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

AVISOS

1- Na última segunda-feira, dia 26/04, o Procurador-Geral postulou ao STJ o ingresso do MPSP como *amicus curiae* no Tema Repetitivo 1084, no qual se discute o reconhecimento da retroatividade das alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019 nos lapsos para progressão de regime, previstos na LEP, dada a decorrente necessidade de avaliação da hediondez do delito, bem como da ocorrência ou não do resultado morte e a primariedade, a reincidência genérica ou, ainda, a reincidência específica do apenado.

Pretendemos sustentar nossa Tese 502 do Setor de Recursos Especiais e Extraordinários e o Enunciado 75 do Núcleo de Execuções Criminais.

Importante aqui mencionar, que a Procuradoria-Geral de Justiça encaminhou ao Deputado Carlos Sampaio Proposta de Alteração Legislativa dos incisos II, IV, VII e VIII do artigo 112 da LEP, Projeto de Lei que recebeu o número 43/2021 e foi apensado ao Projeto de Lei n.º 7.868/2014, de autoria do Deputado André de Paula (PSD/PE), que aguarda parecer do relator, Deputado Fábio Trad (PSD- MS), na Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania. Tentaremos convencer o relator acerca da necessidade de tramitação separada do PL 43/2021.

2- No dia 26 de abril foi disponibilizado o Cadastro de Sentenciados às Penas de Multa, previsto no artigo 6.º da Resolução PGJ n.º 1.229/20 – vide [Aviso n.º 262/2021-PGJ-CGMP](#). Clique [aqui](#) para acesso ao aplicativo.

3- A fim de facilitar o fluxo da reparação do dano nos casos de celebração de ANPP em crimes de furto de energia nos quais figure como vítima a concessionária ENEL, disponibilizamos na nossa página o e-mail para contato com a referida concessionária, bem como as exigências da concessionária que poderão ser erigidas às condições do ANPP. Clique [aqui](#) para acesso às orientações.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Atribuição para promover a execução do ANPP quando o investigado reside em local diverso do juízo da homologação.

No boletim 112 do CAOCrim foi divulgada decisão do Setor do Art. 28, declarando que, na hipótese de o investigado residir em local diverso do juízo da homologação, a atribuição para promover a execução do acordo de não persecução penal é do Douto Promotor de Justiça que atua na VEC do domicílio do compromissário.

Da conclusão acima nasceu uma dúvida: o promotor de Justiça, ao receber os autos com o ANPP homologado pelo juízo do conhecimento, deve encaminhar para o promotor de Justiça da VEC da mesma comarca que, por sua vez, requererá seja deprecada a fiscalização para a VEC do domicílio do compromissário? Ou, na verdade, o promotor de Justiça subscritor deve, desde logo, encaminhar o ajuste para que o promotor de Justiça da VEC do domicílio peticione para o início do cumprimento das obrigações?

O Setor novamente se reuniu esta semana e decidiu que, com fundamento nos princípios da eficiência, razoabilidade e economia processual, a segunda solução deve ser seguida.

Para deixar mais claro, vamos trabalhar um caso hipotético:

Fulano, autor de crime na cidade de Ribeirão Preto, celebra ANPP. No ajuste, obrigou-se a prestar serviços à comunidade. Fulano, contudo, mora em Santo André. O juiz de Ribeirão Preto, ao homologar o ANPP, devolve os autos para o promotor de Justiça subscritor do acordo, nos termos do art. 28-A, §5º. CPP. Este, por sua vez, ciente de que o compromissário reside em Santo André, encaminha os documentos necessários para que o promotor de Justiça da comarca do domicílio de Fulano promova a execução do ajuste.

Salientamos, por fim, que, se o ANPP contiver condições de cumprimento não continuado (renúncia a bens e direitos, reparação do dano, prestação pecuniária não parcelados), deve ser executado no próprio juízo da homologação do acordo, sem intervenção da VEC.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Sexta Turma anula condenação baseada em reconhecimento de voz sem contraditório judicial

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Por falta de valor jurídico da prova, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) anulou uma condenação baseada apenas na identificação da voz do réu em gravação exibida na delegacia de polícia, sem observância das formalidades do [artigo 226](#) do Código de Processo Penal (CPP) e sem nenhum tipo de perícia técnica.

O acusado foi condenado a 12 anos de reclusão por extorsão mediante sequestro. Após mais de um ano dos fatos, as vozes dos investigados, registradas em fita cassete, foram apresentadas ao filho da vítima, que as identificou como sendo dos autores do crime. A condenação também foi fundamentada no fato de o réu ter guardado em sua casa uma sacola de roupas compradas com o cartão de crédito da vítima.

"A gravação apresentada para a testemunha não foi preservada para viabilizar o contraditório no âmbito processual. Desponta a ausência de critérios mínimos para garantir o nível de confiabilidade racional do reconhecimento fonográfico, imprescindível para a corroboração da hipótese acusatória. Não se pode, portanto, reconhecer seu valor como prova da autoria delitiva", afirmou o relator do habeas corpus, ministro Rogerio Schietti Cruz.

Contraditório

Para o magistrado, as instâncias ordinárias não observaram o disposto no [artigo 155](#) do CPP, segundo o qual "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

Segundo Schietti, o reconhecimento colhido durante o inquérito não foi repetido em juízo, quando era possível fazê-lo. Além disso, a condenação não está corroborada por outras provas, pois a apreensão, na casa do acusado, de roupas adquiridas com o cartão da vítima – as quais, segundo a defesa, teriam sido compradas pelos corréus, que eram seus amigos – não indica, necessariamente, a sua participação no crime.

"A gravação das vozes não foi preservada (quebra de cadeia de custódia), as falas não foram colocadas ao lado de outras, que com elas tivessem qualquer semelhança, e não foi feito nenhum

Boletim Criminal **Comentado** 136- Maio-2021

tipo de comparação, por perícia técnica, com as escutas dos sequestradores, que o delegado afirmou ter feito", declarou o relator.

Em sua avaliação, falta valor probatório ao elemento informativo, pois, em conformidade com o artigo 155 do CPP, era necessária a submissão da gravação ao contraditório ou sua confirmação por outra prova testemunhal ou técnica para que pudesse embasar a condenação.

Erro judiciário

Rogério Schietti mencionou precedente de sua relatoria na Sexta Turma (HC 598.886), no qual **afirmou** que é irregular o reconhecimento de pessoas feito sem qualquer controle em delegacia de polícia, sem a presença de advogado ou o respeito a formalidades que tornem possível o chamado contraditório diferido ou postergado.

"No julgado em apreço, destaquei a alta suscetibilidade, as falhas e as distorções desse dado informativo, por possuir, quase sempre, alto grau de subjetividade e de falibilidade, com o registro, na literatura jurídica, de que é uma das principais causas de erro judiciário", ressaltou.

O relator adotou o mesmo entendimento no caso em análise, pois entendeu que não tem valor jurídico – para lastrear a condenação – o reconhecimento fonográfico feito mais de um ano depois do crime, sem a observância, por analogia, das formalidades do artigo 226 do CPP e sem a realização de perícia, quando havia dúvida plausível que justificaria a medida.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [**HC 461709**](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Em que pese a omissão do legislador, nada impede que o reconhecimento se verifique por outros meios que não apenas os fisionômicos. Assim, por exemplo, o Código de Processo Penal italiano possui disposição expressa a admitir o reconhecimento pela voz, como se depreende de seu art. 216 ("Quando dispone la ricognizione di voci...").

A despeito da falta de previsão legal, é possível que a testemunha reconheça o autor do crime pela voz ou mesmo por características fonéticas de seu linguajar (gagueira ou sotaque carregado, por exemplo), cabendo ao juiz, inspirado no princípio da livre apreciação da prova, conferir motivadamente o valor que entender cabível a essa espécie de prova.

Diferentemente do que já foi divulgado em sites de notícias jurídicas, no caso em análise o STJ não reпреendeu essa prova, mas condicionou sua validade a submissão da gravação ao contraditório ou sua confirmação por outra prova testemunhal ou técnica para que pudesse embasar a condenação.

Boletim Criminal **Comentado** 136- Maio-2021

Alertou que o reconhecimento colhido durante o inquérito deve ser repetido em juízo, quando possível fazê-lo. Além disso, a condenação deve estar corroborada por outras provas. A gravação das vozes, por fim, precisa ser preservada (cadeia de custódia).

2- Tema: Busca e Apreensão. Residência de Advogado. Ausência de Representante da OAB: Nulidade?

PESQUISA PRONTA- STJ

Clique [aqui](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Acha-se o advogado protegido pela inviolabilidade, quer por conta do princípio constitucional que assegura esse direito (art. 5º, inc. XI da CF), a abranger também o local de trabalho, como também por força de princípios que garantem a amplitude de defesa de seu constituído e mesmo do sigilo profissional que é inerente à profissão. Não se olvide, ademais, da indispensabilidade do advogado à administração da justiça (art. 133 da CF). Nesse sentido o teor do art. 7º, inc. II da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), que elenca, dentre os direitos do advogado, “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”.

Como ensina Reinaldo Assis Pellizzaro, “estas prerrogativas [inviolabilidade do advogado] que representam a necessária proteção decorrem do fato de que o profissional do direito milita em área de notória turbulência social intermediando o interesse conflitante das partes justificando-se por isso a proteção especial prevista em lei” (Novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil comentado. 2ª ed. Londrina: Editora Cotação da Construção, 1997, p. 32).

Tal princípio, porém, não é absoluto, a admitir a exceção prevista no § 6º, do mesmo art. 7º do Estatuto da Advocacia, quando dispõe que “presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes”.

Boletim Criminal Comentado 136- Maio-2021

E nem poderia ser diferente. A inviolabilidade que protege o advogado (bem como qualquer cidadão) não pode ser interpretada ao ponto de autorizar a prática de crimes pelo profissional, valendo-se como verdadeiro escudo a impedir a investigação e posterior punição. Caso a atuação do advogado transcenda o âmbito da assistência jurídica e o transforme em verdadeiro coautor de um delito, seu local de trabalho poderá ser objeto de busca e apreensão, a exemplo do que se verifica com qualquer pessoa.

O § 7º, do art. 7º da Lei nº 8.906/94 traz uma ressalva das mais relevantes, quando alude à possibilidade de busca e apreensão no escritório do advogado. É que tal diligência não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

O art. 7º, § 6º da Lei nº 8.906/94, elenca os requisitos a serem observados para o cumprimento da medida. Algumas desnecessárias, como a exigência de motivação da decisão, de resto reclamada para toda e qualquer decisão judicial, por força da literalidade do texto constitucional (art. 93, inc. IX da CF). O detalhamento da diligência é requisito também já previsto no art. 243, inc. I do CPP. Relevante é a exigência quanto à presença de um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, a quem cumprirá acompanhar a diligência, velando por sua legalidade.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dispensou essa formalidade quando a OAB fora comunicada previamente da diligência e não compareceu.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Antecedentes do Réu. Teoria do Direito ao Esquecimento. Aplicabilidade?

PESQUISA PRONTA- STJ

Clique [aqui](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Devemos alertar, nesse tanto, que, por decisão majoritária, o Supremo Tribunal Federal (STF), recentemente, concluiu que é incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento que possibilite impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação. Segundo a Corte, eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, com base em parâmetros constitucionais e na legislação penal e civil.

O Tribunal, por maioria dos votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 1010606, com repercussão geral reconhecida, em que familiares da vítima de um crime de grande repercussão nos anos 1950 no Rio de Janeiro buscavam reparação pela reconstituição do caso, em 2004, no programa “Linha Direta”, da TV Globo, sem a sua autorização. Após quatro sessões de debates, o julgamento foi concluído hoje, com a apresentação de mais cinco votos (ministra Cármen Lúcia e ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Luiz Fux).

Solidariedade entre gerações

Ao votar pelo desprovimento do recurso, a ministra Cármen Lúcia afirmou que não há como extrair do sistema jurídico brasileiro, de forma genérica e plena, o esquecimento como direito fundamental limitador da liberdade de expressão “e, portanto, “como forma de coatar outros direitos à memória coletiva”. Cármen Lúcia fez referência ao direito à verdade histórica no âmbito do princípio da solidariedade entre gerações e considerou que não é possível, do ponto de vista jurídico, que uma geração negue à próxima o direito de saber a sua história. “Quem vai saber da escravidão, da violência contra mulher, contra índios, contra gays, senão pelo relato e pela exibição de exemplos específicos para comprovar a existência da agressão, da tortura e do feminicídio?”, refletiu.

Ponderação de valores

No voto em que acompanhou o relator, ministro Dias Toffoli, pelo desprovimento do RE, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a liberdade de expressão é um direito de capital importância, ligado ao exercício das franquias democráticas. No seu entendimento, enquanto categoria, o direito ao esquecimento só pode ser apurado caso a caso, em uma ponderação de valores, de maneira a

Boletim Criminal **Comentado** 136- Maio-2021

sopesar qual dos dois direitos fundamentais (a liberdade de expressão ou os direitos de personalidade) deve ter prevalência. “A humanidade, ainda que queira suprimir o passado, ainda é obrigada a revivê-lo”, concluiu.

Exposição vexatória

Por outro lado, o ministro Gilmar Mendes votou pelo parcial provimento do RE, acompanhando a divergência apresentada pelo ministro Nunes Marques. Com fundamento nos direitos à intimidade e à vida privada, Mendes entendeu que a exposição humilhante ou vexatória de dados, da imagem e do nome de pessoas (autor e vítima) é indenizável, ainda que haja interesse público, histórico e social, devendo o tribunal de origem apreciar o pedido de indenização. O ministro concluiu que, na hipótese de conflito entre normas constitucionais de igual hierarquia, como no caso, é necessário examinar de forma pontual qual deles deve prevalecer para fins de direito de resposta e indenização, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Legislativo.

Ares democráticos

O ministro Marco Aurélio também seguiu o relator. A seu ver, o artigo 220 da Constituição Federal, que assegura a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, está inserido em um capítulo que sinaliza a proteção de direitos. “Não cabe passar a borracha e partir para um verdadeiro obscurantismo e um retrocesso em termos de ares democráticos”, avaliou. Segundo o ministro, os veículos de comunicação têm o dever de retratar o ocorrido. Por essa razão, ele entendeu que decisões do juízo de origem e do órgão revisor não merecem censura, uma vez que a emissora não cometeu ato ilícito.

Fato notório e de domínio público

Para o presidente do STF, ministro Luiz Fux, é inegável que o direito ao esquecimento é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, e, quando há confronto entre valores constitucionais, é preciso eleger a prevalência de um deles. Para o ministro, o direito ao esquecimento pode ser aplicado. Mas, no caso dos autos, ele observou que os fatos são notórios e assumiram domínio público, tendo sido retratados não apenas no programa televisivo, mas em livros, revistas e jornais. Por esse motivo, ele acompanhou o relator pelo desprovimento do recurso.

Não participou do julgamento o ministro Luís Roberto Barroso, que declarou sua suspeição, por já ter atuado, quando era advogado, em outro processo da ré em situação parecida com a deste julgamento.

Tese

Boletim Criminal **Comentado** 136- Maio-2021

A tese de repercussão geral firmada no julgamento foi a seguinte:

“É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

2- Tema: Terceira Seção admite que tempo de recolhimento domiciliar com tornozeleira seja descontado da pena

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, definiu ser possível o benefício da detração no caso de cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar cumulada com fiscalização eletrônica. Segundo o **artigo 42** do Código Penal, é permitido descontar da pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória cumprida no Brasil ou no exterior.

O colegiado entendeu que, embora o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, juntamente com o uso de tornozeleira eletrônica – previstos no **artigo 319**, incisos V e IX, do Código de Processo Penal (CPP) –, não constituam pena privativa de liberdade, as limitações a que a pessoa fica submetida se assemelham ao cumprimento de pena em regime prisional semiaberto.

"Interpretar a legislação que regula a detração de forma que favoreça o sentenciado harmoniza-se com o princípio da humanidade, que impõe ao juiz da execução penal a especial percepção da pessoa presa como sujeito de direitos", afirmou a relatora do processo, ministra Laurita Vaz.

Por sugestão do ministro Rogério Schietti Cruz – que alertou para o fato de que o recolhimento noturno, diferentemente da prisão preventiva, tem restrições pontuais ao direito de liberdade –, a seção decidiu que o cálculo da detração considerará a soma da quantidade de horas efetivas de recolhimento domiciliar com monitoração eletrônica, as quais serão convertidas em dias para o desconto da pena.

Assim, o tempo a ser aferido para fins de detração é somente aquele em que o acautelado se encontra obrigatoriamente recolhido em casa, não sendo computado o período em que lhe é permitido sair.

Mesma razão, mesma regra

Boletim Criminal **Comentado** 136- Maio-2021

Ao proferir seu voto, a relatora destacou que impedir a detração no caso de apenado que foi submetido às cautelares de recolhimento domiciliar noturno e em dias não úteis e monitoração eletrônica significaria sujeitá-lo a excesso de execução, "em razão da limitação objetiva à liberdade concretizada pela referida medida".

Para a ministra, a medida cautelar, que impede o indivíduo de sair de casa após o anoitecer e em dias não úteis, tem efeito semelhante ao do regime semiaberto, pois o obriga a se recolher. "Onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica", afirmou.

A magistrada lembrou ainda que a jurisprudência do STJ admite, quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, que a condenação em regime semiaberto produza efeitos antes do trânsito em julgado da sentença. Dessa forma, ponderou que seria "incoerente" impedir que o recolhimento domiciliar com fiscalização eletrônica – o qual pressupõe a saída de casa apenas durante o dia e para trabalhar – fosse descontado da pena.

Além disso, a relatora salientou que, conforme orientação sedimentada na Quinta Turma do STJ, as hipóteses do artigo 42 do Código Penal não são taxativas, motivo pelo qual não há violação do princípio da legalidade.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 455097](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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.

Indaga-se: 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 ele 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.

Em suma: 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.

Boletim Criminal **Comentado** 136- Maio-2021

3- Tema: Ingresso em estabelecimento prisional. Porte de chip de celular. Art. 349-A do Código Penal. Não subsunção.

INFORMATIVO 693 STJ- QUINTA TURMA

A conduta de ingressar em estabelecimento prisional com chip de celular não se subsume ao tipo penal previsto no art. 349-A do Código Penal.

Informações do Inteiro Teor:

O art. 349-A do Código Penal prevê o seguinte tipo penal: Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.

Como se verifica, o legislador se limitou em punir - basicamente - o ingresso ou o auxílio na introdução de aparelho telefônico móvel ou similar em estabelecimento prisional, não fazendo referência a qualquer outro componente ou acessório utilizado para viabilizar o funcionamento desses equipamentos.

Portanto, em decorrência da principiologia básica do direito penal (legalidade), na falta de lei prévia que defina o ingresso de chip em estabelecimento prisional como comportamento típico (*nullum crimen sine lege*), impõe-se a absolvição pelo delito previsto no art. 349-A do Código Penal.

Processo: HC 619.776/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 20/04/2021

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A decisão em comento, por ora, está isolada na 5ª. Turma, pois a 6ª. Turma, bem como o STF entendem em sentido contrário. Ao julgarem situações relativas à falta grave na execução penal, orientam-se no sentido de que a posse de acessórios, essenciais para o funcionamento do aparelho telefônico, também deve ser punida, pois a *ratio essendi* da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo. Entender em sentido contrário, permitindo a entrada fracionada do celular, seria estimular a burla às medidas disciplinares da Lei de Execução Penal.

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema:

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 150XXXX-XX.2020.8.26.0309 – MM. Juízo da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Jundiaí

Suscitante: XX Promotor de Justiça de Jundiaí

Suscitado: XX Promotor de Justiça de Jundiaí

Investigado: MÁRIO XXXXX

Assunto: controvérsia acerca das infrações penais cometidas pelo investigado, com reflexo na atribuição funcional

Cuida-se de inquérito policial instaurado visando à apuração de suposta prática dos crimes de expor a perigo a integridade física e psíquica de idoso (Estatuto do Idoso, artigo 99) perpetrado pelo idoso MÁRIO XXXXX contra sua irmã, também idosa, XXXXX.

Segundo o apurado, o investigado e a vítima, irmãos idosos, habitam a mesma residência, fruto de herança deixada por seus falecidos pais, além do que se mantêm economicamente com o valor de aluguel de um outro imóvel comum.

Depreende-se da análise dos depoimentos constantes dos autos (fls. 76/79, 80/81, 83/87, estudos e perícias realizados no PANI n. 4.195/2017 em trâmite na Promotoria de Justiça da comarca de Jundiaí (fls. 03/42, 49/58, 60/61), que o investigado e ofendida possuem um relacionamento muito conturbado e de dominação material e psicológica do primeiro sobre a última. O investigado governa a vida da ofendida, a quem atribui certo retardo mental, administrando e usufruindo dos bens que foram deixados de herança por seus falecidos genitores, negando a ela qualquer participação. Nega-lhe também o acesso total da residência e, igualmente, impede de ela se mudar para um outro imóvel, uma edícula, pertencente a ambos, localizada nos

Boletim Criminal Comentado 136- Maio-2021

fundos da residência onde residem, sob o argumento de que seus pais o construíram para que ele (investigado) lá fizesse seu local de trabalho e estudos.

A situação de opressão constatada tem causado danos psicológicos à ofendida, com diagnóstico clínico de depressão (fls. 12).

Destaca-se, quanto a esse aspecto, o depoimento da psicóloga Giovana XXXXX que relatou que a intimidação e menosprezo é transmitida por MÁRIO XXXXX às equipes de apoio, notadamente porque em setembro de 2017, MÁRIO XXXXX buscou, espontaneamente, o CAPS para que *Ângela* fosse tratada e diagnosticada como esquizofrênica, haja vista que o diagnóstico anterior feito pelo CAPS definiu *Ângela* como pessoa que não necessita de tratamento por esse órgão. Assim, em outubro de 2017, novamente, na presença de MÁRIO XXXXX, Hélcio e *Ângela*, explicou à família sobre a desnecessidade de acompanhamento de *Ângela*, devido ao fato desta não necessitar de cuidados intensivos quanto a sua saúde mental (fls. 86).

Além disso, constatou-se que a ofendida, diante do abuso financeiro cometido pelo investigado, não possuía renda alguma, vindo a ser ajudada por seu primo, Hélcio José, que noticiou a situação por ela sofrida (fls. 74).

A ofendida prestou declarações no PANI (fls. 34), confirmou o confinamento em seu quarto, bem como a ausência de repasse dos valores recebido pelo irmão.

O investigado, ao ser ouvido, declarou estar convivendo bem com a irmã, na casa ambos convivem com liberdade; não proíbe a irmã e ir e vir; a denúncia e declarações contra a sua pessoa são irreais; não há conflitos, maus tratos ou violência psicológica; sua irmã é "geniosa" e "quebra objetos na residência". No convívio com a irmã, contudo, não há diálogo entre eles, pois afirma que a irmã não dá abertura para conversas; sua irmã possui problema mentais e é incapaz de realizar as atividades habituais, razão pela qual não concorda com o fato dela se mudar para a edícula presente nos fundos da casa onde residem; a irmã, desde de pequena, foi reclusa pelos pais, sendo este o motivo pelo qual convive com suas limitações pessoais. Depois da morte dos pais, diz ser o

Boletim Criminal Comentado 136- Maio-2021

responsável pelo cuidado da irmã e o valor proveniente do aluguel utiliza para o sustento seu e da irmã, mas não concede nenhuma quantia em dinheiro à ela (fls. 47).

Concluídas as providências de polícia judiciária (fls. 104/105), os autos foram encaminhados ao XX Promotor de Justiça de Jundiaí, que entendendo cometido apenas o delito tipificado no art. 99, *caput*, da Lei n.º 10.741/03, que é infração de menor potencial ofensivo, requereu a redistribuição do feito ao Juizado Especial Criminal (fls. 109), no que foi atendido (fls. 111).

O Douto XX Promotor de Justiça de Jundiaí, todavia, vislumbrando a perpetração dos crimes descritos nos arts. 99 e 102 do Estatuto do Idoso, além de presença de indícios de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei Maria da Penha, situações que afastam a competência do Juizado Especial Criminal, suscitou conflito negativo de atribuição (fls. 117/122).

Eis a síntese do necessário.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que a vinda da causa a esta Chefia Institucional se assenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n. 734/93.

Encontra-se devidamente configurado, portanto, o conflito negativo 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, pág. 486-487).

Considere-se, outrossim, que em semelhantes situações, o Procurador-Geral de Justiça não se converte no promotor natural do caso, de modo que não lhe cumpre determinar qual a providência a ser adotada (oferecimento de denúncia, pedido de arquivamento ou

Boletim Criminal **Comentado** 136- Maio-2021

complementação de diligências), devendo tão somente dirimir o conflito para estabelecer a quem incumbe o dever de oficiar nos autos.

Pois bem.

Com a devida vênia do Ilustre Suscitado, assiste razão ao Douto Suscitante no que tange à competência do Juízo Criminal comum para apurar os fatos noticiados no expediente em análise; senão, vejamos.

Isto porque há nos autos notícia, corroborada por elementos de informação (fls. 03/42, 49/58, 60/61, 76/79, 80/81, 83/87), de que o investigado, além de praticar o crime de expor a perigo a integridade física e psíquica de idoso (art. 99 da Lei n. 10.741/03), ao excluir a ofendida da administração e da participação dos lucros dos bens que lhe foram deixados por herança, em tese, cometeu também o crime descrito no artigo 102 do mesmo estatuto, qual seja:

Art. 102. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

As figuras típicas excogitadas, previstas nos artigos 99 e 102 da Lei n.º 10.741/03, tem penas máximas cominadas, respectivamente, de um ano de detenção e quatro anos de reclusão.

Daí se infere que os comportamentos supostamente praticados pelo investigado, **não configuram infração de menor potencial ofensivo**, já que a pena máxima dos dois delitos mencionados, excede o limite objetivo de dois anos previsto no art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

O fato de a vítima ser pessoa idosa não poderia beneficiar o agente; pelo contrário, somente agrava o cenário jurídico-penal.

Boletim Criminal **Comentado** 136- Maio-2021

Deve-se enfatizar, nesse diapasão, que o Estatuto do Idoso jamais pretendeu ampliar o conceito de delito de pequeno potencial ofensivo quando, em seu art. 94, determinou a aplicação do **procedimento sumaríssimo** às infrações praticadas em detrimento de indivíduos com idade igual ou superior a sessenta anos.

A *mens legis* foi inequivocamente propiciar a tais casos solução expedita, em homenagem à idade avançada do sujeito passivo. Em outras palavras, **trata-se apenas de regra determinante de rito procedimental, e não de competência de juízo.**

Nesse sentido foi o entendimento do STF ao julgar a ADIn 3096, concluindo que somente se aplicam as normas estritamente processuais, para assegurar que o processo termine mais rapidamente, em benefício do idoso:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 39 E 94 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). RESTRIÇÃO À GRATUIDADE DO TRANSPORTE COLETIVO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE SELETIVOS E ESPECIAIS. APLICABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995 AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA IDOSOS. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte. 2. **Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão "do Código Penal e". Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime.** 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94 da Lei n. 10.741/2003.

(ADI 3096, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-02 PP-00358 RTJ VOL-00216-01 PP-00204) – g.n.

Boletim Criminal **Comentado** 136- Maio-2021

Nesse contexto, considerando que a somatória das penas máximas cominadas aos crimes por ora cogitados, por si só já extrapolam os limites materiais de competência do JECRIM, o procedimento deve prosseguir junto ao Egrégio Juízo da 1ª Vara Criminal, perante o qual atua o Douto Suscitado.

Visando, porém, evitar menoscabo ao princípio da independência funcional, designa-se - se necessário - outro Promotor de Justiça para officiar nos autos, devendo, ao final, requerer o que entender de direito conforme sua independência funcional.

Faculta-se ao Douto Promotor de Justiça designado valer-se da compensação prevista em conformidade com as Resoluções 302/2003 e 488/2006 (PGJ/CSMP/CGMP).

Expeça-se portaria - **se necessário** - designando o substituto automático.

São Paulo, 12 de abril de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº137, 5/2021
(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi P. Rosa
Ricardo José G. de Almeida Silves
Rogério Sanches Cunha
Valéria Scarance
Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições
Marcelo Sorrentino Neira
Roberto Barbosa Alves
Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos
Ana Karenina Saura Rodrigues
Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

AVISOS

1- No tocante ao protesto das certidões de multa penal, verificamos no Sistema Resgate de Valores que há mais de 300 certidões com status “a protestar”, pois apresentam irregularidades que devem ser sanadas pelo Promotor de Execução apresentante.

Desse modo, o Núcleo de Execuções Criminais ressalta a necessidade dos Promotores de Execução observarem as Orientações do IEPTB quando do envio da certidão, a fim de evitar irregularidades; bem como de consultarem o Sistema Resgate de Valores no dia seguinte à remessa da certidão, para verificar se há pendências no preenchimento ou no título e saná-las, viabilizando a efetivação do protesto.

Clique [aqui](#) para as Orientações do IEPTB ao MP, que se encontram na nossa página CAOCRIM - Execução Criminal - Destaques.

1 – Lei 14.132/2021 (crime de perseguição). Enunciados do CAO-CRIM

O CAOCRIM, a exemplo do que ocorreu por ocasião da publicação das Leis 13.869/19 (Abuso de Autoridade) e 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME) discutiu enunciados para auxiliarem os órgãos de execução na aplicação da nova Lei do “Stalking”. A tarefa foi incentivada por mim, desde a minha gestão como Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais: temos que criar **teses de Ministério Público**. Espero que o objetivo esteja sendo concretizado. Meu abraço e desejo de uma ótima semana de trabalho para todos.

Mário Luiz Sarrubbo

Enunciados:

- 1 - A perseguição por parte do agente configura fator de risco para a mulher, conforme Formulário Nacional de Risco (Resolução Conjunta nº 05 CNJ-CNMP, Lei nº 14.149/2021).
- 2 - A perseguição iniciada antes da vigência do artigo 147-A CP pode ser inserida na denúncia do Ministério Público como parte da conduta causal deste crime.
- 3 - Para se aferir o impacto da ameaça ou perseguição para a vida da vítima (art. 147 A CP), deve-se atentar para as condições pessoais do ofendido, tais como idade, condições de saúde, histórico pessoal, histórico de violência, não se aplicando, isoladamente, o conceito de “pessoa média”.
- 4 - O contato da vítima com o autor da perseguição não pode ser interpretado, necessariamente, como ausência de perigo.
- 5 - Condutas isoladas que não configuram infrações penais podem configurar crime perseguição em razão de sua repetição e insistência, tais como: encarar a vítima, abordagens insistentes, seguir a vítima na rua ou local de trabalho, enviar mensagens repetidamente, telefonemas insistentes, presentes indesejados ou estranhos.
- 6 - A causa de aumento de pena do artigo 147-A, §1º, II, CP, abrange a violência contra mulheres trans e travestis.
- 7 - Se a perseguição provocar danos à saúde da vítima e seu afastamento das ocupações habituais por mais de trinta dias, haverá o concurso formal impróprio entre os crimes de perseguição e lesão corporal grave, nos exatos termos do art. 147-A, §2º, CP.
- 8 - Perseguição reiterada cometida e encerrada antes da Lei 14.132/21, caracterizadora da contravenção penal do art. 65, se presentes as elementares do art. 147-A do CP, pode continuar

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

sendo objeto de persecução penal. Aplica-se, na hipótese, o princípio da continuidade normativotípica, bem como o princípio da irretroatividade maléfica da lei penal superveniente, sendo o preceito secundário do art. 65 da LCP ultrativo.

9 - Para os processos em que houve oferecimento de denúncia pelo artigo 65 LCP não há necessidade de se intimar a vítima para oferecimento de representação. A necessidade de representação somente retroage para alcançar fatos ainda na fase de investigação.

10 – A representação da vítima é necessária para o oferecimento da inicial, mesmo no caso de perseguição cometida no ambiente doméstico e familiar contra a mulher.

11 – A “reiteração” mencionada no artigo 147-A CP pressupõe duas ou mais condutas contra vítima específica, sequenciais ou não, desde que no mesmo contexto fático.

2 – Lei 14.149/2021. Formulário Nacional de Riscos: breves comentários

Por que existe um Formulário Nacional de Risco?

O Formulário Nacional de Avaliação de Risco foi desenvolvido para que, em casos concretos, autoridades possam identificar fatores de risco de intensificação da violência e feminicídio. Assim, é possível gerir o risco e adotar providências para proteger a mulher e sua família.

A importância desse formulário reside no fato de que, em regra, autores de violência são primários e de bons antecedentes e não demonstram socialmente sua agressividade. Além disso, em regra, as vítimas se retratam e não identificam o perigo de morte em razão do ciclo da violência a que estão submetidas.

Essas circunstâncias obrigaram estudiosos a desenvolver, ao redor do mundo, instrumentos de avaliação de risco validados cientificamente, tais como Danger Assment (DA), de Jacquelyn Campbell (1986), SARA – Spousal Assault Risk Assessment, DASH – Domestic Abuse, Stalking and Harassment and Honour Based Violence (DASH, 2009).

No Brasil, foi desenvolvido um formulário nacional e unificado, aprovado pela Resolução nº 05 do CNJ e CNMP, denominado FORMULÁRIO NACIONAL DE AVALIAÇÃO DE RISCO, que se tornou obrigatório com a Lei 14.149/2021.

Como é o formulário no Brasil?

O documento é dividido em três partes:

Boletim Criminal Comentado 137- Maio-2021

HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA, com referência ao uso de arma branca ou de fogo, formas de violência, uso de instrumentos, necessidade de atendimento médico, comportamento obsessivo ou de perseguição, medida protetiva anterior e descumprimento, intensificação das ameaças;

INFORMAÇÕES SOBRE O AGRESSOR/A: uso de álcool ou drogas; doença mental; ideação suicida; dificuldades financeiras ou desemprego; uso de arma ou acesso a arma; ameaça a filhos ou familiares;

INFORMAÇÕES SOBRE A VÍTIMA: separação recente; existência de filhos; existência de conflitos familiares; se os filhos já presenciaram agressão; violência durante gravidez; se a vítima está grávida; novo relacionamento da vítima; deficiência da vítima e raça da vítima.

Além disso, há informações para serem preenchidas pelo profissional: se a vítima tem consciência da situação de risco, como está física e emocionalmente, se menciona suicídio, mora com o agressor e outras informações relevantes.

Esses fatores de risco permitem identificar o grau de vulnerabilidade da mulher em situação de violência e as medidas pertinentes no caso concreto. Dentre os fatores de risco mais relevantes destacam-se a separação recente, responsável por quase metade dos feminicídios em São Paulo, seguindo-se sentimentos de posse e machismo.

Nesse sentido, a pesquisa Raio X do Feminicídio do NG -CAOCrim¹:



¹ NG- CAOCRIM. Raio X do Feminicídio: é possível prevenir a morte de mulheres. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF. Acesso em: 7 maio de 2021.

Preenchimento do formulário

Com a Lei 14.149/2021, aprovada em 05 de maio, o Formulário Nacional de Avaliação de Risco tornou-se obrigatório.

O preenchimento deve ser feito preferencialmente pela Polícia Civil no momento do registro da ocorrência (art. 2º, par. 2º). Embora a lei não mencione, esse preenchimento também pode ser feito no momento em que a vítima comparece à Delegacia de Polícia para prestar depoimento, quando a autoridade policial terá uma maior proximidade com a vítima, desde que não exista prejuízo para a vítima e para as providências urgentes, como o requerimento de medidas protetivas.

Caso não ocorra o preenchimento pela polícia, deverá ser feito pelo Ministério Público ou Poder Judiciário, **por profissional capacitado**, no primeiro atendimento à mulher(art. 2º, par. 3º da Lei 14.149/2021 c.c. art. 4º Resolução).

Pode haver o preenchimento por outros órgãos que atuem na prevenção e enfrentamento à violência contra a mulher.

A vítima poderá preencher apenas a parte objetiva, ou seja, a parte que compreende histórico de violência, informações sobre o agressor, informações sobre a vítima.

Sigilo e finalidade do formulário

Todas as informações do formulário são sigilosas e devem utilizadas apenas para subsidiar a atuação de órgãos de segurança pública, do Ministério Público, Poder Judiciário, entidades de proteção (2º, par. 1º, da lei).

No âmbito do Ministério Público, as informações serão importantes para formulação de requerimentos de medidas protetivas, inclusive de caráter patrimonial, inserção da vítima em rede de atendimento, auxílio na investigação, descrição dos fatos na denúncia (exposição de filhos à violência, lesão à saúde, por exemplo).

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

PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Quinta Turma invalida reconhecimento que não seguiu procedimentos previstos no CPP

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), alinhando-se ao entendimento firmado pela Sexta Turma no [RHC 598.886](#), decidiu que o reconhecimento fotográfico ou presencial feito pela vítima na fase do inquérito policial, sem a observância dos procedimentos descritos no [artigo 226](#) do Código de Processo Penal (CPP), não é evidência segura da autoria do delito.

Para o colegiado, tendo em conta a ressalva contida no [inciso II](#) do artigo 226 – segundo o qual a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito deve ser feita sempre que possível –, eventual impossibilidade de seguir o procedimento precisa ser justificada, sob pena de invalidade do ato.

No entender do relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o reconhecimento fotográfico do suspeito é uma prova inicial, que deve ser ratificada pelo reconhecimento presencial e, mesmo havendo confirmação em juízo, não pode servir como prova única da autoria do crime.

"No caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do artigo 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório produzido na fase judicial", afirmou o magistrado.

Absolvição

Ao adotar esse entendimento, os ministros da Quinta Turma decidiram, por unanimidade, absolver um réu acusado de roubo. A autoria do crime foi imputada a ele com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima na delegacia de polícia, sem a observância dos preceitos do artigo 226 do CPP.

O habeas corpus foi impetrado no STJ pela Defensoria Pública de Santa Catarina, após a condenação do réu em segunda instância.

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

Reynaldo Soares da Fonseca ressaltou que a identificação do acusado, embora tenha sido ratificada em juízo, não encontrou amparo em provas independentes e idôneas produzidas na fase judicial, com contraditório e ampla defesa.

Falsa memória

"Configura induzimento a uma falsa memória o fato de ter sido o marido da vítima, que é delegado, o responsável por chegar à primeira foto do suspeito, supostamente a partir de informações colhidas de pessoas que trabalhavam na rua em que se situava a loja assaltada, sem que tais pessoas jamais tenham sido identificadas ou mesmo chamadas a testemunhar", declarou o ministro.

"Tampouco o reconhecimento pessoal em sede policial pode ser reputado confiável se, além de ter sido efetuado um ano depois do evento, com a apresentação apenas do réu, a descrição do delito demonstra que ele durou poucos minutos, que a vítima não reteve características marcantes da fisionomia ou da compleição física do réu e teve suas lembranças influenciadas tanto pelo decurso do tempo quanto pelo trauma que afirma ter sofrido com o assalto", acrescentou.

Ao conceder a ordem de habeas corpus, o relator concluiu que, "tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido".

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 652284](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Se ao reconhecimento pessoal, feito *in facien*, 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 forjado nos autos e, como tal, deve ser tomado pelo Juiz, na formação de sua convicção, dentro da liberdade que orienta tal raciocínio. Não tem, é óbvio, valor absoluto – que, aliás, nem a

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

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.

A 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vinha decidindo nesse sentido, isto é, que o reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, servia como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação (HC 427051/SC).

No julgamento em análise, a Turma segue a 6ª.T e unificam o entendimento no sentido de que o reconhecimento fotográfico ou presencial feito pela vítima na fase do inquérito policial, sem a observância dos procedimentos descritos no **artigo 226** do Código de Processo Penal (CPP), não é evidência segura da autoria do delito.

Para o colegiado, tendo em conta a ressalva contida no **inciso II** do artigo 226 – segundo o qual a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito deve ser feita sempre que possível –, eventual impossibilidade de seguir o procedimento precisa ser justificada, sob pena de invalidade do ato.

2- Tema: Busca e apreensão. Prontuários médicos. Documentos sigilosos. Discriminação específica no mandado. Desnecessidade. Nulidade da prova. Inocorrência.

INFORMATIVO 694 STJ- SEXTA TURMA

Inexiste exigência legal de que o mandado de busca e apreensão detalhe o tipo de documento a ser apreendido, ainda que de natureza sigilosa.

Informações do Inteiro Teor:

No caso, se a investigação foi deflagrada em virtude da adulteração de prontuários, a interpretação evidente é de que os principais objetos visados pela medida de busca e apreensão eram os prontuários dos pacientes que haviam sido submetidos a tratamento e, ao mesmo tempo, vítimas de inúmeros crimes.

Não se vê a ocorrência de nulidade. Embora os prontuários possam conter dados sigilosos, foram obtidos a partir da imprescindível autorização judicial prévia, quer dizer, a prova foi obtida por meio lícito. A ausência de sua discriminação específica no mandado de busca é irrelevante, até porque os prontuários médicos encontram-se inseridos na categoria de documentos em geral, inexistindo qualquer exigência legal de que a autorização cautelar deva detalhar o tipo de documento a ser apreendido quando este possuir natureza sigilosa.

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

Conforme já se pronunciou o STF, "dada a impossibilidade de indicação, ex ante, de todos os bens passíveis de apreensão no local da busca, é mister conferir-se certa discricionariedade, no momento da diligência, à autoridade policial" (STF, Pet 5173/DF, Min. Dias Tofoli, Primeira Turma, DJe 18/11/2014).

Com efeito, "O artigo 243 da Lei Processual Penal disciplina os requisitos do mandado de busca e apreensão, dentre os quais não se encontra o detalhamento do que pode ou não ser arrecadado" (HC 524.581/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13/2/2020). "Suficiente à delimitação da busca e apreensão é a determinação de que deveriam ser apreendidos os materiais que pudessem guardar relação estrita com aqueles fatos [...]" (HC 537.017/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 3/2/2020).

Em outro precedente, esta Corte Superior já preconizou que "O artigo 240 do Código de Processo Penal, ao tratar da busca e apreensão, apresenta um rol exemplificativo dos casos em que a medida pode ser determinada, no qual se encontra a hipótese de arrecadação de objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu, não havendo qualquer ressalva de que não possam dizer respeito à intimidade ou à vida privada do indivíduo" (HC 142.205/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma DJe 13/12/2010).

Ademais, vale frisar que o sigilo do qual se reveste os prontuários médicos pertencem única e exclusivamente aos pacientes, não ao médico. Assim, como afirmado pelo Tribunal estadual, caso houvesse a violação do direito à intimidade, haveria de ser arguida pelos seus titulares e não pelo investigado.

Processo: RHC 141.737/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, por maioria, julgado em 27/04/2021.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O mandado de busca e apreensão deve conter a indicação mais precisa possível do local da busca, os motivos e fins da diligência e ser emanado de autoridade competente, conforme determinação legal (art. 243 do CPP).

Todavia, sedimentou-se o entendimento jurisprudencial de que a exatidão exigida para o mandado é aquela aferível levando-se em conta o contexto dos fatos delituosos e os dados disponíveis de investigação que são apresentados ao magistrado.

Foi o que decidiu o STJ no julgado em análise.

DIREITO PENAL:

1- Tema: Ministro manda contar em dobro todo o período de pena cumprido em situação degradante

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Com base em determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Reynaldo Soares da Fonseca concedeu habeas corpus para que seja contado em dobro todo o período em que um homem esteve preso no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu, localizado na Zona Oeste do Rio de Janeiro.

Com a contagem em dobro, segundo a defesa, o condenado poderá alcançar o tempo necessário para a progressão de regime e o livramento condicional.

A unidade prisional foi objeto de diversas inspeções realizadas pela CIDH, a partir de denúncia feita pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro sobre a situação degradante e desumana em que os presos se achavam. Essas inspeções culminaram na edição da **Resolução CIDH** de 22 de novembro de 2018, que proibiu o ingresso de novos presos na unidade e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no local – salvo para os casos de crimes contra a vida ou a integridade física e de crimes sexuais.

Com sua decisão, Reynaldo Soares da Fonseca reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que aplicou a contagem em dobro apenas para o período de cumprimento de pena posterior a 14 de dezembro de 2018, data em que o Brasil foi notificado formalmente da resolução da CIDH. Como a resolução não faz referência expressa ao termo inicial da determinação, o TJRJ adotou a regra do direito interno, que "confere efetividade e coercibilidade às decisões na data de sua notificação formal".

Eficácia vinculante

O relator lembrou que, a partir do **Decreto 4.463/2002**, o Brasil reconheceu a competência da CIDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (**Pacto de São José da Costa Rica**), aprovada em 1969.

Segundo o magistrado, a sentença emitida pela CIDH tem eficácia vinculante para as partes processuais, não havendo meios de revisá-la. "A sentença da CIDH produz autoridade de coisa julgada

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença", declarou.

Reynaldo Soares da Fonseca ponderou que, ao aplicar a resolução apenas a partir da notificação oficial feita ao Brasil, as instâncias anteriores deixaram de cumpri-la, pois as más condições do presídio, que motivaram a determinação da CIDH, já existiam antes de sua publicação.

"Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação, e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado", comentou o ministro.

Interpretação mais favorável

Ele destacou que, por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, é permitido ao Estado-parte ampliar a proteção conferida por elas. Assim – concluiu –, as sentenças da CIDH devem ser interpretadas da maneira mais favorável possível para quem teve seus direitos violados.

Além disso, o relator ressaltou que as autoridades locais devem observar os efeitos das disposições da sentença internacional e adequar sua estrutura interna "para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos".

Para Reynaldo Soares da Fonseca, "os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais".

Considerando que a melhor interpretação a ser dada à resolução é pela sua aplicação a todo o tempo de pena cumprido na unidade, o ministro mandou que seja contado em dobro o período de 9 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019, como requerido pela defesa no recurso em habeas corpus.

Leia a [decisão](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [RHC 136961](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Deve ser alertado que a decisão em comento não cuida de um entendimento do STJ, mas decisão da Tribunal com base em determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), envolvendo o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu, localizado na Zona Oeste do Rio de Janeiro.

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

Como explicado acima, a unidade prisional foi objeto de diversas inspeções realizadas pela CIDH. Essas inspeções culminaram na edição da **Resolução CIDH** de 22 de novembro de 2018, que proibiu o ingresso de novos presos na unidade e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no local – salvo para os casos de crimes contra a vida ou a integridade física e de crimes sexuais.

Instalou-se a divergência em relação ao período da pena que deveria ser considerada cumprida em dobro. O STJ ordenou a aplicação a todo o tempo de pena cumprido na unidade.

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema:

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28-A, §14

Autos n.º 009xx16-37.2016.8.26.0050 – MM. Juízo da 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital

Ré: LUCIANA HOLLO

Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – manutenção.

Cuida-se de ação penal movida pelo Ministério Público em face de L. H. e R.H., imputando-lhes o crime do art. 2º, inciso II, c.c. o art. 11, *caput*, e art. 12, inciso I, todos da Lei nº 8.137/90, por 18 vezes, na forma do art. 71 do Código Penal (cf. denúncia de fls. 68/72).

Conforme narrado na exordial, as acusadas, na condição sócias e administradoras da empresa “A. E S. LTDA. - EPP”, localizada na Av. Y. K., n.º 1037, Vila Constância, nesta cidade e comarca de São Paulo, agindo, continuamente, por meio desta pessoa jurídica, no exercício da atividade empresarial, nos meses de janeiro de 2014 a junho de 2015, por 18 vezes, deixaram de recolher, no prazo legal, valor de ICMS total de R\$ 633.074,00 cobrado do substituído na qualidade de substitutos tributários (sujeito passivo de obrigação) e que deveriam recolher aos cofres públicos do Estado de São Paulo.

Consoante restou apurado, ao tempo dos fatos as denunciadas eram sócias e administradoras da referida empresa, pessoa jurídica com atuação no ramo de produtos e perfumaria. No desenvolvimento da atividade empresarial, cumpria às denunciadas autorizarem e coordenarem a venda e compra de mercadorias e serviços, responsabilizando-se e com o domínio do fato como sócias e administradoras, pela escrituração e corretas informações, bem como pelo

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

recolhimento de tributos em regime próprio e de substituição tributária decorrentes das transações realizadas pela pessoa jurídica.

Ocorre que, durante janeiro de 2014 e junho de 2015, a empresa realizou diversas operações tributáveis com outras empresas e, por conta das transações, cobrou de tais clientes (contribuintes substituídos) o montante total de ICMS de R\$ 633.074,00 incidente, mas, ao final do prazo para recolhimento de tais valores aos cofres da Fazenda Estadual, não o fizeram.

Pela sistemática do ICMS, o imposto antecipadamente cobrado do substituído deveria ter sido recolhido pela empresa gerida pelas denunciadas até o dia 10 do mês subsequente ao da apuração (art. 283 do RICMS). Contudo, apesar de as transações terem sido escrituradas no Livro Registro de Saídas da pessoa jurídica e cobrado o total de R\$ 633.074,00 do ICMS diretamente dos substituídos, nada foi recolhido aos cofres públicos.

Em razão do alto valor reduzido, inegável o grave dano à coletividade, na medida em que parte do produto da arrecadação tributária é destinada aos serviços fundamentais do Estado, tais como educação, segurança, saúde, habitação, saneamento básico, dentre outros.

Ao oferecer a denúncia, o Ministério Público ofereceu proposta de suspensão condicional do processo, estabelecendo como condição, dentre outras, a de reparação do dano causado ao erário (fls. 71/72).

Realizada audiência de suspensão condicional do processo, o *Parquet* propôs a suspensão do processo pelo prazo de 04 anos, estipulando como uma das condições, a reparação do dano causado ao erário, mediante o pagamento em 48 parcelas iguais de R\$ 19.875,57, totalizando R\$ 954.027,10, a serem pagas por meio de GARE à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

As acusadas, assistidas por sua Defensora, aceitaram as condições propostas, porém alegaram não terem condições financeiras de arcar com as prestações ofertadas pelo Ministério Público e, assim, requereram a alteração das condições propostas, o que foi negado pelo *Parquet*.

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

Pugnaram também pela concessão de prazo para prova do alegado, pleito este que foi deferido (fls. 102/103).

Foi apresentada resposta à acusação (fls. 104/117) e juntados vários documentos para comprovar a situação financeira das acusadas (fls. 118/425, 439/603 e 626/672).

O Douto Promotor de Justiça, após análise da documentação juntada, concluiu que os informes não confortam a escusa da impossibilidade de reparação de dano, nos termos do art. 89, § 1º, inciso I, da Lei nº 9.099/95, requerendo, por conseguinte, o prosseguimento do feito (fls. 613). A denúncia foi recebida a fls. 614.

Por r. decisão de fls. 684/686, o MM. Juiz entendeu estar suficientemente comprovada a impossibilidade de reparação do dano por parte da acusada R., razão pela qual, ela faz jus ao benefício do *susris* processual. Contudo, em relação a L., entendeu que sua insuficiência de recursos não restou demonstrada, não sendo possível a suspensão condicional do processo para ela, designando, assim, data para realização da audiência de instrução.

O Culto Magistrado, ainda, instou a Digna Defesa de L. a se manifestar sobre a aceitação de proposta de acordo de não persecução penal, por entender que a acusada preenche os requisitos do art. 28-A do CPP (fls. 693/694), que se manifestou favoravelmente à celebração do referido acordo (fls. 696/697).

O Ministério Público, então, ofereceu proposta de acordo de não persecução à acusada L., que não concordou com a condição de reparação do dano, conforme tratativas realizadas entre as partes (fls. 783/784). Ante a recusa da ré, a Douta Promotora de Justiça requereu o prosseguimento do feito (fls. 782).

Foi determinado o desmembramento do feito em relação à R., diante da suspensão condicional do processo operada em seu favor (fls. 785/786).

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

Ante a não realização do acordo de não persecução penal, a Ilustre Defesa de L. pleiteou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, nos termos do artigo 28-A, § 14º, do CPP (fls. 795/800), o que foi determinado pelo D. Juízo (fls. 806).

É o relatório do necessário.

Com razão o Douto Promotor de Justiça, com a devida vênia da Ilustre Defesa.

É preciso sublinhar, também, 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:

- a) que **não** se trate de infração praticada com **violência ou grave ameaça**;

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

- 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.

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;

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

- (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. 28A, §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 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;

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

- (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.

Conforme já frisado, os autos vieram a esta Procuradoria-Geral de Justiça em razão do disposto no § 14 do artigo 28-A do CPP, que preconiza:

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:

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Contudo, conforme se depreende dos autos, a Douta Promotora natural, em nenhum momento, recusou-se a propor o novo instituto de Justiça Negocial à denunciada. Ao contrário, a Insigne Representante Ministerial reconheceu o cabimento do aventado benefício no caso vertente, apontando, ainda, a possibilidade de a denunciada parcelar o débito.

A Ilustre Defesa, todavia, argumenta que, apesar do efetivo interesse em celebrar o acordo de não persecução penal, não tem condições de arcar com o pagamento do dano causado ao erário, o que tentou provar acostando inúmeros documentos aos autos.

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

Argumentou, ainda, que a Fazenda possui meios próprios para excutir seu crédito, sendo que, o tratamento dado pelo *Parquet* à necessidade de reparação do dano como condição indispensável à realização do aventado acordo, seria criar uma exceção à regra da norma legal (fls. 795/800).

Inicialmente, de se destacar que, comentando o artigo 28-A, inciso I, do CPP, acrescentado pela Lei n. 13.964/19, os professores ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO lecionam:

“Na linha de outros instrumentos despenalizadores, o ANPP prestigia a vítima, colocando a reparação do dano ou restituição do objeto do crime como condição para o ajuste. Certamente, haverá discussão quanto à possibilidade de o ajuste abranger (ou não) o dano moral. Para uma corrente, o dano moral, por guardar íntima relação com a dor e o sofrimento experimentado pela vítima, não encontraria, no processo penal, o *locus* adequado para debate. Para outros, com os quais concordamos, embora reconhecendo a dificuldade em se estabelecer o *quantum*, não afastam, de plano, essa possibilidade, dependendo sempre da cuidadosa análise do caso concreto, em especial, da gravidade do ilícito, da intensidade do sofrimento, da condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa, etc., bem como a utilização dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares. Na seara da justiça consensual, tais dificuldades ficam quase que superadas, pois o valor a título de dano moral será discutido com a efetiva participação do ofensor.” (Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados”, editora Juspodivm, 4ª edição, pág. 185)

Na mesma senda, sobre a necessidade de reparação do dano, RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL preconiza:

“Talvez essa seja uma das condições mais importantes do acordo de não persecução penal, uma vez que dá voz e vez à vítima na persecução penal, reforçando o forte movimento atual de redescobrimto da vítima. É certo que a pretensão de Justiça que

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

deve ser ínsita a toda a persecução penal não é realizada a plenos pulmões sem a devida atenção à vítima, que se dá de uma forma bastante relevante por meio da reparação do dano” (Leis Penais Especiais Comentadas, Editora JusPodium, 3ª edição, pág. 2188)

De fato, condição basilar para a celebração do acordo de não persecução penal, em crimes como o apurado nestes autos, é a integral reparação do dano causado ao ente público lesado com a conduta delituosa.

Pelos objetivos e finalidades do instituto, o Ministério Público não deve abrir mão dessa condição e nem a substituir por outra que, à toda evidência, não atenderia ao que é necessário e suficiente para prevenção e reprovação do ilícito cometido.

A conduta da acusada importou em não recolhimento do ICMS que deveria ter sido pago ao Estado de São Paulo, no importe de R\$ 633.074,00, beneficiando-se L. e R. com a ausência de recolhimento em favor da Fazenda Estadual.

Nesse cenário, não tendo havido qualquer pagamento ao ente público lesado com a conduta ilícita, não cabe ao *Parquet* abrir mão desta obrigação, em total prejuízo ao postulado da obrigação de reparação do dano causado pelo delito.

Ademais, como já exaustivamente manifestado pelo Ministério Público, a acusada não conseguiu demonstrar satisfatoriamente a impossibilidade de reparar o dano, tendo em vista a alegada insuficiência de recursos financeiros, fato que foi reconhecido, inclusive, pelo Culto Magistrado (fls. 685).

Com a máxima vênia da Ilustre Defesa, considerando que a autora do fato não promoveu a reparação do dano causado pelo delito, não comprovou a impossibilidade de fazê-lo e discordou de tal condição para efetivação da avença, de rigor o prosseguimento da ação penal.

Boletim Criminal **Comentado** 137- Maio-2021

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 de oferta do acordo, restituindo-se os autos ao D. Juízo competente para o prosseguimento da ação penal.

São Paulo, 15 de abril de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº138, 5/2021
(semana nº 3)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal **Comentado** 138- Maio-2021

AVISOS

1- O processo de execução em trâmite no DEECRIM de Ribeirão Preto foi palco de importante vitória do MP/SP, consolidando entendimento sustentado pelos órgãos de execução.

O sentenciado, reincidente em crime comum, cumpre pena por delito hediondo com resultado morte, praticado antes da entrada em vigor da Lei Anticrime, que alterou o artigo 112 da LEP. Desse modo, no cálculo de pena, o juiz aplicou a legislação vigente na época do fato, considerando necessária a fração de 3/5 para progressão de regime.

A Defensoria Pública agravou da decisão que homologou o cálculo, postulando a aplicação do novel percentual de 40% (artigo 112, inciso V, da LEP), mais benéfico ao agente, mas não obteve êxito no TJSP.

Impetrou HC no STJ e a Ministra Laurita Vaz, em decisão monocrática, determinou a retificação do cálculo de pena, nos moldes pretendidos (40%).

Tão logo o acórdão foi juntado aos autos, a colega Tania de Andrade acionou o Núcleo de Execuções do CAOCRIM, solicitando a atuação do MP/SP no STJ. A Assessoria Jurídica do PGJ interpôs Agravo Regimental, requerendo a reconsideração da decisão proferida, para manutenção da fração de 3/5, e, subsidiariamente, a aplicação do percentual 50%, nos termos do artigo 112, inciso VI, a, da LEP.

A tese subsidiária foi acolhida, tendo a Ministra determinado a incidência da fração de 50% para fins de progressão de regime.

Clique [aqui](#) para acessar o Agravo Regimental

Clique [aqui](#) para acessar o acórdão.

2- A Promotora de Andradina, Marília Gonçalves Gomes Cangani, agravou da decisão do Juízo da Execução que indeferiu o pedido de penhora de 1/4 do saldo de pecúlio do sentenciado, na execução da pena de multa. O TJSP deu provimento ao Agravo em Execução.

Clique [aqui](#) para acessar o acórdão.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Ofensa à saúde mental da mulher no âmbito doméstico e familiar. Lesão grave, quando causar incapacidade para as ocupações habituais da ofendida por mais de 30 dias.

Estudo elaborado pela Dra. Silvia Chakian

O artigo 129 §9º, do Código Penal, visa a proteção não somente da integridade corporal da vítima, mas também de sua saúde mental, esta definida pela Organização Mundial de Saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”

Segundo a Organização Mundial de Saúde, a violência contra a mulher é um problema de saúde pública, uma vez que mais de um terço da população de mulheres de todo o mundo já sofreu violência física ou sexual sendo que, 30% dos casos, o autor foi o parceiro ou o ex-parceiro. Dentre essas mulheres, 42% dessa população apresenta sequelas físicas ou psíquicas, o que revela, de forma inquestionável, a sua proporção endêmica.

Os tipos de violência elencadas no artigo 7º da Lei Maria da Penha, em especial a violência psicológica, podem causar também danos à saúde psíquica e emocional das vítimas, dando causa ao desenvolvimento, por exemplo, de transtornos de ansiedade, depressão, ideação suicida, baixa auto estima, isolamento social, pânico, transtornos alimentares, de sexualidade ou do sono, dores crônicas, abuso de substâncias entorpecentes, dentre outros.

Além das formas de violência mais conhecidas, também são formas de violência que podem causar danos à saúde da mulher, as perseguições, inclusive travadas no ambiente virtual, o compartilhamento de imagens de conteúdo íntimo, com exposição da imagem da vítima, os ataques contra pessoas da sua família, a destruição de objetos de sua estima ou de animais de estimação, a restrição de sua liberdade, o que pode significar o impedimento dessa mulher trabalhar fora ou a manutenção dela em cárcere, a privação financeira, as agressões ou ameaças de agressão, as humilhações, os maus tratos, a desqualificação em público e as relações sexuais forçadas, dentre outras.

Segundo o Mapa da Violência de 2015, no ano de 2014, foram registrados 45.485 atendimentos de mulheres que relataram episódios de violência psicológica nas unidades de saúde de todo o Brasil. Na pesquisa domiciliar realizada, o número de relatos sobe para 1.164.159, superior inclusive aos relatos de violência física.

Não obstante, segundo pesquisa realizada por Ana Luisa Schmidt Ramos, na obra *Dano Psíquicos como Crime de Lesão Corporal na Violência Doméstica*, “praticamente não se tem notícia de

Boletim Criminal Comentado 138- Maio-2021

apurações criminais no Brasil por ofensa à saúde mental da mulher no âmbito doméstico e familiar.”

De fato, durante muito tempo, a questão da saúde da mulher esteve restrita aos aspectos relacionados à reprodução, maternidade, sem qualquer perspectiva de gênero nessa análise. Aliás, foi graças à contribuição do movimento de mulheres que essa visão sobre a saúde da mulher se desenvolveu para abranger também outras questões relacionadas à discriminações e desigualdades.

Segundo a autora citada, a demonstração do dano psíquico pode se dar partir da utilização dos sintomas do Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT): “Dada a complexidade em estabelecer-se a relação de causalidade é que o psicólogo perito deve se valer das mais variadas fontes de informação na realização do exame. Ele deve ter acesso aos autos do processo e documentos, inclusive prontuários médicos, e ouvir não apenas a mulher vítima de violência doméstica, mas também o apontado agressor, as pessoas da família, as pessoas próximas dos envolvidos, o médico ou quem mais possa esclarecer a respeito do evento estressor e o histórico das partes.”²

Imprescindível, portanto, o avanço na compreensão do bem jurídico protegido no artigo 129 do Código Penal, com toda sua amplitude. O que exige que o Ministério Público esteja atento aos aspectos que permeiam as consequências emocionais/psíquicas causadas na vítima, em razão da violência contra ela praticada. E para sua comprovação, deverá zelar para que avaliações e perícias sejam realizadas nesses casos, o que poderá ocorrer inclusive como produção antecipada de provas, nos termos do artigo 156, I do CPP.

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

NOS CASOS EM QUE HOUVER INDÍCIOS DE DANOS EMOCIONAIS/PSÍQUICOS CAUSADOS PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR, VIOLÊNCIA SEXUAL OU CRIME DE PERSEGUIÇÃO, O MINISTÉRIO PÚBLICO DEVERÁ REQUISITAR A REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO OU PERÍCIA, PSICOSSOCIAL OU PSIQUIÁTRICA, A DEPENDER DO CASO CONCRETO, JUNTO A ÓRGÃO COMPETENTE, CAPAZ DE IDENTIFICAR OS TRANSTORNOS DESENVOLVIDOS PELA VÍTIMA E O RESPECTIVO NEXO DE CAUSALIDADE EM RELAÇÃO À VIOLÊNCIA CONTRA ELA PRATICADA, PARA FINS DE TIPIFICAÇÃO DA OFENSA À SAÚDE MENTAL, NOS TERMOS DO ART. 129, PARÁGRAFO 90 DO CÓDIGO PENAL.

Clique abaixo para acessar modelos de denúncias envolvendo lesão grave à saúde mental da vítima.

Clique [aqui](#) ; Clique [aqui](#)

²RAMOS, Ana Luisa Schmidt. Dano psíquico como crime de lesão corporal na violência doméstica. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 190.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Foro por prerrogativa de função se mantém na mudança de mandato federal

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal votou favorável à manutenção do foro privilegiado para deputados e senadores nos casos em que ocorre o chamado "mandato cruzado".

O mandato cruzado acontece quando um deputado se elege para o cargo de senador ou um senador vira deputado.

A maioria do Supremo votou a favor de que políticos alvos de processos criminais continuem respondendo ao processo na Corte quando fazem essa mudança de Casa legislativa ao fim do mandato, sem a necessidade de que essa ação seja enviada a outra instância judicial.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Nos termos do artigo 53, §1º, da CF/88, "Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal". Trata-se de foro por prerrogativa de função, exercido pelo STF e que se estende da diplomação (e não da posse) até o fim do mandato.

Em razão da amplitude que pode ser extraída do texto literal da Constituição, sempre se considerou que todo e qualquer processo criminal a que respondesse o parlamentar deveria ser levado ao Supremo Tribunal Federal a partir da diplomação, ou seja, passavam à jurisdição do tribunal eventuais processos por crimes cometidos antes da diplomação e nela se iniciava qualquer processo por crime cometido após a diplomação e até o fim do mandato parlamentar.

O tribunal, no entanto, por meio de questão de ordem na Ação Penal 937 (j. 03/05/2018), decidiu que: 1) a prerrogativa de foro se limita aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele; 2) a jurisdição do STF se perpetua caso tenha havido o encerramento da instrução processual – leia-se: intimação das partes para apresentação das derradeiras alegações – antes da extinção do mandato.

A decisão tratou do tema em termos genéricos, mas diversas situações específicas têm sido apreciadas aos poucos pelos tribunais superiores, de acordo com as circunstâncias dos casos concretos.

Boletim Criminal Comentado 138- Maio-2021

Uma das situações, recentemente abordada pela Corte Suprema (Pet. 9189, j. 12/05/2021), envolve o caso de deputados federais eleitos senadores e vice-versa. Ambos os cargos têm prerrogativa de foro no STF, mas, a rigor, a decisão tomada na AP 937 deveria impedir a permanência de inquéritos policiais e de ações penais naquela corte, pois, se o foro por prerrogativa existe no caso de crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele, a extinção do mandato faria desaparecer a prerrogativa. Ainda que, em virtude da eleição, o agente permaneça com prerrogativa perante o mesmo tribunal, trata-se de cargos distintos e de crimes cometidos em outras circunstâncias, que não justificariam a manutenção do foro.

Mas, por maioria, o STF decidiu que, no caso de mandatos cruzados na esfera federal, o foro por prerrogativa permanece sobre crimes cometidos no exercício do cargo anterior.

Segundo a relatora – min. Rosa Weber –, o mandato eletivo tem dois atributos: um material e outro temporal. O material diz respeito às atribuições, prerrogativas e obrigações do cargo. O temporal corresponde ao período de tempo legalmente determinado. A delimitação no tempo, por ser uma característica dos regimes democráticos, deve ser concretizada da maneira mais ampla possível. Por isso, mesmo a interpretação de que o foro por prerrogativa permanece quando o parlamentar é reeleito para o mesmo cargo é uma concessão que, em certa medida, fragiliza o elemento temporal. No entanto, pode ser tolerado porque, tratando-se de cargo idêntico, o aspecto material, isoladamente, pode sustentar a manutenção da prerrogativa.

Mas, para a ministra, não é defensável a extensão da prerrogativa de foro no caso de mudança de mandato, pois isso viola o conceito constitucionalmente delimitado de mandato eletivo e, nesse caso, já não há mais os atributos materiais do cargo ocupado anteriormente:

“Afinal, abrangendo, o conceito, elementos de cariz substancial e temporal, qualquer compreensão que se pretenda fiel ao arquétipo constitucional deve buscar, ao menos, remissão a algum dos dois elementos conceituais em questão.

Tal remissão é inviável quando em escrutínio situações fáticas como a que se apresenta nestes autos, em que Deputado Federal elege-se para cargo de Senador da República, pois nenhum dos critérios de fixação de competência perdura para justificar a perpetuação da jurisdição desta Suprema Corte.

Com efeito, o elemento temporal constitucionalmente delimitado esvaiu-se com o encerramento da legislatura; de igual modo, ausente o elemento material ou substancial, porquanto diferente o plexo de atribuições dos respectivos cargos eletivos.

[...]

Boletim Criminal Comentado 138- Maio-2021

Forte nestas razões, Senhor Presidente, eminentes pares, voto pelo não provimento do agravo regimental, mantendo incólume a decisão monocrática pela qual remeti a parcela da investigação referente ao Senador da República Márcio Miguel Bittar, no âmbito do Inquérito 4846, à primeira instância da Justiça Federal no Distrito Federal.

Proponho a seguinte tese de julgamento: 1. O foro por prerrogativa de função (CPP, arts. 84 a 87) encerra-se quando o agente público dele detentor passa a ocupar cargo público ou exercer mandato eletivo distinto daquele que originalmente atraiu a regra especial de competência, ainda que a mudança de assento funcional ocorra sem solução de continuidade. 2. Na linha do precedente firmado no julgamento da QO na AP 937, aludida regra de competência também não perdura nas hipóteses de ‘mandatos parlamentares cruzados’”.

A maioria, no entanto, acompanhou o voto divergente do min. Edson Fachin, para quem o foro por prerrogativa deve permanecer se, ausente solução de continuidade, o deputado federal é eleito para cargo no Senado ou o senador é eleito para cargo na Câmara dos Deputados. A prerrogativa deixa de existir se houver interrupção entre os mandatos. Referindo-se ao julgamento proferido na AP 937, afirmou o ministro:

“[...] De acordo com as razões de decidir desse julgado paradigma, a exigência da concomitância dos sobreditos requisitos – prática do crime no tempo do exercício do cargo e em razão da função ocupada – para a configuração da competência originária do Supremo Tribunal Federal elide a desfuncionalidade e a ineficiência do sistema de justiça criminal provocado pelo amplo alcance da prerrogativa de foro se o único aspecto considerado fosse a diplomação da autoridade para quaisquer dos cargos nomeados pela Constituição (art. 102, I), enfatizando, ademais, que a prerrogativa de função não significa assegurar privilégio pessoal, mas condiz unicamente com a proteção funcional.

Contudo, a despeito desse pronunciamento restritivo e passível de ser aplicado de imediato, foi assentada a possibilidade de perpetuação da jurisdição, nos casos em que a ocupação do cargo cessar, independente da motivação, após o término da instrução processual, ou seja, com a publicação do despacho de intimação das partes às alegações finais, marco temporal a partir do qual a competência não mais sofrerá alteração.

Diante dessas balizas, sob o meu olhar, a competência o Supremo Tribunal Federal alcança os Congressistas Federais no exercício de mandato em casa parlamentar diversa daquela em que fora consumada a hipotética conduta delitiva, pois hipótese que encontra subsunção no art. 102, I, “b”, da Constituição Federal, desde que não haja solução de continuidade.

Havendo interrupção ou término do mandato parlamentar, sem que o investigado ou acusado tenha sido novamente eleito para os cargos de Deputado Federal ou Senador da República,

exclusivamente, o declínio da competência é medida impositiva, nos termos do entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na aludida questão de ordem [...]"

O precedente ora comentado será, fatalmente, utilizado em outras esferas, como no caso do Prefeito que se elege deputado estadual ou vice-versa.

2- Tema: Homologação de perícia reduz para 30 dias prazo decadencial em crime contra propriedade imaterial

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Para os ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível aplicar de forma harmônica os prazos previstos nos artigos **38** e **529** do Código de Processo Penal (CPP), de modo que, em se tratando de crime contra a propriedade imaterial que deixe vestígio, a ciência da autoria do fato dá início ao prazo decadencial de seis meses, sendo tal prazo reduzido para 30 dias se, nesse intervalo, for homologado laudo pericial.

Com base nessa decisão, o colegiado confirmou acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que aplicou conjuntamente os artigos 38 e 529 do CPP a um caso de **crime contra a propriedade imaterial** que deixou vestígios. Para a corte estadual, a ciência da homologação do laudo pericial, resultante de representação feita pela vítima após o término do prazo decadencial de seis meses, não leva à abertura de novo prazo para o oferecimento da queixa-crime, sob pena de prejuízo à segurança jurídica.

No recurso especial, a empresa recorrente alegou violação do artigo 529 do CPP, sob o argumento de que o prazo decadencial previsto nesse dispositivo deve prevalecer em relação aos seis meses do artigo 38, por se tratar de norma especial, que consubstancia exceção ao prazo legal de seis meses.

Orientação doutrinária

O ministro Sebastião Reis Júnior, relator do recurso, explicou que a interpretação sistemática da legislação aponta no sentido da possibilidade de conformação dos prazos previstos nos artigos 38 e 529 do CPP, como preceitua a doutrina.

"A adoção de interpretação distinta, de modo a afastar o prazo previsto no artigo 38 do CPP em prol daquele preconizado no artigo 529 do CPP, afigura-se desarrazoada, pois implicaria sujeitar à vontade de querelante o início do prazo decadencial, vulnerando a própria natureza jurídica do instituto, cujo escopo é punir a inércia do querelante", afirmou.

Boletim Criminal **Comentado** 138- Maio-2021

Segundo o relator, o acórdão apresentado como paradigma pelo recorrente (AgRg no REsp 402.488) não ampara a tese recursal. Naquele julgado, observou, não houve debate acerca da possibilidade de conformação ou compatibilização dos artigos 38 e 529 do CPP, nem sobre a possibilidade de um artigo afastar a aplicação do outro.

Leia o **acórdão**.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Os crimes contra a propriedade imaterial estão previstos no Código Penal e em legislação esparsa. No Código Penal, o art. 184 trata da violação de direitos autorais, uma modalidade de crime contra a propriedade imaterial. Já a Lei 9.279/96, em seus arts. 183 a 195, lista os crimes contra a propriedade industrial, dividindo-os em crimes contra as patentes, crimes contra os desenhos industriais, crimes contra as marcas, crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda, crimes contra indicações geográficas e demais indicações e crimes de concorrência desleal. O procedimento penal para esses delitos se submete ao regramento específico dos arts. 524 a 530-I do CPP.

De acordo com o art. 529, tratando-se de crime de ação penal privada apurado com base em apreensão e em perícia, tem a vítima o prazo de trinta dias para ofertar a queixa-crime. Esse prazo se inicia na data em que homologado o laudo pericial elaborado sobre os objetos que constituem o corpo de delito. Não observado o prazo, a ação penal estará, fatalmente, fulminada pela decadência (art. 107, inc. IV, do Código Penal).

Ocorre que o art. 38 do CPP dispõe, como regra geral, que o ofendido decairá do direito de queixa se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime. Tratando-se de crime que se submete ao rito dos arts. 524 a 530-I, indaga-se: o prazo de trinta dias é o único a ser considerado, ou a decadência também se baseia na regra geral do art. 38? Em outras palavras: embora transcorrido o prazo de seis meses, é possível ajuizar a queixa-crime se o laudo pericial foi homologado há menos de trinta dias, ou extingue-se a punibilidade?

A Sexta Turma do STJ decidiu que o prazo decadencial de seis meses não é prejudicado pelo prazo especial do art. 529 do CPP. Portanto, a partir do momento em que sabe quem é o autor do crime, a vítima tem seis meses para ajuizar a queixa. Nesse período, deve ser homologado o laudo pericial, momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo especial de trinta dias:

“Discute-se se o prazo decadencial previsto no art. 529 do CPP – 30 dias após homologação do laudo pericial – consubstancia norma especial, apta a afastar a incidência do art. 38 do mesmo código (decadência em 6 meses contados da ciência da autoria do crime).

Boletim Criminal **Comentado** 138- Maio-2021

Tal exegese, no entanto, não deve prevalecer. A interpretação sistemática das normas aponta no sentido da possibilidade de conformação dos prazos previstos nos referidos dispositivos do Código de Processo Penal.

Assim, em se tratando de crimes contra a propriedade imaterial que deixem vestígio, a ciência da autoria do fato delituoso dá ensejo ao início do prazo decadencial de 6 meses, sendo tal prazo reduzido para 30 dias se homologado laudo pericial nesse ínterim.

A adoção de interpretação distinta, de modo a afastar o prazo previsto no art. 38 do CPP em prol daquele preconizado no art. 529 do CPP, afigura-se desarrazoada, pois implicaria sujeitar à vontade de querelante o início do prazo decadencial.

De fato, consoante ressaltado pelo Tribunal de origem, o querelante, a qualquer tempo, mesmo que passados anos após ter tomado ciência dos fatos e de sua autoria, poderia pleitear a produção do laudo pericial, vindo a se reabrir, a partir da data da ciência da homologação deste elemento probatório, o prazo para oferecimento de queixa-crime.

Desse modo, o que se verifica é que a exegese defendida vulnera a própria natureza jurídica do instituto (decadência), cujo escopo é punir a inércia do querelante” (REsp 1.762.142/MG, j. 13/04/2021).

DIREITO PENAL:

1- Tema: Apenado em Presídio Federal em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Progressão de Regime: Possibilidade?

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Da pesquisa pronta abaixo disponibilizada, o leitor perceberá que a Corte ficou entendimento no sentido de que a concessão do benefício da progressão de regime ao apenado em presídio federal de segurança máxima fica condicionada à ausência dos motivos que justificaram a transferência originária para esse sistema ou, ainda, à superação de eventual conflito de competência suscitado.

Tal entendimento jurisprudencial deriva da interpretação sistemática dos dispositivos legais que norteiam o ingresso no Sistema Penitenciário Federal, os quais demonstram a absoluta incompatibilidade entre os motivos que autorizam a inclusão do preso e os benefícios liberatórios da execução.

PESQUISA PRONTA- STJ

Clique [aqui](#)

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Definição do correto enquadramento dos fatos, com reflexo na atribuição funcional

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos nº 1501145-90.2021.8.26.0451 – MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Piracicaba

Suscitante: 13º Promotor de Justiça de Piracicaba, oficiante no JECRIM

Suscitado: 6º Promotor de Justiça de Piracicaba

Assunto: definição do correto enquadramento dos fatos, com reflexo na atribuição funcional

Cuida-se de investigação penal instaurada para apuração da conduta praticada por HEBER GOMES DOS SANTOS, no dia 01 de novembro de 2020, por volta das 11 horas e 15 minutos, na Rua Benjamim Constant, 3300, Paulista, na cidade e Comarca de Piracicaba, contra *Adinaria Ramos de Souza*.

Segundo consta do procedimento investigatório, o autor e a vítima eram colegas de trabalho e na data dos fatos, HEBER estava trabalhando no estoque do estabelecimento comercial, juntamente com *Adinaria*, quando colocou seu pênis para fora da calça na presença dela (cf. boletim de ocorrência de fls. 03/4 e declarações de fls. 05 e 08).

HEBER confessou a prática do ato (fls. 16).

Foi apresentado o relatório final (fls. 20).

O Douto Promotor de Justiça que recebeu os autos, oficiando no Juízo criminal comum, asseverou que fato pode configurar, em tese, tão somente a prática de infração de pequeno

Boletim Criminal Comentado 138- Maio-2021

potencial ofensivo (art. 65 da Lei das contravenções penais/ato obsceno), a depender, se o caso, da produção de outras provas no inquérito policial, razão pela qual requereu a remessa do feito ao Juizado Especial Criminal daquela localidade, competente para o julgamento das infrações consideradas de menor potencial ofensivo (fls. 23), o que foi deferido (fls. 25).

O Ilustre Representante Ministerial destinatário, contudo, ao receber os autos discordou de seu antecessor e suscitou conflito de atribuições.

Inicialmente, pontuou que a contravenção do artigo 65 foi expressamente revogada pela Lei 14.132/21 que acrescentou o tipo penal previsto no art. 147-A, do CP (perseguição). Ademais, asseverou que, mesmo quando vigente, esta contravenção não visava reprimir condutas imbuídas de satisfação sexual, vez que para estas havia contravenção específica prevista no art. 61, da LCP. Esta, por sua vez, foi, também, expressamente revogada pela Lei 13.178/18 que criou o tipo penal previsto no art. 215-A, do CP (importunação sexual), tipo penal que, segundo entende, se subsume a conduta do investigado. Por fim, ressaltou não se ter configurado o crime de ato obsceno, previsto no artigo 233, do Código Penal, posto que este delito visa coibir a prática de obscenidades em local público ou exposto ao público, o que não é o caso dos autos (fls.30/32).

Os autos foram remetidos a esta chefia Institucional para solução do impasse (fls. 33).

Eis a síntese do necessário.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que o endereçamento da questão para análise desta Chefia Institucional assenta-se no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93.

Encontra-se devidamente configurado, portanto, o conflito negativo 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

Boletim Criminal Comentado 138- Maio-2021

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).

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.

Pois bem.

A razão se encontra com o Douto Suscitante, com a máxima vênia do Ilustre Suscitado; senão, vejamos.

O Insigne Representante Ministerial que oficia perante o Juízo criminal comum postulou a remessa dos autos ao Juizado Especial por entender configurada a contravenção de perturbação da tranquilidade ou então o delito de ato obsceno.

Quanto a referida contravenção, cumpre registrar que no dia 31 de março de 2021, foi sancionada a lei 14.132/21, que incluiu o artigo 147-A no Código Penal, criminalizando a conduta de perseguição (*stalking*). A nova lei, revogou a contravenção penal de perturbação à tranquilidade, prevista no artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/41.

A revogação de tal contravenção penal tem gerado inúmeras controvérsias. Tem prevalecido o entendimento de que essa revogação não importa em *abolitio criminis* para condutas que hoje estão abarcadas pelo tipo penal do artigo 147-A do CP como um fato mais grave. Isso porque o legislador não considerou um insignificante penal a perturbação reiterada à tranquilidade, mas, sim, elevou essa conduta à categoria de crime.

Neste sentido, destaca-se o ensinamento de Rogério Sanches Cunha:

“(…) a mesma lei que inseriu no Código Penal o art. 147-A revogou o art. 65 da Lei de Contravenções Penais, dispositivo ao qual se subsumia a maior parte das condutas de perseguição. A nosso ver, o legislador se equivocou, porque nem todas as condutas abrangidas pelo tipo da contravenção são compatíveis com as características do art. 147-A. Se compararmos a redação do art. 65 com a do art. 147-A, veremos que a contravenção é mais abrangente. O ato de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade por acinte ou por motivo reprovável não precisa envolver ameaça nem restrição à capacidade de locomoção ou à privacidade. Há inúmeras condutas de perturbação que não se enquadram nos termos de certa forma restritivos do art. 147-A.

Mas, consumada a revogação, há *abolitio criminis*?

Havia quem sustentasse que a própria contravenção penal, em qualquer circunstância, tinha como característica a reiteração de ações, pois um ato isolado não seria capaz de realmente importunar alguém ou de perturbar-lhe o sossego. As condutas que, praticadas reiteradamente, se revestiram das demais características do art. 147-A sem dúvida continuam puníveis em razão do princípio da continuidade normativo-típica, modificando-se apenas a forma de punição. Nesse caso, deve ser respeitada a pena anterior, pois a atual, mais severa, é irretroativa.

Mas havia também quem tratasse a contravenção penal como infração instantânea, ou seja, apenas um ato de molestar alguém ou de perturbar sua tranquilidade já seria suficiente para justificar a punição. Nesse caso, mesmo que presentes as demais características do art. 147-A, não há remédio senão reconhecer a extinção da punibilidade (art. 107, inc. III, do CP).

(Lei 14.132/21: Insere no Código Penal o artigo 147-A para tipificar o crime de perseguição. - Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14-13221-insere-no-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-de-perseguiacao/> - acesso em 06.05.21).

De qualquer forma, a conduta praticada pelo agente não se enquadraria na referida contravenção, porque vai além, haja vista que imbuída de conotação sexual.

Boletim Criminal Comentado 138- Maio-2021

Vencida a questão referente à contravenção aventada, a controvérsia reside em determinar se, com sua conduta, o investigado exibiu-se publicamente, ofendendo o pudor alheio ou, ao revés, praticou contra a vítima e sem a sua anuência ato libidinoso visando a satisfazer lascívia própria.

Com efeito, trata-se de agente que, ao estar sozinho com a ofendida, no estoque do comércio onde ambos trabalhavam, tirou o pênis para fora da calça e exibiu-lhe. A vítima, incomodada, o repreendeu e então o investigado cessou aquele comportamento.

A conduta do autor extrapolou o mero exibicionismo, que poderia se enquadrar na infração de menor potencial ofensivo descrita no art. 233 do CP.

Não se limitou o agente, com efeito, à exposição pública de seu corpo, aviltando o pudor de terceiro.

Mais que isso, praticou inegável ato libidinoso, decerto para dar vazão à própria concupiscência, na presença da vítima e contra a vontade desta.

De notar, ainda, que se tratou de fato inegavelmente direcionado à vítima, haja vista constar que o agente e ela estavam sozinhos no estoque, quando ele mostrou-lhe o pênis, de modo a evidenciar que se cuida de crime sexual contra pessoa determinada (e não de conduta agressiva ao pudor de terceiros indeterminados).

A conduta, destarte, a ser enquadrada no tipo do artigo 215-A do Código Penal, não constitui delito de competência do Juizado Especial Criminal.

De ver, não obstante, que por vigorar nesta fase o princípio *in dubio pro societate*, mesmo que a controvérsia não pudesse ser definitivamente solucionada, o que não parece ser o caso, ainda assim deveria subsistir a imputação mais abrangente.

Em face do exposto, conhece-se do presente conflito para **declarar que a atribuição para oficiar no feito compete ao Doto Suscitado**, que oficia perante o Juízo criminal comum.

Boletim Criminal **Comentado** 138- Maio-2021

Para que não haja menoscabo à sua independência funcional, designa-se – **se necessário** - outro representante ministerial para atuar nos autos, facultando-se-lhe observar o disposto no art. 4-A da Resolução n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução n.º 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria - **se necessário** - designando-se o substituto automático.

São Paulo, 10 de maio de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº139, 5/2021
(semana nº 4)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

AVISOS

1- NÚCLEO DE APOIO AO TRIBUNAL DO JÚRI. Aberta a oportunidade para que você participe do fortalecimento das promotorias de justiça criminais do Júri. Estão abertas as inscrições para integrar o Núcleo de Apoio ao Tribunal do Júri (NAJ), estrutura criada pela Resolução 1.333/2021 do procurador-geral de Justiça, Mario Sarrubbo, com subordinação à Secretaria Especial de Políticas Criminais e dentro do Centro de Apoio Operacional Criminal (CAOCrim).

A finalidade é fortalecer a atuação da promotoria de justiça com atribuição no Júri; desde a fase de investigação criminal, as perícias correspondentes, a interação com a polícia judiciária e o auxílio aos promotores de Justiça que tenham atribuição nos processos de apuração dos crimes dolosos contra a vida.

Os integrantes do NAJ, cuja coordenação caberá a um dos membros do CAOCrim, serão designados pelo PGJ sem afastamento de suas funções ordinárias. Os promotores naturais poderão solicitar ao NAJ, mediante requerimento fundamentado ao seu coordenador, apoio para atuação conjunta em investigações criminais ou processos judiciais que apurem crimes dolosos contra a vida.

De acordo com Sarrubbo, "o alto índice de crimes dolosos contra a vida" exige constante agilidade e efetividade por parte do Ministério Público como instituição responsável pela promoção privativa da ação penal pública, bem como constante especialização e preparo".

Inscriva-se mediante indicação de interesse através do e-mail: pgj_politicascriminais@mpsp.mp.br.

2- STJ admite MPSP como “amicus curiae” no Tema 1084

Em decisão monocrática proferida na última quarta-feira, o ministro Rogerio Schietti Cruz, relator do Recurso Especial 1918338, admitiu o MPSP como amicus curiae no processo que tramita no Superior Tribunal de Justiça no qual se discute a "a retroatividade das alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019 nos lapsos para progressão de regime, previstos na Lei de Execução Penal, dada a decorrente necessidade de avaliação da hediondez do delito, bem como da ocorrência ou não do resultado morte e a primariedade, a reincidência genérica ou, ainda, a reincidência específica do apenado".

Em 23 de março de 2021 o Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais nº 1910240/MG e nº 1918338/MT, para julgamento do Tema 1084.

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

A redação ambígua dada pela Lei n.º 13.964/19 aos incisos II, IV, VII e VIII do artigo 112 da LEP constitui alvo de preocupação do MPSP desde a sua entrada em vigor, pois permite interpretação mais liberal em relação ao tempo de execução de pena necessário para progressão de regime.

A Tese 502 do Setor de Recursos Especiais e Extraordinários e o Enunciado 75 do Núcleo de Execuções Criminais externaram a nossa posição no sentido de que a reincidência mencionada nos incisos respectivos é a genérica.

De outra parte, o Enunciado 47 PGJ-CGMP Lei n.º 13.964/2019 tratou da questão atinente à retroatividade das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime nos lapsos para progressão de regime: admitimos somente se, aplicadas ao caso concreto, beneficiarem o sentenciado.

Foi crucial o deferimento do nosso ingresso como amicus curiae no julgamento do Tema 1084, pautado para o próximo dia 26, pois permitirá ao Procurador-Geral de Justiça sustentar nossa Tese e Enunciados, valendo lembrar que a decisão proferida terá eficácia vinculante.

Servirá, ainda, para impedir o reconhecimento de tese que vem sendo sustentada pela Defensoria Pública no sentido de que a reincidência referida nos citados dispositivos é não somente a específica, pressupondo a prática de crimes idênticos (previstos no mesmo tipo e que protegem igual bem jurídico). Se não for reconhecida a tese do MPSP, nossa atuação deve buscar, subsidiariamente, o não acolhimento desta, sustentada pela Defensoria.

Sem prejuízo, no mês de fevereiro, a Procuradoria-Geral de Justiça encaminhou ao Deputado Carlos Sampaio Proposta de Alteração Legislativa dos incisos II, IV, VII e VIII do artigo 112 da LEP, Projeto de Lei que recebeu o número 43/2021.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Estupro de vulnerável contra criança ou adolescente no ambiente doméstico e familiar. Competência do SANCTVS ou da Vara da Violência Doméstica?

O art. 148 do ECA nada prevê em relação à competência da Vara da Infância e da Juventude para o julgamento de crimes praticados contra a criança e o adolescente.

Por esse motivo, em princípio, a Vara da Infância não detém tal competência, restrita às Varas Criminais.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, declarou a incompetência da Vara da Infância e da Juventude para o julgamento de ações penais em que se apurava a prática de crimes sexuais contra a criança e o adolescente, mesmo quando prevista em lei estadual.

Contudo, esse não foi o posicionamento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, o qual reconheceu ser legítimo que o Tribunal de Justiça, ao estabelecer a organização e divisão judiciária, poderá atribuir a competência para o julgamento de crimes sexuais contra crianças e adolescentes ao Juízo da Vara da Infância. A propósito:

Habeas corpus. Penal. Processual penal. Lei estadual. Transferência de competência. Delitos sexuais do código penal praticados contra crianças e adolescentes. Juizados da infância e juventude. Violação do art. 22 da CF/1988 e ofensa aos princípios constitucionais. Não ocorrência. Ordem denegada. I – A lei estadual apontada como inconstitucional conferiu ao Conselho da Magistratura poderes para atribuir aos 1.º e 2.º Juizados da Infância e Juventude, entre outras competências, a de processar e julgar crimes de natureza sexuais praticados contra crianças e adolescentes, nos exatos limites da atribuição que a Carta Magna confere aos Tribunais. II – Não há violação aos princípios constitucionais da legalidade, do juiz natural e do devido processo legal, visto que a leitura interpretativa do art. 96, I, a, da CF/1988 admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação dos Tribunais. Precedentes. III – A especialização de varas consiste em alteração de competência territorial em razão da matéria, e não alteração de competência material, regida pelo art. 22 da CF/1988. IV – Ordem denegada (HC 113.018, 2.ª T., j. 29.10.2013, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 14.11.2013).

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

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 abriu”. 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.

No Estado de São Paulo, desde 2015, temos o SANCTVS, criado por Provimento do Tribunal de Justiça. Compete ao SANCTVS conhecer e julgar os processos referentes aos delitos previstos:

- a) nos artigos 228 a 244-B da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- b) nos artigos 96 a 109 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso);
- c) no artigo 8º da Lei nº 7.853/89;
- d) nos artigos 14 a 17 da Lei nº 9.434/1997 (Lei de Transplantes), ressalvada a competência do Tribunal do Júri;
- e) nos artigos 133, 134, 135, 136, 207, 217-A, 218-B, 230, §1º, 231-A, 242, 243, 244, 245, 247, 248 e 249 todos do Código Penal;
- f) no artigo 129 do Código Penal cuja vítima seja do gênero masculino criança, adolescente, ou idosa praticado nas circunstâncias previstas no art. 61, inc. II, alínea “f”, do mesmo diploma legal;
- g) no artigo 129, §§ 9º e 11 do Código Penal cuja vítima seja do gênero masculino criança, adolescente ou idoso, inclusive na forma qualificada;
- h) nos artigos 203 e 206 ambos do Código Penal quando não tenha por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente.

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

As alíneas acima não evitaram um debate: a competência alcança qualquer crime sexual cometido contra crianças ou adolescentes, inclusive aqueles praticados no ambiente doméstico e familiar?

Depois de oscilar a jurisprudência e a posição do próprio Ministério Público do Estado de São Paulo, mais precisamente no Setor do art. 28 do CPP, o entendimento que hoje prevalece no STJ e na Câmara Especial do TJ de São Paulo, no julgamento de conflito de jurisdição é no sentido de que, para atrair a incidência da Lei n. 11.340/2006 (e, consequentemente a competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar), pouco importa a idade da vítima, exigindo-se, apenas, que seja mulher e que a violência seja cometida no ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida. Esse entendimento será seguido pela procuradoria-geral de Justiça.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Crimes Funcionais. Peculato. Equiparação a funcionário público para fins penais. Ciência da condição pessoal do agente pelo concorrente do crime: necessidade?

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Apesar de próprio, o crime de peculato admite o concurso de pessoas estranhas aos quadros da administração. A qualidade de servidor do agente é elementar, comunicável nos exatos termos do que dispõe o art. 30 do CP.

Deve ser alertado, contudo, que a condição pessoal do autor deve ingressar na esfera de conhecimento do *extraneus*, caso contrário responderá este por crime outro, como, por exemplo, apropriação indébita.

A Quinta Turma, em caso relatado pelo ministro Ribeiro Dantas (RHC 112.074), citou precedente da Sexta Turma para explicar que "o peculato corresponde à infração penal praticada por funcionário público contra a administração em geral. Denominado crime próprio, exige a condição de funcionário público como característica especial do agente – de caráter pessoal – elementar do crime, admitindo-se o concurso de agentes entre funcionários públicos e terceiros, desde que esses tenham ciência da condição pessoal daqueles, pois referida condição é elementar do crime em tela".

Para ter acesso a pesquisa pronta da Corte, clique [aqui](#)

DIREITO PENAL:

1- Tema: Terceira Seção fixará tese sobre aplicação da majorante do furto noturno ao crime qualificado

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu afetar os Recursos Especiais 1.888.756, 1.890.981 e 1.891.007, de relatoria do ministro João Otávio de Noronha, para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos.

A questão submetida a julgamento, cadastrada na base de dados do STJ como **Tema 1.087**, está assim resumida: "(im)possibilidade de a causa de aumento prevista no parágrafo 1º do **artigo 155** do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) incidir tanto no crime de furto simples (*caput*) quanto na sua forma qualificada (parágrafo 4º)".

O colegiado decidiu não suspender os processos em tramitação sobre o tema. "É desnecessária a suspensão dos processos prevista no **artigo 1.037** do Código de Processo Civil. Primeiro, porque já existe orientação jurisprudencial das turmas componentes da Terceira Seção. Segundo, porque eventual dilação temporal no julgamento dos feitos correspondentes pode acarretar gravame aos jurisdicionados", afirmou o relator.

Questão madura

Ao propor a afetação, João Otávio de Noronha destacou a característica multitudinária do tema, tendo em vista que a Comissão Gestora de Precedentes do STJ identificou 47 acórdãos e 844 decisões monocráticas proferidas por ministros da Quinta e da Sexta Turma a respeito da controvérsia.

Segundo o ministro, tanto o STJ quanto o Supremo Tribunal Federal (STF), em diversos julgados, já se manifestaram no sentido de que a causa de aumento prevista no artigo 155, parágrafo 1º, do Código Penal – que se refere à prática do furto durante o repouso noturno – é aplicável ao furto qualificado. "A questão encontra-se madura para que dela possa advir um precedente judicial", concluiu.

Leia o **acórdão** de afetação do REsp 1.888.756.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): **REsp 1888756**

REsp 1890981

REsp 1891007

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A presente causa de aumento do “repouso noturno” no crime de furto, de acordo com a orientação passada dos Tribunais Superiores, tinha aplicação restrita ao furto simples, previsto no caput, podendo o juiz, em se tratando de furto qualificado, considerar o período de cometimento (se durante o repouso noturno) na análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP).

Ressaltamos, no entanto, que o STJ, a partir de 2017, passou a decidir, majoritariamente, ser possível a aplicação da majorante também no furto qualificado, pois não há incompatibilidade entre esta circunstância e aquelas que qualificam o delito, nem há prejuízo para a dosimetria da pena, tendo em vista que o juiz parte da pena-base relativa à forma qualificada e faz incidir o aumento de um terço na terceira fase de aplicação. Além disso, não se justifica a imposição de óbice porque, lançando mão de critério de interpretação semelhante, o tribunal firmou o entendimento de que é possível aplicar sobre o furto qualificado o privilégio do § 2º do art. 155 (2).

O STF também já decidiu no mesmo sentido:

“1. Não convence a tese de que a majorante do repouso noturno seria incompatível com a forma qualificada do furto, a considerar, para tanto, que sua inserção pelo legislador antes das qualificadoras (critério topográfico) teria sido feita com intenção de não submetê-la às modalidades qualificadas do tipo penal incriminador. 2. Se assim fosse, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal, o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º) no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º) - como se sabe, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade desses dois institutos. 3. Inexistindo vedação legal e contradição lógica, nada obsta a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) e as qualificadoras do furto (CP, art. 155, § 4º) quando perfeitamente compatíveis com a situação fática” (3).

². HC 306.450/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/12/2014; AgRg no REsp 1.658.584/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03/05/2017.

³. HC 130.952/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20/02/2017.

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

Com fundamento no [artigo 1.036](#) e seguintes do CPC, mediante a seleção de recursos especiais que tenham controvérsias idênticas, o STJ resolveu afetar um processo, ou seja, encaminhá-lo para julgamento sob o rito dos repetitivos, facilitando a solução de demandas que se repetem nos tribunais brasileiros.

A possibilidade de aplicar o mesmo entendimento jurídico a diversos processos gera economia de tempo e segurança jurídica.

No site do STJ, é possível acessar todos os temas afetados, bem como saber a abrangência das decisões de sobrestamento e as teses jurídicas firmadas nos julgamentos, entre outras informações.

2-Tema: Terceira Seção aprova súmula sobre efeitos de sentença superveniente em pedido de trancamento de ação penal

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), especializada em direito penal, aprovou a Súmula 648, que traz o seguinte enunciado: "A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em habeas corpus".

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O trancamento da ação penal, por meio do habeas corpus, é possível, sob o fundamento da ausência de justa causa. Lembre-se que o art. 395, inc. III, do CPP, determina a rejeição da denúncia ou queixa quando "faltar justa causa para o exercício da ação penal".

O trancamento de ação penal pela via do habeas corpus, segundo pacífica jurisprudência do STF, constitui medida excepcional só admissível quando evidente a falta de justa causa para o seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta do acusado.

O STJ pacifica, nesse assunto, mais uma discussão. Ao publicar a Súmula 648, decidiu:

"A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em habeas corpus".

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Divergência quanto a atribuição para sanar suposta inconsistência apontada pelo Instituto de Protesto em certidão de multa penal – inteligência da Resolução n. 1229/2020 – PGJ/CGMP – atribuição do Promotor de Justiça que oficia perante o Juízo das execuções criminais.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 0001xxx-70.201x.26.0x62 – MM. Juízo da Vara Criminal da Comarca da Mogi Guaçu

Suscitante: 3ª Promotora de Justiça de Mogi Guaçu

Suscitado: 1º Promotor de Justiça de Mogi Guaçu

Assunto: divergência quanto a atribuição para sanar suposta inconsistência apontada pelo Instituto de Protesto em certidão de multa penal – inteligência da Resolução n. 1229/2020 – PGJ/CGMP – atribuição do Promotor de Justiça que oficia perante o Juízo das execuções criminais.

Trata-se de conflito negativo de atribuições suscitado diretamente nesta Procuradoria-Geral de Justiça, em que os Doutos Promotores de Justiça de Mogi Guaçu divergem quanto a atribuição para sanar eventual inconsistência apontada na certidão expedida pelo E. Juízo da condenação para cobrança da pena de multa.

Verte do expediente que nos autos nº 0001441-70.2018.8.26.0362 da Vara Criminal da Comarca de Mogi Guaçu, que apurou crime de furto, E.H.O. foi definitivamente condenado pela prática do crime previsto no art. 155 § 1º do CP, as penas de um ano, nove meses e vinte e três dias de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 16 dias-multa (R\$ 499,73), decisão que transitou em julgado em 15 de outubro de 2020, conforme “certidão – multa penal” expedida em 17 de março de 2021.

Informa a Ilustre Suscitante que, inicialmente, tentou a cobrança da pena de multa imposta no próprio processo de conhecimento sem, contudo, lograr êxito. Na sequência, em

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

obediência ao que estabelece o artigo 51 do Código Penal, pleiteou a expedição de certidão para a execução da multa penal imposta, tendo conferido todos os requisitos necessários da certidão exigidos pela Resolução Conjunta PGJ-CGMP nº 1229/2020, tais como presença de nome completo, endereço completo (contendo nome do logradouro, numeral e CEP) e número de CPF do sentenciado, além do trânsito em julgado para as partes e não ocorrência de eventual prescrição da pretensão executória.

Como todos os requisitos supra citados foram atendidos, a Douta Suscitante encaminhou referida certidão ao Ilustre Suscitado, que possui atribuição na área de execução penal, tendo referido Membro Ministerial conferido o título e o levado a protesto, preenchendo os dados constantes da certidão junto ao cadastro do IEPTB (Instituto de Estudos e Protesto de Títulos do Brasil).

Entretanto, a certidão foi devolvida pelo IEPTB ao Suscitado, com a anotação “endereço do sacado insuficiente”.

O Ilustre Suscitado, então, encaminhou e-mail à Suscitante comunicando a irregularidade na certidão, para que esta regularizasse o título executivo.

Prossegue a Suscitante informando que, instado a informar no que consistiam os dados insuficientes da certidão, já que ela havia sido levada a protesto e, portanto, apresentava os requisitos necessários para a execução, o Suscitado limitou-se a informar que não possuía outros dados e que a Suscitante deveria se cadastrar e acessar o sistema de “Resgate de Valores” do IEPTB, para os fins pretendidos.

Por fim, a Ilustre 3ª Promotora de Justiça de Mogi de Guaçu destacou que, em consulta ao Núcleo de Execuções Criminais do CAOCrim, foi orientada no sentido de que, em se tratando de processos da Justiça comum, os Promotores do processo de conhecimento devem verificar se das certidões constam todas as informações necessárias para viabilizar a execução

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

e, em caso positivo, todas as providências necessárias ao protesto ou à execução da multa deveriam ser adotadas pelo Promotor de Justiça da Execução Penal.

Tal informação foi encaminhada, via e-mail, ao 1º Promotor de Justiça de Mogi Guaçu, que em resposta, também via e-mail, informou que tal entendimento estaria equivocado e que “continuará devolvendo aos Promotores de Justiça do processo de conhecimento as certidões de multa penal restituídas pelo Oficial de Protesto de Títulos com anotação de irregulares para, querendo, corrigi-las.”

Diante disso, argumentou a Ilustre Suscitante que não se trata de execução de pena de multa imposta em processo afeto ao Juizado Especial Criminal (Jecrim), único caso em que o promotor do processo de conhecimento deve efetivar a execução do título, nos termos do Aviso 443/2020-PGJ-CGMP, mas sim de execução de pena de multa imposta em processo da Justiça Comum (apuração de crime de furto), em que o Promotor de Justiça do processo de conhecimento deve zelar para que na certidão constem as informações necessárias para viabilizar a execução, nos termos da Resolução 1.229/2020-PGJ-CGMP e encaminhá-la ao Promotor de Justiça que oficia na VEC do Juízo da condenação, que deve adotar todas providências necessárias ao protesto ou à execução da multa, incluindo o preenchimento correto do título no sistema e a regularização deste em caso de devolução.

Diante do impasse, então, a Douta 3ª Promotora de Justiça de Mogi Guaçu suscitou conflito de atribuições em face do Ilustre 1º Promotor de Justiça da Comarca.

É a síntese do necessário.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se configurado, portanto, o conflito negativo 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

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

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, de modo que 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 officiar nos autos.

Pois bem.

No hipótese vertente, está devidamente configurado o conflito negativo de atribuições porque, conforme se depreende da sequência de e-mails colacionados pela Ilustre Suscitante, o Douto Suscitado, ao ser comunicado que incumbia a ele promover a regularização da certidão da multa imposta para possibilitar o protesto do título, respondeu :

1. A interpretação dada por Vossa Excelência e pelo CAOCRIM (conforme sua informação) ao caso é equivocada e contrária ao texto da Resolução nº 1229/2020 – PGJ – CGMP. A citada Resolução estabelece que cabe ao membro do Ministério Público com atribuição para a ação penal de conhecimento (artigo 1º, caput), providenciar a remessa da certidão de multa penal ao Promotor de Justiça das Execuções Penais quando “a certidão da sentença tenha sido emitida com os dados necessários” (inciso III). Isso torna evidente que o Promotor de Justiça da ação penal tem a obrigação de conferir a certidão de multa penal e verificar, inclusive com acesso aos sistemas conveniados, se os endereços do sentenciado estão corretos e completos, assim como dados de qualificação obrigatórios (CPF por exemplo) para possibilitar o protesto sem restituição do título como irregular.

2. Absolutamente incorreta e contrária à Resolução nº 1229/2020 a informação de que “a atribuição para o saneamento de irregularidades das certidões de multa penal levadas a protesto é do Promotor de Justiça que atua na Execução Penal”. Claríssima a Resolução citada ao estabelecer que cabe ao Promotor da ação penal zelar pela emissão da certidão da multa penal com os dados necessários; no caso concreto, a certidão foi emitida com dados incorretos e Vossa Excelência tem dever de conferi-los. Evidente que no conceito de “dados necessários” está o de DADOS CORRETOS. Dados incorretos, evidentemente, não são os necessários para protesto ou execução da multa penal.
3. Em caso de certidão de multa penal com informações incorretas, pode o Promotor de Justiça das Execuções Penais restituí-la para correção (artigo 2º da citada Resolução).
4. Não é caso de ajuizamento da ação de execução da multa, pois o caso não se insere nas hipóteses de ajuizamento obrigatório (artigo 3º, §2º da Resolução), de modo que é minha exclusiva atribuição decidir pelo ajuizamento da execução, o que não será feito sempre que foi possível o protesto, e nesse caso o é, caso as certidões de multa penal seja encaminhadas com informações corretas.
5. Informo que as certidões de multa penal restituídas pelo Oficial de Protesto de Títulos com anotação de IRREGULARES continuarão a ser restituídas aos Promotores de Justiça com atuação na ação penal para, querendo, corrigi-las. Caso não sejam corrigidas a responsabilidade é do Promotor de Justiça da ação penal, que deve zelar pela inserção de informações corretas e suficientes para cobrança da multa penal.

Assim sendo, informo que não será ajuizada ação de execução, pois possível o protesto, e aguardo remessa de certidão com dados suficientes e corretos para fins de protesto.

Neste cenário, é mister que esta Chefia Institucional solucione o impasse, afim de se evitar que o Ministério Público deixe de promover a cobrança da multa penal imposta ao sentenciado, atribuição conferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, em 13 de dezembro de 2018, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3150, em conjunto com a 12ª Questão de Ordem na Execução Penal relativa à Ação Penal 470.

E neste ponto, razão socorre à Douta Suscitante, com a máxima vênia do Ilustre Suscitado; senão, vejamos.

Conforme dispõe o art. 50 do Código Penal, com o trânsito em julgado da condenação, deve o sentenciado ser intimado a pagar a multa em 10 dias e, caso não o faça, promove-se a respectiva execução.

A intimação para a realização deste pagamento deve ser realizada perante o juízo da condenação, segundo preveem os arts. 479-A, 479-B e 480⁴, das Normas de Serviço da

⁴Art. 479-A - Na hipótese de multa isoladamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão, se houver, caberá ao juiz da vara onde tramitou o processo, promover a intimação do réu, preferencialmente por carta com AR, para o pagamento no prazo de 10 dias. § 1º No mesmo ato o condenado também será intimado para o pagamento da taxa judiciária, no prazo de 60 dias, procedendo-se na forma prevista no artigo 1.098 destas Normas de Serviço. § 2º Recolhido o valor, tratando-se a multa de única pena aplicada, o juiz da vara onde tramitou o processo extinguirá a pena, comunicando ao Tribunal Regional Eleitoral para restabelecimento dos direitos políticos do condenado.

Art. 479-B - Infrutífera a intimação, ou não efetuado o pagamento da multa isoladamente aplicada, o juiz da vara onde tramitou o processo determinará a expedição de certidão da sentença.

§1º - Expedida a certidão, o ofício de justiça, abrirá vista ao MP e, após lançará a movimentação “Cód. 62050 - Autos no Prazo - Execução da Multa Penal”, a qual atribuirá ao processo a situação “suspenso”, e encaminhará o processo com tramitação digital, automaticamente para a fila “Ag. Execução – Pena de Multa.

§2º - Comunicado, pelo Juízo da execução, o ajuizamento da ação de execução da multa penal, o juízo de conhecimento procederá a anotação no histórico de partes inserindo o evento “Cód. 17 – Início da Execução da Pena de Multa”, indicando no complemento o número do processo de execução e lançará a movimentação “61619- Definitivo - Processo Findo com Condenação” remetendo o processo ao arquivo. A competência para extinção da pena de multa incumbirá ao Juízo do processo da Execução da Multa.

§3º - Comunicado, pelo Juízo da Execução, a extinção da pena de multa, deverá ser alterada a situação do processo com o lançamento da movimentação “Cód. 22- Baixa Definitiva”

§4º - Não havendo comunicação do ajuizamento da ação de execução da multa penal, e decorrido o lapso prescricional, o juiz da vara onde tramitou o processo extinguirá a pena, remetendo os autos ao arquivo definitivo.

Art. 480 - Na hipótese de multa cumulativamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão, se houver, caberá ao juiz da vara onde tramitou o processo, sem prejuízo da expedição da guia de recolhimento definitiva ou das peças necessárias para complementar a guia de recolhimento provisória, na forma do artigo 468 destas Normas de Serviço, promover a intimação do réu, preferencialmente por carta com AR, para o pagamento da multa no prazo de 10 dias.

§ 1º - No mesmo ato o condenado também será intimado para o pagamento da taxa judiciária, no prazo de 60 dias, procedendo-se na forma prevista no artigo 1.098 destas Normas de Serviço.

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

Corregedoria-Geral de Justiça, com a redação dada pelo Provimento CG n. 04/2020, publicado no Diário da Justiça Eletrônico, de 05 de março de 2020.

Caso não seja efetuado, os autos devem ser remetidos ao foro correspondente ao domicílio ou residência do réu.

Isto porque, de acordo com o art. 51 do Código Penal, depois do trânsito em julgado, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas suspensivas e interruptivas da prescrição.

Significa que a regra de competência territorial relativa à execução da multa deve ser aquela definida nas regras previstas na Lei de Execução Fiscal e no Código de Processo Civil.

Este determina, em seu art. 46, §5.º, que: **“A execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado”**.

A execução da multa criminal, portanto, se dá em duas etapas, cada qual devendo observar um critério específico acerca do órgão competente.

A primeira, lastreada no art. 50 do CP, que consiste basicamente na intimação para pagamento em 10 dias, dá-se perante o juízo da condenação.

A segunda, fundada no art. 51 do CP, deve se desenvolver no juízo da execução penal, correspondente ao domicílio ou residência do réu, em obediência ao disposto no CPC (art. 46, §5.º).

Esta Procuradoria-Geral de Justiça constatou, contudo, que o Egrégio Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido, ao dirimir conflitos de competência acerca da matéria, **no**

§ 2º - Recolhida a multa penal o juiz da vara onde tramitou o processo anotará o pagamento, comunicando o cumprimento ao Juízo das Execuções Criminais competente para a execução da pena privativa de liberdade ou da pena restritiva de direitos.

sentido de que a competência para execução da multa criminal é da vara de execução criminal do juízo da condenação, ou seja, do juízo originário da condenação, não do juízo da execução da comarca onde se dá o cumprimento da pena, alterando a orientação até então adotada de que a execução se daria no foro do domicílio do condenado, ou onde ele cumpre pena, nos termos do art. 46, § 5º, do Código de Processo Penal, e nos termos da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80).

Confira-se, nesse sentido, a seguinte decisão:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO DA PENA DE DIAS-MULTA APLICADA AO RÉU. DISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 1ª VARA JUDICIAL DE PACAEMBU ONDE O RÉU ENCONTRA-SE PRESO. REDISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO COMARCA EM QUE TRAMITOU O PROCESSO DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE.

1. Cumpre observar que o STF, no julgamento da ADIN nº 3.150, houve por bem conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 51 do Código Penal. 2. Seguindo o entendimento exarado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 04/2020 da Corregedoria Geral de Justiça, especificando os procedimentos a serem adotados quando da execução da pena de multa. 3. Ocorre que, uma vez tendo a ação penal tramitado pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, a execução deverá se dar perante a Vara da Execução Criminal do mesmo foro em que tramitou o feito de conhecimento. **4. Ressalte-se que, tratando-se a presente execução de procedimento autônomo em relação à execução da pena restritiva da liberdade e no intuito de se evitar que referido feito tramite por diversos juízos, conforme o réu seja transferido de estabelecimento prisional ou mesmo obtenha progressão de regime penal, razoável se mostra que a demanda seja processada pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais do foro originário da ação penal.** 5. Conflito de Jurisdição julgado procedente para determinar o processamento da execução no Juízo suscitante.

(TJSP; Conflito de Jurisdição 0020700-02.2020.8.26.0000; Relator (a): Luis Soares de Mello (Vice Presidente); Órgão Julgador:

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

Câmara Especial; Foro de São José do Rio Preto - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 21/7/2020)

De fato, a execução da multa criminal perante a vara de execução penal da mesma comarca do juízo de conhecimento em que proferida a condenação afigura-se mais razoável e adequada, uma vez que, conforme refere o precedente acima, não é incomum que o sentenciado seja transferido a outros estabelecimentos prisionais ou progrida de regime, o que, em princípio, acarreta a necessidade de remessa do processo de execução a outros juízos.

Esse entendimento de que o foro competente é a vara de execução criminal do lugar da condenação confere mais segurança e eficiência ao processo executivo da multa criminal.

Pontuado isso, necessário frisar que a Douta Suscitante, nos autos no processo crime n. 0001441-70.2018.8.26.0362 da Vara Criminal de Mogi Guaçu, cumpriu com sua obrigação e, após o não adimplemento voluntário da multa imposta, informou ao E. Juízo, requereu a expedição de certidão, conferiu seu teor, providenciou a extração de cópias e as remeteu ao Ilustre Promotor de Justiça com atribuição em execução penal na Comarca (cf. fls. 142 e 158 dos referidos autos).

A partir de tal providência, com a máxima vênia do Ilustre Suscitado, Promotor de Justiça com atribuição em execuções penais, lhe incumbe adotar todas as medidas necessárias ao protesto e/ou ajuizamento da ação executiva.

Isto porque, a Resolução n. 1.229/2020-PGJ-CGMP, de 24 de Setembro de 2020, que “Disciplina o Protesto e a Execução da Certidão da pena de multa e dá outras providências”, estabelece que:

Art. 2º. O Promotor de Justiça com atribuição para atuação na Vara das Execuções Criminais poderá restituir a certidão da sentença penal condenatória:

I – se não contemplar todos os dados necessários para a execução;

II – se não houver informação acerca do trânsito em julgado;

III – se houver o pagamento; ou

IV – se constatar a prescrição da pretensão executória

Art. 3º. O Promotor de Justiça com atribuição para atuação na Vara de Execuções Criminais, **depois de conferir a certidão, deverá protestar a multa (Lei n. 9.492/1997) e/ou ajuizar a ação de execução** fundada no rito previsto no Capítulo IV, Título V, da Lei n. 7.210/1984, com aplicação subsidiária da Lei 6.830/1980.

§ 1º. O Promotor de Justiça, a seu critério e entendimento, poderá optar pelo direto ajuizamento da ação de execução, sem o manejo do protesto mencionado anteriormente.

Do regramento supra citado, percebe-se que o Promotor com atribuição em execução penal, ao receber a certidão da multa, poderá devolvê-la ao Representante Ministerial que oficia no Juízo da condenação se o título não contemplar os dados necessários para a ação executiva.

No caso concreto, a “certidão – multa penal” emitida pela Vara Criminal de Mogi Guaçu contém todos os requisitos necessários à cobrança do valor, destacando-se a descrição de dois endereços completos do sentenciado.

De se destacar, porque oportuno, que restando impossibilitada a efetivação do protesto do título, o Representante Ministerial que oficia perante o Juízo das Execuções Criminais deverá promover as diligências necessárias visando sanar eventuais omissões apontadas ou promover a ação executiva, à inteligência do disposto no §1º, do art. 3º, da Resolução 1229/2020.

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

Nesse sentido, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais – CAO-Crim, em recente publicação no Boletim Criminal Comentado 137 – Maio – 2021, constou o seguinte Aviso:

“No tocante ao protesto das certidões de multa penal, verificamos no Sistema Resgate de Valores que há mais de 300 certidões com status “a protestar”, **pois apresentam irregularidades que devem ser sanadas pelo Promotor de Execução apresentante. Desse modo, o Núcleo de Execuções Criminais ressalta a necessidade dos Promotores de Execução observarem as Orientações do IEPTB quando do envio da certidão, a fim de evitar irregularidades;** bem como de consultarem o Sistema Resgate de Valores no dia seguinte à remessa da certidão, para verificar se há pendências no preenchimento ou no título e saná-las, viabilizando a efetivação do protesto.”

Restou claro, portanto, o entendimento do Núcleo de Execuções Criminais do CAOCrim desta Procuradoria-Geral de Justiça, de que eventuais irregularidades a serem sanadas nas certidões de multa penal, exigidas para o protesto do título, deverão ser efetivadas pelos Insignes Representantes Ministeriais que oficiam perante os Juízos de Execuções Criminais.

Diante do exposto, **conhece-se desta remessa para declarar que a atribuição para sanar eventual inconsistência da certidão de multa penal extraída nos autos n. 0001441-70.2018.8.26.0362 da Vara Criminal de Mogi Guaçu, possibilitando, assim, o protesto do título ou a sua execução, incumbe ao Douto Suscitado, 1º Promotor de Justiça da referida Comarca, com atribuição em execução criminal.**

A controvérsia se refere apenas a atribuição para regularizar eventual inconsistência na certidão de pena de multa e não propriamente ao enquadramento legal dos fatos, motivo por que se afigura desnecessária a designação de outro Membro do *Parquet* para atuar em seu lugar.

Boletim Criminal **Comentado** 139- Maio-2021

Comunique-se com via digital da presente decisão os Ilustres Promotores de Justiça interessados e ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais.

São Paulo, 17 de maio de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº140, 5/2021
(semana nº 5)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

AVISOS

1- Pena de Multa pendente em Processos de Execução da PPL cumprida

Muitos colegas que oficiam nas VEC's têm indagado ao Núcleo de Execuções Criminais como devem se manifestar em processos de execução antigos, nos quais o cartório abre vista dos autos, após o cumprimento da pena privativa de liberdade, estando pendente o pagamento da multa.

Inicialmente, é importante observar se houve nos autos determinação de encaminhamento da certidão à PGE, conforme preconizava a redação antiga do artigo 482 NSCGJ. Em caso positivo, e sendo a condenação anterior a 13 de dezembro de 2018 (data do julgamento da ADI 3.150, que reconheceu a legitimidade do MP para execução da multa), basta pedir a extinção da pena privativa de liberdade em virtude do cumprimento, consignando, quanto à multa, o encaminhamento à PGE

Caso não tenha havido a extração de certidão e envio à PGE, sem prejuízo do pedido de extinção da pena privativa de liberdade, mercê do exaurimento, faz-se necessário, com relação à multa, se distinguir duas situações:

- a) Se a Guia de Recolhimento definitiva foi expedida antes de 27 de fevereiro de 2015 (época em que o juízo de conhecimento não tinha competência para cobrança da pena de multa), devemos verificar se porventura ocorreu a prescrição ou outra causa extintiva (lembrando que os decretos de indulto previam hipóteses de indulto da multa). Em caso negativo, postulamos ao juízo da execução a intimação do sentenciado para pagamento da multa, e, em caso de inadimplência, a expedição de certidão de sentença, requerendo nova vista para as providências cabíveis (protesto ou ajuizamento da execução – artigo 164 da LEP). Trata-se de aplicação analógica do artigo 480-A das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça, alterado pelo Provimento CG n.º 04/2020;
- b) Caso a Guia de Recolhimento tenha sido expedida após 27 de fevereiro de 2015, nos termos do Provimento CG n.º 11/2015, que conferiu ao juízo do conhecimento competência para cobrança da multa, devemos requerer, no atinente à multa, a comunicação ao Juízo de Conhecimento para as providências necessárias (verificação da ocorrência da prescrição, e, em caso negativo, a intimação do sentenciado para pagamento e expedição de certidão, se houver inadimplência).

Boletim Criminal **Comentado** 140- Maio-2021

Até o momento, os colegas que oficiam nos DEECRIM's não relataram ao Núcleo de Execuções Criminais tais situações, uma vez que, em regra, o término da pena é alcançado com o sentenciado em regime aberto ou livramento condicional, de sorte que não raro o processo de execução iniciado no DEECRIM termina na VEC.

Mas podem ocorrer situações excepcionais no DEECRIM:

- a) Processos migrados: nesses casos, se a guia for definitiva e anterior à data de corte do Provimento CG 11/2015, nos manifestamos pela redistribuição do processo à VEC para as providências atinentes à multa; já se a GR for posterior ao Provimento, requeremos a comunicação ao Juízo do Conhecimento, a quem caberá as providências atinentes à cobrança da multa;
- b) Processos que tiveram a competência para cobrança da multa afetada em decisão de julgamento de conflito negativo de competência: hipótese em que que, diante da decisão do conflito de competência, requeremos ao DEECRIM a cobrança da multa e expedição da certidão de sentença.

Por derradeiro, é importante mencionar que as disposições do Provimento CG n.º 11/2015 foram alteradas pelo Provimento CG 04/2020, servindo apenas de “data de corte” para verificar qual providência deve ser adotada em relação à cobrança da pena de multa; havendo cumprimento ou extinção da pena privativa de liberdade, bem como pagamento da multa ou extinção por outro motivo, constitui atribuição do ofício judicial comunicar o juízo do processo de conhecimento, nos termos do artigo 384, incisos I e II das NSCGJ.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet; e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para definir a competência em modalidades de estelionato.

Clique [aqui](#)

1. INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO (ART. 154-A DO CP)

Redação original	Redação dada pela Lei 14.155/21
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.	Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, 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.	§ 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.	§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) 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,	§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei,

Boletim Criminal Comentado 140- Maio-2021

<p>ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:</p> <p>Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.</p>	<p>ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:</p> <p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.</p>
<p>§ 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.</p>	<p>§ 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.</p>
<p>§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:</p> <p>I - Presidente da República, governadores e prefeitos;</p> <p>II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;</p> <p>III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou</p> <p>IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.</p>	<p>§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:</p> <p>I - Presidente da República, governadores e prefeitos;</p> <p>II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;</p> <p>III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou</p> <p>IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.</p>

1.1. Alterações nas penas

A pena abstratamente cominada era de detenção de três meses a um ano. Em regra, o crime era de menor potencial ofensivo, exceto se, qualificado (§ 3º), fosse ainda majorado na forma do § 4º ou do § 5º. Nesse caso, deixava de ser competência do JECRIM, passando a admitir o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

A pena atual é de reclusão de um a quatro anos. Perdeu a natureza de menor potencial ofensivo.

Boletim Criminal Comentado 140- Maio-2021

Permite-se a suspensão condicional do processo, desde que não incidente circunstância majorante. Admite-se igualmente o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) nas formas simples, majorada ou qualificada do crime.

O § 2º manteve seu núcleo, relativo ao aumento da pena se da invasão resulta prejuízo econômico. Mas, antes, o aumento variava entre 1/6 e 1/3. Agora, varia entre 1/3 e 2/3.

O § 3º também manteve sua essência para qualificar o crime se da invasão resulta a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido. A pena, no entanto, que antes consistia em reclusão de seis meses a dois anos, passou a ser de reclusão de dois a cinco anos.

Outra alteração no § 3º foi a supressão da ressalva sobre a incidência da qualificadora “se a conduta não constitui crime mais grave”. A redação atual não se refere à subsidiariedade dessa infração penal, mas isso é indiferente, pois o caso concreto deve determinar se a conduta descrita na qualificadora constitui o crime do art. 154-A ou outro de natureza mais grave.

No mais, manteve-se, tanto no *caput* quanto na qualificadora, a pena de multa cumulativa.

1.2. Redação do *caput*

O *caput* do art. 154-A sofreu algumas alterações que ampliam a incidência do tipo penal.

Originalmente, o crime consistia em 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 de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Segundo a redação atual, o crime consiste em invadir **dispositivo informático de uso alheio**, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do **usuário do dispositivo** ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Nota-se, primeiramente, que o tipo penal não exige mais que o dispositivo informático seja de propriedade alheia, bastando que esteja sendo utilizado por outra pessoa. Dessa forma, ainda que o agente seja o proprietário do aparelho, pode cometer o crime se esse aparelho estiver sendo utilizado por alguém. E, por coerência, a lei agora faz referência à falta de autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo, não mais do titular.

Além disso, o tipo não pressupõe mais que haja violação indevida de mecanismo de segurança. Antes, a violação era um meio necessário para que o invasor respondesse criminalmente pela invasão com a finalidade de obter, adulterar ou destruir dados ou informações ou de instalar vulnerabilidades no aparelho. A ausência de dispositivo de segurança, ou o seu não acionamento, impedia a configuração típica.

Boletim Criminal Comentado 140- Maio-2021

Exatamente com o propósito de evitar essa restrição, o tipo penal foi alterado para possibilitar a punição do simples ato de invadir o dispositivo informático com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

2. FURTO (ART. 155 DO CP)

Redação anterior	Redação dada pela Lei 14.155/21
<p>Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:</p> <p>Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.</p> <p>§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.</p> <p>§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.</p> <p>§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.</p> <p>§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:</p> <p>I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;</p> <p>II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;</p> <p>III - com emprego de chave falsa;</p> <p>IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.</p> <p>§ 4º-A - A pena é de reclusão de 4 (quatro) a</p>	<p>Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:</p> <p>Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.</p> <p>§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.</p> <p>§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.</p> <p>§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.</p> <p>§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:</p> <p>I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;</p> <p>II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;</p> <p>III - com emprego de chave falsa;</p> <p>IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.</p> <p>§ 4º-A - A pena é de reclusão de 4 (quatro) a</p>

<p>10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.</p> <p>§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.</p> <p>§ 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.</p> <p>§ 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.</p>	<p>10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.</p> <p>§ 4º-B - A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.</p> <p>§ 4º-C A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso:</p> <p>I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;</p> <p>II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.</p> <p>§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.</p> <p>§ 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.</p> <p>§ 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Boletim Criminal Comentado 140- Maio-2021

De acordo com o disposto no art. 155, § 4º, inc. II, do CP, o crime de furto é qualificado – punido com reclusão de dois a oito anos – se cometido com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza. Na lição de Damásio de Jesus, a fraude é

“[...] meio enganoso capaz de iludir a vigilância do ofendido e permitir maior facilidade na subtração do objeto material. Ex.: O sujeito se fantasia de funcionário da companhia telefônica para penetrar na residência da vítima e subtrair-lhe bens. Há furto com fraude no caso dos dois sujeitos que entram num estabelecimento comercial, sendo que, enquanto um distrai o ofendido, o outro lhe subtrai mercadorias” (*Direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva. v. 2 (26. ed., 2004), p. 327).

Em razão dos prejuízos provocados e da maior dificuldade de apuração revelada nesses casos, o legislador decidiu inserir no art. 155 qualificadora específica para as situações em que o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático (fraude digital).

Para esse efeito, dispositivo eletrônico ou informático pode ser conceituado como qualquer aparelho com capacidade de armazenar e processar automaticamente informações/programas: computador, *notebook*, *tablet*, *smartphone*. Como destaca o próprio dispositivo legal, é indiferente o fato de o dispositivo estar ou não conectado à rede interna ou externa de computadores (*intranet* ou *internet*), embora seja recorrente a prática do crime por meio de *internet*.

Pouco importa, também, a forma como o agente comete a fraude, ou seja, se viola mecanismo de segurança, se utiliza componentes ou arquivos maliciosos, se simplesmente acessa o dispositivo após ter obtido uma senha, se induz a vítima a praticar algum ato que a distraia e facilite a subtração. Qualquer manobra fraudulenta que, envolvendo dispositivo eletrônico ou informático, resulta em subtração atrai a qualificadora.²

O § 4º-C traz circunstâncias em que a pena da qualificadora do § 4º-B é majorada.

De acordo com o inciso I, aumenta-se de 1/3 a 2/3 a pena se o crime é praticado por meio de servidor mantido fora do território nacional. Justifica-se a elevação da pena em razão das barreiras naturalmente impostas à investigação. Essa circunstância, por óbvio, não determina, por si só, a competência da Justiça Federal.

O inciso II aumenta a pena de 1/3 até o dobro se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável. É idosa a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, como dispõe o art. 1º da Lei 10.741/03.

A lei não conceitua, para os efeitos do furto, quem pode ser considerado vulnerável. O conceito

². Se o agente utiliza a invasão de dispositivo informático para cometer o furto, o crime do art. 154-A é absorvido, e o ato de invasão deve ser considerado na aplicação da pena-base do furto qualificado pelo § 4º-B, tendo em vista a maior gravidade da conduta.

pode ser obtido no art. 217-A, ou seja, podemos considerar vulneráveis o menor de quatorze anos e a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

O § 4º-C se refere ao aumento da pena “considerada a relevância do resultado gravoso”, fórmula inédita no Código Penal. Considerando que ambos os incisos têm frações variáveis, infere-se que o legislador deixou expresso o que seria mesmo intuitivo: quanto mais severo o prejuízo, maior deve ser o aumento. Mas, no parecer em que se analisava o projeto de lei, o relator da matéria fez a seguinte observação:

“Todavia, concordamos que a elevação da pena do crime de furto mediante fraude eletrônica cometida contra idosos ou fora do território nacional não deva se dar indiscriminadamente: deve haver algo mais que torne a conduta mais grave. Assim, a elevação de pena se justificará diante da relevância do resultado gravoso, como exemplo, quando gera graves prejuízos para a sobrevivência da vítima. Ademais, a elevação não deve se dar de forma estanque, mas em um patamar flexível”.

Essa não nos parece a melhor forma de aplicar a causa de aumento de pena. Ora, se a majorante se refere ao crime cometido fora do território nacional e ao crime cometido contra idoso ou vulnerável, são as características intrínsecas do idoso, do vulnerável e da transnacionalidade do meio de execução que justificam primariamente o aumento. Se essas são as circunstâncias do crime, impõe-se o aumento, cuja variação, sim, deve se basear na maior gravidade do caso concreto. Utilizar a gravidade como fundamento da majorante, e não como algo derivado das circunstâncias mencionadas nos incisos I e II, subverte a lógica da aplicação da pena. Se o fundamento para a majoração fosse a extensão do prejuízo, o texto legal deveria consistir em algo como “Aumenta-se a pena de 1/3 a 2/3 conforme a relevância do resultado”.

Note-se, por fim, que a majoração da pena pressupõe a ciência das circunstâncias referidas no § 4º-C. O autor da subtração deve ter conhecimento de que sua conduta se vale de conexão internacional. Ou deve saber que a vítima é idosa ou vulnerável, o que nem sempre ocorrerá, em razão das circunstâncias dos crimes cibernéticos, nos quais muitas vezes o criminoso não tem nenhum contato – nem mesmo remoto – com sua vítima.

3. ESTELIONATO (ART. 171 DO CP)

Redação anterior	Redação dada pela Lei 14.155/21
Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro	Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro

<p>meio fraudulento:</p> <p>Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.</p> <p>§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.</p> <p>§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:</p> <p>Disposição de coisa alheia como própria</p> <p>I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;</p> <p>Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria</p> <p>II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;</p> <p>Defraudação de penhor</p> <p>III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;</p> <p>Fraude na entrega de coisa</p> <p>IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;</p> <p>Fraude para recebimento de indenização ou</p>	<p>meio fraudulento:</p> <p>Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.</p> <p>§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.</p> <p>§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:</p> <p>Disposição de coisa alheia como própria</p> <p>I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;</p> <p>Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria</p> <p>II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;</p> <p>Defraudação de penhor</p> <p>III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;</p> <p>Fraude na entrega de coisa</p> <p>IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;</p> <p>Fraude para recebimento de indenização ou</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>valor de seguro</p> <p>V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;</p> <p>Fraude no pagamento por meio de cheque</p> <p>VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.</p> <p>§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.</p> <p>Estelionato contra idoso</p> <p>§ 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso.</p> <p>§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:</p> <p>I - a Administração Pública, direta ou indireta;</p> <p>II - criança ou adolescente;</p> <p>III - pessoa com deficiência mental; ou</p> <p>IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.</p>	<p>valor de seguro</p> <p>V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;</p> <p>Fraude no pagamento por meio de cheque</p> <p>VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.</p> <p>§ 2º-A - A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.</p> <p>§ 2º-B - A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.</p> <p>§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.</p> <p>Estelionato contra idoso ou vulnerável</p> <p>§ 4º - A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:</p> <p>I - a Administração Pública, direta ou indireta;</p> <p>II - criança ou adolescente;</p> <p>III - pessoa com deficiência mental; ou</p> <p>IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

O crime de estelionato também passou a contar com uma qualificadora semelhante à inserida no furto (fraude digital). Neste caso, contudo, a lei não faz referência específica a dispositivo eletrônico ou informático, que, no furto, pode ser invadido por meio de manobras fraudulentas. A invasão é justamente o que possibilita a subtração sem que a vítima se dê conta. No caso do estelionato, é mais grave a conduta de quem obtém vantagem utilizando informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido em erro:

a) por meio de redes sociais: atualmente são muito comuns os anúncios promovidos em redes sociais como Facebook e Instagram. Não raro, são anúncios fraudulentos, manobras ardilosas para atrair pessoas que forneçam seus dados;

b) por contatos telefônicos: são também muito comuns as fraudes cometidas por meio telefônico. Um exemplo recorrente envolve os cartões de crédito. O fraudador telefona para alguém e afirma, por exemplo, que a instituição financeira detectou indícios de fraude com o cartão dessa pessoa. Pede a ela que confirme dados e digite a senha do cartão. Com a senha à disposição, o agente faz compras, efetua saques, toma empréstimos etc.;

c) pelo envio de correio eletrônico fraudulento: neste caso, a vítima recebe um e-mail fraudulento, muitas vezes imitando os caracteres de empresas ou organizações conhecidas e, a partir do acesso por meio do *link* disponibilizado, o estelionatário pode obter os dados pessoais e bancários inseridos em formulários eletrônicos;

d) por qualquer outro meio fraudulento análogo: nesta fórmula analógica se inserem quaisquer outras práticas fraudulentas cometidas por meios eletrônicos ou informáticos, como páginas na *internet*, por exemplo, em que a vítima não é diretamente abordada pelo estelionatário, como nas modalidades anteriores, mas é induzida em erro por fatores diversos (simulação de um estabelecimento comercial regularmente constituído; cópia de outra página conceituada etc.).

Boletim Criminal Comentado 140- Maio-2021

Nesses casos, ao contrário do que acontece no furto, a vítima, ao fornecer informações que possibilitam a prática do crime, integra diretamente o ardid preparado pelo estelionatário para obter a vantagem indevida.

Houve ainda duas alterações relativas a causas de aumento de pena para o estelionato.

O § 2º-B foi inserido no art. 171 para majorar de 1/3 a 2/3 a pena se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. O § 4º, por sua vez, foi modificado para aumentar de 1/3 (um terço) ao dobro a pena se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável.

Em ambos os dispositivos, assim como no § 4º-C do art. 155, a lei faz referência à relevância do resultado gravoso. Ressaltamos novamente que a gravidade do resultado deve servir não para a incidência das majorantes, mas sim para dosar a fração de aumento. Como já destacamos nos comentários ao crime de furto, o que justifica o aumento da pena são as características inerentes ao crime cometido por meio de conexões transnacionais ou que vitima idosos e vulneráveis.

Há um detalhe importante em relação ao § 4º, que integra o art. 171 desde a edição da Lei 13.228, em 2015. O dispositivo determinava a aplicação da pena em dobro no caso da vítima idosa. A redação atual impõe um aumento variável entre 1/3 e o dobro, ou seja, a majorante passou a ser mais branda, e pode retroagir para beneficiar condenados pela prática de estelionato contra idosos se as circunstâncias concretas não justificam a manutenção do aumento no máximo.

4. ART. 70 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Redação anterior	Redação dada pela Lei 14.155/21
Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.	Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.
§ 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.	§ 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.
§ 2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.	§ 2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

<p>§ 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.</p>	<p>§ 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.</p> <p>§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Código Penal, quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

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.

O Superior Tribunal de Justiça julga incontáveis casos dessa natureza. Em seus julgamentos, a Terceira Seção do tribunal tem diferenciado as situações em que a fraude é cometida por meio de saque ou compensação de cheque das situações em que a vítima efetua depósito ou transferência de valores para uma conta corrente designada pelo estelionatário:

“[...] 2. Nos termos do art. 70 do CPP, a competência será de regra determinada pelo lugar em que se consumou a infração e o estelionato, crime 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. 3. 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. Precedentes: CC 169.053/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 19/12/2019; CC 161.881/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 162.076/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 114.685/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 22/04/2014; CC 101.900/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010; CC 96.109/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 23/09/2009. 4. Tendo a vítima efetuado transferências bancárias para contas de pessoas físicas cujas agências bancárias localizam-se todas no Município de Guarulhos/SP, é de se reconhecer que a competência para condução do inquérito policial é do Juízo de Direito da 4ª Vara criminal de Guarulhos/SP, o suscitado” (AgRg no CC 171.632/SC, j. 10/06/2020).

A Lei 14.155/21 inseriu no art. 70 do CPP o § 4º para dispor o seguinte:

“Nos crimes previstos no art. 171 do Código Penal, quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção”.

A partir de agora, portanto, grande parte da controvérsia envolvendo a competência do estelionato plurilocal está resolvida: o crime cometido mediante depósito, emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores deve ser julgado segundo o domicílio da vítima.

Nota-se que a solução legal diverge um tanto da orientação firmada pelo STJ. Para o tribunal, como vimos, o estelionato em que a vítima efetua depósito ou transferência bancária deve ser julgado no local em que se localiza a agência na qual o criminoso recebe o dinheiro. Mas o § 4º do art. 70

determina que, também nesse caso, a competência deve ser determinada pelo domicílio da vítima.

Por fim, uma observação: nos casos de pagamento por cheque, as decisões do STJ fazem referência ao local em que situada a agência bancária na qual a vítima mantém sua conta corrente. Embora, na grande maioria dos casos, a vítima mantenha a conta bancária no mesmo lugar de seu domicílio, é possível que isso não ocorra. Pela regra do § 4º do art. 70, importa o domicílio da vítima, não o local em que se situa a instituição financeira.

É provável que o legislador tenha concebido a regra pensando também nas contas bancárias digitais, operadas por instituições financeiras que têm apenas uma agência – a sede, a qual na maioria das vezes está muito distante do local em que o crime é cometido.

O novo parágrafo acaba tornando sem eficácia as súmulas 244 STJ e 521 STF, mas não a súmula 48. É que o parágrafo incluído pela Lei 14.155/21 tem como objeto cheque sem provisão de fundos ou com pagamento frustrado. A súmula 48, por sua vez, se refere ao cheque falsificado.

Por fim, havendo **processo**, deve ser observado o instituto da “perpetuatio iurisdictionis”, necessário para a estabilidade da competência de foro. Uma vez determinada e fixada esta, quaisquer modificações de fato ou de direito supervenientes são irrelevantes em sua estabilidade.

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Divergência acerca da ocorrência de conexão entre feitos, com reflexo na atribuição funcional.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos nº 152XXXX-XX.2019.8.26.0050 – MM. Juízo da XXª Vara Criminal da Comarca de São Paulo - Capital

Suscitante: Promotor de Justiça que oficia perante a XXª Vara Criminal da Capital

Suscitada: XXX Promotor de Justiça Criminal da Capital

Assunto: divergência acerca da ocorrência de conexão entre feitos, com reflexo na atribuição funcional.

Cuida-se de procedimento investigatório instaurado por portaria visando à apuração dos demais agentes envolvidos nos delitos de roubo e extorsão mediante sequestro, ocorridos em fevereiro de 2019, contra as vítimas *Terezinha XXX* e *Clóvis XXX*.

Verte dos autos que em 22 de fevereiro de 2019, o casal *Clóvis* e *Terezinha*, proprietários da empresa Sales Equipamentos e Produtos de Higiene Profissional, foram vítimas dos crimes de roubo qualificado e extorsão mediante sequestro, praticados por indivíduos em associação criminosa.

Instaurado o inquérito policial para apuração dos fatos, a autoridade policial do Departamento Estadual de Homicídios e de Proteção à Pessoa - 1ª D.A.S., logrou identificar um dos autores do delito, R.A.S.S., que foi processado e condenado definitivamente pelos referidos crimes, nos autos da ação penal nº 151XXXX-67.2019.8.26.0050, que tramitou perante a 17ª Vara Criminal de São Paulo.

Porém, ainda restaram outras diligências a serem realizadas para identificar os outros coautores dos crimes citados, o que deu ensejo à instauração do presente inquérito, tendo em vista, inclusive, declarações prestadas pelo próprio sentenciado R..

Boletim Criminal **Comentado** 140- Maio-2021

Prosseguindo-se com as investigações constatou-se que, na data do crime, os agentes estiveram em três locais diferentes, em horários determinados. Diante de tais informações, a d. autoridade policial representou pela quebra de sigilo telefônico para que as operadoras de telefonia informassem quais linhas telefônicas estariam operando nos três locais (fls. 96/97), o que foi deferido pela Cultra Magistrada do DIPO 4 (fls. 109/111).

No curso das investigações, a Doutra XX Promotora de Justiça Criminal da Capital declinou de sua atribuição para atuar no feito, requerendo a remessa dos autos à 17ª Vara Criminal da Capital, por considerar que aquele Juízo tornou-se prevento ao processar e julgar a conduta do correu R. (fls. 25827).

A MM. Juíza do Dipo 4 acolheu a manifestação ministerial e ordenou a remessa dos autos (fls. 25828).

O Nobre Representante Ministerial destinatário, todavia, não concordou com a remessa e suscitou o presente conflito negativo de atribuições.

Argumentou não haver causa a justificar a atração daquele Juízo, posto que, na ação penal movida contra R. (autos 151XXXX-67.2019.8.26.0050), já há sentença condenatória transitada em julgado, não havendo, portanto, motivo a ensejar a reunião dos processos sob o mesmo Juízo ou mesmo Promotor de Justiça, porquanto o pressuposto inerente aos institutos da conexão ou continência é a reunião de feitos para julgamento conjunto, o que não é mais possível no caso em apreço (fls. 25844/25848).

Foi determinada a remessa a esta Chefia Institucional para resolução do impasse (fls. 25849).

Eis a síntese do necessário.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se configurado, portanto, o conflito negativo de atribuição entre promotores de justiça.

Boletim Criminal **Comentado** 140- Maio-2021

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.

Pois bem.

Com o devido respeito à Ilustre Suscitada, parece-nos que assiste razão ao Douto Suscitante; senão, vejamos.

Conforme narrado, em 22 de fevereiro de 2019, o casal C. e T., foi vítima dos crimes de roubo qualificado e extorsão mediante sequestro, praticados por indivíduos em associação criminosa.

Instaurado o inquérito policial para apuração dos crimes supracitados, a autoridade policial logrou identificar R.A.S.S. como um dos autores dos crimes, deflagrando-se contra ele a ação penal nº 151XXXX-67.2019.8.26.0050, que tramitou perante a 17ª Vara Criminal de São Paulo.

Nos referidos autos, R. foi condenado como incurso no artigos 157, § 2º, inciso II e artigo 159, § 1º, na forma do artigo 70 "caput", todos do Código Penal, ao cumprimento de dezenove anos, sete meses e seis dias de reclusão, em regime fechado, além de 32 dias-multa. (cf. sentença de fls. 141/151 dos referidos autos).

O Egrégio Tribunal de Justiça, ao julgar a apelação, deu parcial provimento ao recurso e reduziu a pena para dezesseis anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, e

Boletim Criminal **Comentado** 140- Maio-2021

pagamento de dezoito dias-multa, decisão que transitou em julgado em 18/06/2020, conforme acórdão e certidão de fls. 222/230 e 240 do mencionado feito.

Visando a identificação dos demais agentes envolvidos nos delitos, instaurou-se o presente inquérito policial, conforme portaria inaugural de fls. 01.

Não há dúvida, na hipótese, de que há vínculo conexivo entre os fatos aqui apurados e os processados e julgados nos autos nº 151XXXX-67.2019.8.26.0050, da 17ª Vara Criminal de São Paulo.

Pondere-se, todavia, que mesmo havendo vínculo processual, tal circunstância não importa, de maneira absoluta e categórica, na reunião de processos para julgamento conjunto.

Não é por outro motivo que o art. 80 do Código de Processo Penal assegura ao juízo prevalente, de maneira facultativa, ordenar a cisão de procedimentos, sempre que a julgar adequada.

Como pondera JOSÉ FREDERICO MARQUES:

“o instituto da conexão, como se sabe, foi concebido para propiciar a economia processual, permitir uma visão mais abrangente dos fatos e evitar o conflito lógico entre julgados, o que, em tese, o qualifica como “fator de melhor aplicação jurisdicional do direito” (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, 2.ª ed., Forense, 1965, n. 143, p. 272).

É preciso cuidado, no entanto, para que categoria tão útil não se converta em fonte de lentidão.

De fato, revela-se inoportuno o *simultaneus processus*, tendo em vista que, o feito nº 151XXXX-67.2019.8.26.0050, da 17ª Vara Criminal da Capital, no qual se apurou a conduta do corréu RAILDO na prática dos crimes de roubo qualificado e extorsão mediante sequestro, já se

Boletim Criminal Comentado 140- Maio-2021

encontra definitivamente julgado, conforme consulta realizada nesta data junto ao E-Saj (fls. 240 daqueles autos).

A adiantada fase processual do último, com sentença condenatória transitada em julgado, obstaculiza a pretendida reunião, uma vez que, nos termos do art. 82 do CPP, a reunião de processos para julgamento conjunto somente pode se dar até a prolação da sentença definitiva, isto é, aquela que aprecia o *meritum causae*:

“Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva.”

No mesmo sentido, a Súmula n.º 235 do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

Cessou, portanto, a *vis attractiva* prevista no art. 78, inciso II, alínea “c”, do CPP, que justificaria, a princípio, o pretendido *simultaneus processus*.

Dessa maneira, vislumbra-se que na 17ª Vara Criminal de São Paulo há ação penal já definitivamente julgada, de modo que não se verifica justificativa plausível ou sequer conveniência no pretendido deslocamento destes autos, o que poderia implicar em retrocesso no esclarecimento dos fatos já deduzidos em Juízo.

Nesse cenário, não se mostra conveniente a reunião dos feitos, no sentido da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONEXÃO. JULGAMENTO DE UM DOS PROCESSOS. ESVAZIADA A

RAZÃO DE SER DA CONEXÃO E, ASSIM, DO JULGAMENTO CONJUNTO EM FACE DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA EM UMA DAS AÇÕES. SÚMULA N. 235/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Esta Corte Superior tem consolidado o entendimento de que a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado. Enunciado 235/STJ.
2. Não se justifica a desconstituição da sentença prolatada para que seja julgada conjuntamente com a outra ação, que, ademais, fora redistribuída para o mesmo juízo.
3. Necessidade, apenas, de o magistrado evitar a prolação de decisões díspares.
4. Não se pode incentivar o retrocesso, senão a solução em tempo razoável da presente controvérsia.
5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(AgInt no REsp 1660685/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/08/2019, DJe 30/08/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA EM AÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMPETÊNCIA RELATIVA. **PREVENÇÃO:** JUÍZO FEDERAL QUE EFETUOU UMA DAS PRISÕES DE UM DOS MEMBROS DA QUADRILHA X JUÍZO FEDERAL QUE DETERMINOU INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS PRÉVIAS À PRISÃO. **CONEXÃO COM AÇÃO PENAL JÁ JULGADA: INEXISTÊNCIA (SÚMULA 235/STJ).** PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.

1. A jurisprudência da Terceira Seção desta Corte é assente no sentido de que o magistrado que atua na fase do inquérito e/ou defere medidas cautelares antes do oferecimento da denúncia se torna prevento para o julgamento de eventual ação penal derivada das investigações. Precedentes: RHC 91.432/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 2/4/2019, DJe 23/4/2019; CC 136.326/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Terceira Seção, julgado em 11/11/2015, DJe 7/12/2015.
2. O fato de outros integrantes da organização criminosa terem sido presos e eventualmente condenados por Juízos Federais de outros

Estados da Federação não afasta a competência do Juízo Federal efetivamente preventivo para o julgamento dos crimes cometidos pela organização criminosa, por ter sido o responsável pela autorização de interceptações telefônicas iniciadas meses antes da primeira prisão de um dos integrantes do grupo. Mesmo que tenha se perpetuado a competência territorial (relativa) de Juízo não preventivo para o julgamento de um delito pontual descoberto no bojo de investigação que durou 4 (quatro) anos, isso não o torna necessariamente preventivo, daí por diante, para o julgamento dos demais crimes descobertos ao final das investigações, máxime se a prevenção já fora estabelecida em favor do Juízo que autorizara a realização de interceptações telefônicas antes mesmo da descoberta do delito pontual (art. 83, CPP) e eventual conexão entre os delitos não implica a prolação de julgamentos conflitantes.

3. De mais a mais, não há como se pleitear a reunião de processos conexos quando um deles já foi julgado, por força do disposto na norma do art. 82 do CPP e na Súmula n. 235 do STJ. In casu, o Juízo Federal indicado como preventivo já havia proferido sentença confirmada pelo Tribunal Regional Federal mais de 3 (três) anos antes do recebimento da denúncia oferecida contra o paciente, acusando-o de tráfico de drogas e de associação para o tráfico.

4. Situação em que as acusações ora imputadas ao recorrente, na ação penal em curso perante a 5ª Vara Federal de Campo Grande - SJ/MS, são muito mais amplas do que o transporte de drogas pelo qual já foi processado e condenado o motorista integrante da organização flagrado em nov/2011, em ação penal que tramitou na Vara Federal de Dourados.

5. Na dicção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "a demonstração de prejuízo é essencial à alegação de nulidade, seja absoluta (HC n. 81.510, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.4.2002, e HC n. 74.671, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 11.4.1997) ou relativa (HC n. 74.356, Relator o Ministro Octavio Gallotti, DJ 25.4.1997, e HC n. 73.099, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 17.5.1996), não se declarando 'nulidade por mera presunção' (RHC n. 99.779, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ 13.9.2011)". (in HC 170.063, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgado em 10/7/2019, publicado em processo eletrônico, DJe-169, divulgado em 2/8/2019, publicado em 5/8/2019).

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no RHC 81.629/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. **INCOMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO**. MANDAMUS SUBSTITUTIVO DE EXCEÇÃO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DA INSURGÊNCIA.

1. A alegada conexão e continência entre as ações penais instauradas contra o recorrente e a consequente incompetência do Juízo, por prevenção de outro diverso, não pode ser conhecida na via estreita do habeas corpus.

2. A inobservância da regra da prevenção não importa automaticamente na nulidade do feito, posto que não é absoluta, precluindo caso não arguida no momento processual oportuno e através da via correta, nos moldes do art. 108 do CPP. Exegese da Súmula 706 do STF.

3. Não sendo oposta a exceção de incompetência na forma e momento processual oportunos, ocorre a preclusão.

4. A sustentada ocorrência de conexão, mesmo se fosse viável seu reconhecimento na via restrita do *mandamus*, não seria determinante da reunião das ações penais que tramitam em juízos diversos, quando já houve sentença em ambas. Exegese da Súmula n. 235 deste STJ.

5. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no não conhecimento do *mandamus* originário, pois este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos, ações e exceções cabíveis. Precedentes.

6. Recurso desprovido.

(AgRg no RHC 89.687/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 05/12/2018)

Boletim Criminal **Comentado** 140- Maio-2021

Diante do exposto, conhece-se do presente conflito para dirimi-lo, declarando que a atribuição para oficiar nos autos incumbe à Ilustre Suscitada, DD. XXª Promotora de Justiça Criminal da Capital.

A designação de outro Representante Ministerial, na hipótese vertente, afigura-se desnecessária, haja vista não se vislumbrar qualquer menoscabo ao princípio da independência funcional, não havendo divergência no tocante à classificação jurídica das condutas objeto dos autos, mas tão somente quanto ao foro competente.

São Paulo, 25 de maio de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº141, 6/2021
(semana nº 1)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Lei 14.155/21 e as Súmulas 521 STF, 244 e 48, ambas do STJ

No boletim passado comentamos o novo parágrafo 4º. do art. 70 do CPP, acrescentado pela Lei 14.155/21. Vamos relembrar seu conteúdo e logo depois discutir a superação (ou não) de três importantes súmulas dos Tribunais Superiores.

Art. 70 CPP

(...)

§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Código Penal, quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção.

O novel parágrafo coexiste com as súmulas 521 STF, 244 e 48, ambas do STJ?

STF - Súmula 521

O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.

STJ – Súmula 244

Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.

STJ – Súmula 48

Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.

Entendemos que o novo parágrafo acaba tornando sem eficácia as súmulas 244 STJ e 521 STF, mas não a súmula 48. É que o parágrafo incluído pela Lei 14.155/21 tem como objeto cheque sem provisão de fundos ou com pagamento frustrado. A súmula 48, por sua vez, se refere ao cheque falsificado.

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Nulidade do interrogatório por inversão da ordem é relativa e exige prova de prejuízo para o réu

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou o entendimento de que a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório – prevista no **artigo 400** do Código de Processo Penal (CPP) – é relativa, sujeita à preclusão e demanda a demonstração do prejuízo sofrido pelo réu.

O colegiado negou o pedido de revisão criminal de acórdão da Sexta Turma que, por não observar nenhuma nulidade, manteve em 12 anos de reclusão a condenação de um réu acusado de abuso sexual contra sua sobrinha de nove anos.

Para a defesa, houve nulidade absoluta na condenação, uma vez que o réu foi interrogado antes da vítima e das testemunhas de acusação.

O relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, ressaltou que o STJ, acompanhando o entendimento do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do **HC 127.900**, estabeleceu que o rito processual para o interrogatório, previsto no artigo 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais.

Segundo o magistrado, a Quinta Turma do STJ tem precedentes no sentido de que, para se reconhecer nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, "é necessário que o inconformismo da defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. Além disso, é necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão".

No entanto, ele lembrou que a Sexta Turma já se posicionou pela desnecessidade da demonstração do prejuízo decorrente da inversão da ordem do interrogatório do réu, em processo no qual foi condenado, visto que a condenação já corresponderia ao prejuízo. No mesmo julgado, os ministros consideraram que, por se tratar de prejuízo implícito (ou presumido), não haveria preclusão para a arguição da nulidade referente à inobservância do artigo 400 do CPP.

Provas independentes

Boletim Criminal Comentado 141- Junho

2021

De acordo com Reynaldo Soares da Fonseca, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado do acesso à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante das provas. "A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – indevido, ao meu ver, no âmbito da persecução penal", declarou.

Na avaliação do magistrado, porém, não se pode considerar presumido o prejuízo decorrente da inversão da ordem do interrogatório do réu, unicamente em virtude da superveniência de condenação. Para ele, há que se verificar, no mínimo, se a condenação se amparou em provas independentes, idôneas e suficientes para determinar a autoria e a materialidade do delito, mesmo que desconsiderados os depoimentos das testemunhas, "pois não há utilidade em anular uma sentença que, de toda forma, se manteria com base em outros fundamentos independentes".

O relator também afirmou que o argumento da desnecessidade de arguição do vício processual na audiência de instrução e julgamento "transmuta a nulidade relativa em nulidade absoluta, essa sim que pode ser reconhecida e declarada, mesmo de ofício, em qualquer grau de jurisdição e que não admite a convalidação ou repetição do ato procedimental". Contudo, o ministro lembrou que, para a jurisprudência do STF, a inversão na ordem do interrogatório do réu constitui nulidade relativa e sujeita à preclusão.

No caso em análise, Reynaldo Soares da Fonseca verificou que o acórdão submetido à revisão criminal não destoava da jurisprudência, pois entendeu que a questão relativa à nulidade processual estaria preclusa, já que não foi alegada pela defesa tempestivamente na própria audiência em que houve o interrogatório, mas apenas em embargos de declaração na apelação; além disso, não houve a demonstração de efetivo prejuízo ao réu.

Divergência

Ao divergir do relator, o ministro Rogério Schietti Cruz lembrou que a Lei 11.719/2008 – editada quatro anos antes do interrogatório em discussão – mudou os procedimentos e deixou claro que o acusado deve ser interrogado por último. Ele afirmou que o interrogatório é, essencialmente, um ato de autodefesa, mas não foi dada ao réu a possibilidade de se manifestar, ao final da instrução, sobre os fatos apontados pelas testemunhas ou sobre as provas da acusação – com o que poderia ter influenciado na formação do convencimento do juiz.

"Não há como se imputar à defesa do acusado o ônus de comprovar eventual prejuízo em decorrência de uma ilegalidade para a qual não deu causa e em processo que já resultou na sua

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

própria condenação. Isso porque não há, num processo penal, prejuízo maior do que uma condenação resultante de um procedimento que não respeitou as diretrizes legais", completou o ministro.

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

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No julgamento do HC 127900, em 03.03.2016, em que foi relator o Min. Dias Toffoli, o STF já havia se manifestado sobre a ordem dos atos na instrução, insistindo que o interrogatório deve ser o ato de encerramento, mesmo que a lei especial anuncie ordem diversa. Aos crimes militares, por exemplo, embora sujeitos ao Código de Processo Penal Militar, de acordo com o STF, aplica-se a regra do art. 400 do CPP, razão pela qual o interrogatório do réu deve ser realizado ao final da instrução criminal.

Esse entendimento, conforme o julgado que modulou seus efeitos, deve ser aplicado a todas as instruções ainda em curso, bem como aos processos de natureza penal eleitoral e aos procedimentos penais regidos por legislação especial. É que importa, segundo a Corte, em regra mais benéfica ao réu, assegurar-lhe a ampla defesa e o contraditório.

A não observância da ordem acima, contudo, não gera, por si só, na visão da Terceira Seção do STJ, nulidade absoluta, mas relativa, sujeita à preclusão e demanda a demonstração do prejuízo sofrido pelo réu.

2- Tema: Embriaguez ao volante. Reincidência específica. Prisão preventiva: cabimento?

PESQUISA PRONTA- STJ

A Sexta Turma, em caso relatado pela ministra Laurita Vaz, frisou que "em que pese o crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro ter pena máxima cominada em abstrato inferior a quatro anos, a prisão preventiva é admitida diante da reincidência do flagrado, nos termos do artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal". (RHC 132.611).

Clique [aqui](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A preventiva, nos termos do que previsto no art. 313, II, CPP, é cabível quando o agente já foi condenado por outro crime doloso, castigado com pena de reclusão, detenção ou multa, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inc. I do caput do art. 64 do CP.

Boletim Criminal Comentado 141- Junho

2021

É a seguinte a redação do artigo do Código Penal: “Para efeito de reincidência: I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.”

Em outras palavras, é cabível a medida extrema nos casos em que o agente contar com uma condenação anterior (ainda que se tratando de infração diversa), capaz de configurar a reincidência na eventualidade de nova condenação. Ambos os delitos – o anterior e o posterior – devem se referir, por óbvio, a crimes dolosos. É, porém, feita a mencionada ressalva na parte final do dispositivo, quando alude ao inc. I do caput do art. 64 do Código Penal. Ou seja, caso ultrapassado o prazo de cinco anos entre a nova infração e a data do cumprimento ou extinção da pena, isto é, não mais configurada a reincidência, esse crime anterior não deve ser considerado, não justificando, assim a prisão preventiva do agente, pelo menos sob o fundamento previsto neste inc. II. Em remate: condenação anterior, por crime doloso, justifica, em tese, a decretação da prisão preventiva, a menos que essa condenação anterior não mais configure a reincidência.

A sentença no estrangeiro por crime vale para a reincidência, não necessitando de homologação do Superior Tribunal de Justiça. Salvo se o fato for atípico no nosso país, quando a condenação alienígena não configurará a reincidência. Para caracterizar a reincidência, não importa saber qual a pena imposta ao delito pretérito. Logo, condenação anterior com imposição de pena de multa também configura reincidência.

A extinção da punibilidade em relação à infração anterior não gera reincidência se antes do trânsito em julgado; se após o trânsito em julgado, configura reincidência, salvo se a causa extintiva for anistia ou abolitio criminis. Ressalte-se, ainda, que o beneficiado com perdão judicial e que comete novo crime não será considerado reincidente, nos termos do art. 120 do Código Penal.

Ressaltamos um ponto: não bastará a mera reincidência para que, de plano, ensejar a decretação da preventiva. Será necessário, em acréscimo, o preenchimento dos demais requisitos previstos no art. 312 do CPP.

3-Tema: Processo eletrônico. Lei n. 11.419/2006. Duplicidade de intimações. Contagem dos prazos processuais. Termo inicial. Portal Eletrônico. Prevalência.

INFORMATIVO 697- STJ

O termo inicial de contagem dos prazos processuais, em caso de duplicidade de intimações eletrônicas, dá-se com a realizada pelo portal eletrônico, que prevalece sobre a publicação no Diário da Justiça (DJe).

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

Informações do Inteiro Teor

A controvérsia cinge-se a aferir o termo inicial de contagem dos prazos processuais quando houver duplicidade das intimações eletrônicas previstas na Lei n. 11.419/2006 (Lei do Processo Eletrônico), mais especificamente as intimações ocorridas no Diário da Justiça Eletrônico (DJe) e no Portal Eletrônico.

Se a própria Lei do Processo Eletrônico criou essa forma de intimação, dispensando qualquer outra, e tornou este mecanismo hábil a promover, inclusive, as intimações pessoais dos entes que possuem tal prerrogativa, não há como afastar a conclusão de que esta regerá o prazo naturalmente em relação ao advogado que esteja cadastrado no sistema eletrônico. Há, pois, uma presunção de validade, que leva a exigir do Poder Judiciário comportamento condizente com os ditames legais e com a boa-fé processual.

Desse modo, entende-se que sempre que a modalidade de intimação pelo Portal Eletrônico (art. 5º da Lei n. 11.419/2006) for prevista e aplicável em determinado Tribunal para os advogados devidamente cadastrados, deve esta prevalecer sobre a tradicional intimação pelo DJe.

Proc.: EAREsp 1.663.952-RJ, Rel. Min. Raul Araújo, Corte Especial, por maioria, julgado em 19/5/2021

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Percebe-se no STJ indisfarçável controvérsia, surgindo três correntes.

A corrente jurisprudencial defensora de que, se ambas as formas de intimações forem feitas em relação ao mesmo ato processual, deve prevalecer a realizada no Diário da Justiça Eletrônico, afirma que a própria Lei do Processo Eletrônico, no § 2º do art. 4º, estabelece que a publicação dos atos judiciais e administrativos, realizada no Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, exceto nos casos que, por lei, se exigir intimação ou vista pessoal.

A corrente jurisprudencial que defende deva prevalecer a intimação realizada pelo Portal Eletrônico salienta que, nos termos do art. 5º da Lei do Processo Eletrônico, as intimações feitas por meio eletrônico em portal próprio a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico. Argumenta-se, ademais, que o Novo Código de Processo Civil, no art. 270, prestigia o meio eletrônico, como forma preferencial de comunicação dos atos processuais, e que a intimação

Boletim Criminal Comentado 141- Junho

2021

pela publicação em órgão oficial deve ser utilizada de forma subsidiária à intimação eletrônica em face do disposto no art. 272 do NCPC.

Por sua vez, a terceira corrente jurisprudencial, segundo a qual, havendo duplicidade de intimações, deve prevalecer a primeira validamente efetuada, alicerça-se no fundamento de que, para todos os efeitos, as partes e seus advogados tomam ciência do ato judicial ou administrativo logo na primeira intimação oficialmente realizada, que, normalmente, costuma ser a publicação da imprensa eletrônica, podendo a partir de então recorrer ou promover o ato processual adequado. Portanto, não é concebível que se aguarde a última intimação para se considerar devidamente cientificado.

Convém diferenciar os dois tipos de comunicação dos atos processuais previstos na Lei do Processo Eletrônico, que aqui estão em debate - intimação pelo Portal Eletrônico e intimação pelo Diário da Justiça Eletrônico.

De um lado, a intimação pelo Diário Eletrônico de Justiça envolve a inserção da informação em diário publicado periodicamente. O servidor insere a informação no jornal eletrônico do Tribunal, o qual é disponibilizado, em regra, ao final do dia. Há regra específica segundo a qual a publicação do ato judicial é considerada no dia seguinte ao da disponibilização, marcando o começo dos prazos processuais. Os prazos são contados com a exclusão do dia do começo e com a inclusão do dia do término. Logo, o primeiro dia do prazo ocorre apenas no dia seguinte ao considerado como data da publicação.

De outro lado, a intimação pelo Portal Eletrônico implica o envio da comunicação por intermédio de um sistema eletrônico de controle de processos, cada vez mais utilizado no âmbito do Poder Judiciário. A comunicação do ato processual ocorre "por dentro" do sistema informatizado. O advogado, devidamente cadastrado, acessa o processo judicial eletrônico e é intimado. Há um prazo de dez (10) dias para acesso à informação. Após o envio da intimação pelo processo judicial eletrônico, a parte tem dez (10) dias para consultar o teor da informação. Caso consulte a informação dentro desse lapso temporal, o ato judicial será considerado publicado no dia da consulta, dando-se início ao cômputo do prazo a partir do primeiro dia subsequente. Caso não consulte nos dez (10) dias previstos, a intimação será automática, de maneira que será considerada realizada na data do término desse prazo, independentemente de consulta, iniciando-se, a seguir, a contagem do prazo processual.

A respeito desta modalidade de notificação dos atos judiciais, estabelece o aludido art. 5º da Lei do Processo Eletrônico que as intimações feitas por meio de Portal Eletrônico dispensam a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

Dito isso e partindo-se da premissa de que, diante de procedimento do próprio Poder Judiciário que cause dúvida, como no caso de duplicidade de intimações válidas, não pode a parte ser prejudicada - mormente porque, em tais circunstâncias, cria-se uma incerteza no tocante ao exato termo inicial para contagem dos prazos processuais -, considera-se que a melhor exegese é a que faz prevalecer a intimação no Portal Eletrônico em detrimento da tradicional intimação por Diário da Justiça, ainda que atualmente esta também seja eletrônica.

Com efeito, levando-se em consideração os princípios da boa-fé processual, da confiança e da não surpresa, atinentes ao Direito Processual, deve a norma ser interpretada da forma mais favorável à parte, a fim de se evitar prejuízo na contagem dos prazos processuais.

Se a própria Lei do Processo Eletrônico criou essa forma de intimação, dispensando qualquer outra, e tornou este mecanismo hábil a promover, inclusive, as intimações pessoais dos entes que possuem tal prerrogativa, não há como afastar a conclusão de que esta regerá o prazo naturalmente em relação ao advogado que esteja cadastrado no sistema eletrônico. Há, pois, uma presunção de validade, que leva a exigir do Poder Judiciário comportamento condizente com os ditames legais e com a boa-fé processual.

Desse modo, entende-se que sempre que a modalidade de intimação pelo Portal Eletrônico (art. 5º da Lei n. 11.419/2006) for prevista e aplicável em determinado Tribunal para os advogados devidamente cadastrados, deve esta prevalecer sobre a tradicional intimação pelo DJe.

4- Tema: Por falta de fundamentação, Sexta Turma invalida quebra de sigilos telefônico, fiscal e bancário

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a ausência de fundamentação idônea e tornou sem efeito decisões judiciais que autorizaram a quebra dos sigilos telefônico, fiscal e bancário de três investigados por tráfico de drogas e lavagem de dinheiro em Ribeirão Preto (SP). Por unanimidade, o colegiado também mandou desentranhar da ação penal as provas que tenham sido afetadas pela nulidade das quebras de sigilo.

A interceptação telefônica e as outras medidas investigativas foram autorizadas pelo juízo de primeiro grau, a requerimento da Polícia Federal e com a concordância do Ministério Público, e

Boletim Criminal Comentado 141- Junho

2021

chanceladas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que considerou que todos os requisitos legais para os pedidos de quebra de sigilo estavam preenchidos.

O relator do caso no STJ, ministro Rogério Schietti Cruz, ressaltou que a Constituição impõe que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade ([artigo 93, IX](#)).

"Presta-se a motivação das decisões jurisdicionais a servir de controle, da sociedade e das partes, sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes e se bem aplicou o direito ao caso concreto", explicou.

Sem contexto

Para Schietti, ao deferir os pedidos da polícia, o juízo não explicitou as razões de seu convencimento quanto à necessidade das medidas cautelares.

Segundo o magistrado, os documentos apenas citam a existência de relatório policial e parecer favorável do Ministério Público, sem qualquer indicação do contexto fático da investigação, nem mesmo dos nomes dos investigados, incorrendo, assim, no vício previsto no artigo 489, [parágrafo 1º](#), II e III, do Código de Processo Civil – aplicável ao caso com base no [artigo 3º](#) do Código de Processo Penal.

"Em que pese tais decisões terem sido chanceladas pela corte local, sob o argumento de que se trata de motivação *per relationem*, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para que não haja ilegalidade na adoção da técnica da fundamentação *per relationem*, a autoridade judiciária, quando usa trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, deve acrescentar motivação que justifique a sua conclusão, com menção a argumentos próprios, o que não é o caso desses autos", afirmou.

Para o relator, as decisões que prorrogaram as quebras de sigilo não têm a capacidade de corrigir os defeitos apresentados pelas decisões originais – "mesmo porque repetem o mesmo padrão de ausência de falta de fundamentação idônea", concluiu.

Leia o [acórdão](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [RHC 117462](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Boletim Criminal Comentado 141- Junho

2021

No dizer de Hélio Tornaghi, “o juiz deve mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para garantia da ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: ‘considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública [...]’. Ou então: ‘a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal [...]’. Fórmulas como essas são a mais rematada da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar” (Processo Penal, vol. 3, pp. 334-5).

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O art. 315, §2º, CPP, deve ser observado em qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão. Apenas os despachos dispensam a fundamentação, já que desprovidos de conteúdo decisório.

Boletim Criminal Comentado 141- Junho

2021

Decisão judicial suficientemente motivada e fundamentada, de acordo com a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, não reclama uma “obra” aprofundada em citações doutrinárias e pretorianas, evitando-se, ademais, o risco de se adiantar precipitadamente o mérito do julgamento em decisões que antecedem a sentença final.

No que diz respeito à decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, permite decisão sucinta, mas que, observe, com atenção, a Constituição e os pressupostos e requisitos autorizadores da medida. Nos termos da tese n. 5, da “Jurisprudência de Teses”, do STJ, “as medidas cautelares diversas da prisão, ainda que mais benéficas, implicam em restrições de direitos individuais, sendo necessária fundamentação para sua imposição”.

Da simples leitura do novel dispositivo acrescentado pela Lei 13.964/19, reprodução fiel do art. 489, §1º., do CPC, conclui-se que a decisão do magistrado deve fugir ao lugar comum, evitando frases feitas, verdadeiros “carimbos”, que permitem sua reprodução em série, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem o mínimo de individualização da situação posta em apreciação. Deve ficar evidente o porquê de o juiz ter tomado aquela decisão. Nessa linha de raciocínio, menções, por exemplo, à gravidade em abstrato do delito são repugnadas. Não basta afirmar que o crime de tráfico de drogas é grave, em observação, de resto, conhecida por todos. Se, por um lado, “a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de per si, não são suficientes ao afastamento da prisão preventiva” (STF – HC nº 114841-SP, Rel. Luiz Fux, j. 10.09.2013, DJe 24.09.2013), é de rigor, por outro, que na apreciação concreta do pedido, se demonstre, ainda que sucintamente, porque é necessária a decretação da medida de exceção, fincada em motivação própria e idônea, que faça alusão, por exemplo, à grande quantidade de droga apreendida, ao anterior envolvimento do réu com essa espécie de delito, à sua adesão a organização criminosa estruturada ao ilícito comércio, o modus operandi empregado, etc.

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

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

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

(distinguishing), ou, em sendo competente para tal, que indique a superação do entendimento anterior (overruling), ou a limitação de sua abrangência (overriding).

5 -Tema: Acordo de Não Persecução Penal - HC 194677/SP

INFORMATIVO 1017- STF

O Poder Judiciário não pode impor ao Ministério Público (MP) a obrigação de ofertar acordo de não persecução penal (ANPP).

Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao MP a celebração de acordos.

Não se tratando de hipótese de manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (CPP), não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior no MP.

Isso porque a redação do art. 28-A, § 14, do CPP determina a iniciativa da defesa para requerer a sua aplicação.

Com base nesse entendimento, a Segunda Turma concedeu parcialmente a ordem, para determinar a remessa dos autos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que seja apreciado o ato que negou a oferta de ANPP. Vencido, parcialmente, o ministro Ricardo Lewandowski, que concedia a ordem em maior extensão.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo MP conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal, não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu.

Para reforçar a conclusão acima, a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, ex vi do art. 129, inc. I, da CF.

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

Nesse sentido já se posicionou a Quinta Turma do STJ, no AgRg no RHC 130.587/SP, oportunidade em que decidiu que o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

DIREITO PENAL:

1- Tema: Acórdão condenatório: Interrupção da prescrição?

PESQUISA PRONTA- STJ

No julgamento do AgRg no AREsp 1.814.270, relatado pelo ministro João Otávio de Noronha, a Quinta Turma citou entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) para esclarecer que, "nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão condenatório interrompe a prescrição, inclusive quando confirma a sentença de primeiro grau, mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta (STF, HC 176.473/RR)".

Clique [aqui](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No STJ a orientação majoritária era de que o acórdão confirmatório não interrompia a prescrição, mas ambas as turmas com competência criminal têm confirmado seus julgamentos ao que decidiu o STF:

"[...] 2. Pacífico era o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o acórdão que confirma a condenação, ainda que majore ou reduza a pena, não constitui marco interruptivo da prescrição. Precedentes. 3. O Plenário do STF, no recente julgamento do AGRG no HC n. 176.473/RR, ocorrido em 27/4/2020, firmou a tese no sentido de que, 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".

"1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do HC 176.473/RR, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que concluiu que "somente há se falar em prescrição diante da inércia do Estado", de modo que o art. 117, IV, do Código Penal "não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão", constituindo marco interruptivo da prescrição punitiva estatal, o que foi acompanhado por outros 7 ministros. 2. Já tendo a tese recursal alcançado maioria de votos no Supremo Tribunal Federal, deve-se adotar o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação configura marco interruptivo da prescrição".

Mas, segundo o tribunal, essa orientação adotada pelo STF se aplica somente nos crimes cometidos posteriormente à Lei 11.596/07. Se o crime é anterior, deve ser aplicada a orientação jurisprudencial precedente, segundo a qual somente o acórdão que reformasse a sentença absolutória tinha efeito interruptivo:

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

“1. Apesar da recente pacificação, pelo Supremo Tribunal Federal (HC 176.473/RR, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 27/4/2020, DJe de 5/5/2020), do tema relacionado à possibilidade do acórdão confirmatório de sentença condenatória implicar a interrupção da prescrição, tal entendimento não se aplica ao presente caso. 2. Ocorre que o referido posicionamento é aplicável aos crimes praticados após a alteração legislativa inserida pela Lei n. 11.596/2007, que incluiu o acórdão condenatório no rol de hipóteses de interrupção da prescrição. Para os delitos praticados antes da referida alteração, como ocorreu in casu, aplica-se o entendimento jurisprudencial vigente àquela época, segundo o qual apenas o acórdão que reformasse a sentença absolutória ou alterasse, para maior, a pena cominada, seria interpretado como "sentença condenatória recorrível", consoante redação do inciso IV do art. 117 do Código Penal (AgRg no HC 398.047/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020). 3. No caso em análise, tendo os fatos delituosos ocorrido em 15/9/2007 (e-STJ fls. 280), antes da referida lei, não se aplica o entendimento proferido no HC 176.473/RR”.

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Divergência sobre o local de consumação do crime, com reflexo na atribuição funcional – estelionato – art. 70, §4º, do CPP – local do domicílio da vítima.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Protocolado nº 1.766/2021

Autos nº 0076xxx-2x.2017.8.26.0050 - Juízo da Vara do DIPO 4 - Foro Central Criminal da Barra Funda - Comarca da Capital

Suscitante: 5º Promotor de Justiça de Mogi-Guaçu

Suscitada: 73ª Promotora de Justiça da Capital

Assunto: divergência sobre o local de consumação do crime, com reflexo na atribuição funcional – estelionato – art. 70, §4º, do CPP – local do domicílio da vítima.

Cuida-se de investigação criminal instaurada com a finalidade de apurar crime de estelionato (CP, art. 171, *caput*), pela Autoridade Policial do DEIC, nesta capital, visando apurar fato noticiado perante a Delegacia de Investigações Gerais (DIG) de Mogi-Guaçu. Segundo consta, no dia 26 de maio de 2017, na Rua Minas Gerais, 28, Jardim Centenário, Mogi Guaçu, a vítima *M.D.G*, pelo *site* de anúncios OLX, interessou-se por um veículo Fiat Toro Freedom AT, de cor vermelha, ano 2016/2017, pelo preço de R\$ 69.000,00; o ofendido manteve contato com o suposto proprietário, que se apresentava como Antonio, pelo telefone 11 94xx6 9694, e lhe passou as placas do veículo como sendo FYK 8xx3, de São José dos Campos.

O ofendido consultou as placas e Renavam informados e verificou que não havia restrição. Em razão disso, prosseguiu com as negociações, visando adquirir o veículo. Estabeleceu-se que a transação de compra e venda seria concluída nesta Capital, nas imediações da empresa *Siemens*, local em que a esposa de Antonio supostamente trabalharia, Avenida Mutinga, 3800, Jardim Santo

Boletim Criminal Comentado 141- Junho

2021

Elias, para onde o irmão do ofendido, L., rumou e se encontrou com tal pessoa, que se apresentou como J.M., que lhe esperava noutro veículo e logo se apresentou a Leandro. Este, porém, notou que havia alguns danos no veículo e informou ao ofendido M.; este, ao fazer novo contato com Antonio, por telefone, pediu desconto no preço por causa dos danos e também pela existência de uma multa; Antonio consentiu e deixou o veículo pelo valor de R\$ 66.700,00.

Fechado o negócio, L., irmão de M., acompanhou J. até o Shopping Tietê, para que lá fosse entregue o documento de transferência do veículo; em dado instante, J. foi avisada por telefone de que o recibo do veículo já estava com firma reconhecida, escondido sob um dos pneus do veículo, e com isso o valor acima mencionado foi transferido pelo ofendido, via *internet*, de sua conta-corrente nº 10.xxx-0, agência 6x81, do Banco Itaú S/A, para a conta-corrente nº 0xx3x-1, da agência 0713, do Banco Itaú S/A, em nome de J.M.

Depois de ter adquirido o veículo, ao efetuar vistoria para seguro, o ofendido tomou conhecimento de que o veículo é produto de roubo ocorrido na cidade de São Paulo, no dia 13 de maio de 2017, conforme BO 655659, e também que as placas por ele ostentadas pertenciam a outro veículo de iguais características. Em vista disso, apresentou o veículo perante a DIG de Mogi-Guaçu, juntamente com o CRLV e CRV, para apreensão e demais providências (cf. fls. 7/9).

O boletim de ocorrência de fls. 10/12 diz respeito à entrega do veículo, uma vez apreendido, ao recebedor e procurador legal. O automóvel foi depois restituído à sua legítima proprietária (fls. 25).

O auto de fls. 12/13 diz respeito à apreensão do veículo, cujas placas originais eram GHL 5xx5, ostentando as placas FYK 8xx3, de São José dos Campos, apreendidas também estas placas pertencentes a outro automóvel (fls. 14).

A vítima do roubo do veículo foi ouvida em declarações às fls. 15, ocasião em que confirmou o crime, assim como a localização do veículo antes que fosse indenizada pela seguradora.

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

J.M. admitiu ter "emprestado" sua conta bancária a um amigo de nome Diego e por isso foi formalmente indiciada (cf. fls. 158/159). Foi também identificada como autora do delito a indiciada G.S.M. (fls. 46/51). Esta é apontada como membro de uma organização criminosa especializada em realizar a venda de veículos de origem ilícita, com sinais identificadores adulterados (fls. 62/63).

A investigação chegou à pessoa de J.L.S.R., apontada como titular da linha 11 9xx56 9x94, mas negou que o fosse e narrou que soube de anúncio de venda de veículo com as placas de seu carro (fls. 150), juntando boletins de ocorrência a esse respeito (cf. fls. 152/155).

Relatado o inquérito policial (fls. 169/172), a Douta Promotora de Justiça em exercício perante o Foro Central Criminal da Capital requereu a remessa dos autos à Comarca de Mogi-Guaçu, com base em entendimento do Superior Tribunal de Justiça, invocando precedentes de 2015, no sentido de que o foro competente seria o local da conta bancária da vítima, ou seja, onde ela transferiu recursos para a conta indicada pelos estelionatários, qual seja, Mogi-Guaçu (cf. fls. 174/179).

A MMª Juíza do DIPO 4 acolheu a manifestação ministerial e determinou a remessa dos autos à Comarca de Mogi-Guaçu, SP (cf. fls. 179/182).

O Douto Promotor de Justiça de Mogi-Guaçu, porém, discordou da remessa e requereu ao Juízo de Mogi Guaçu que suscitasse conflito negativo de competência, invocando precedentes mais recentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em crimes de estelionato, o crime se consideraria consumado no local de obtenção da vantagem indevida, ou seja, tendo em vista o local da conta destinatária da vantagem indevida obtida pelos criminosos, o que, no caso concreto, ocorreu na comarca da Capital (cf. fls. 185/188).

A MMª Juíza da Vara Criminal de Mogi-Guaçu acolheu a manifestação ministerial e suscitou conflito negativo de jurisdição, a ser dirimido a princípio pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 191/193).

Foi designado a MMª Juíza Suscitada para apreciar eventuais medidas urgentes (fls. 195).

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

Nova manifestação ministerial às fls. 198/199, observando que se trata de conflito negativo de atribuição, a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça, o que foi determinado (fls. 199).

É o relato do necessário.

Com razão a Douta Promotora de Justiça Suscitada, com a máxima vênia do Ilustre Suscitante.

A matéria atinente ao foro competente em sede de crimes de estelionato (CP, art. 171), mediante depósitos ou transferências bancárias, foi objeto de muita controvérsia perante o Superior Tribunal de Justiça.

Houve precedentes em 2016 no sentido de que o crime se consumava no lugar em que a vítima mantinha sua conta bancária, da qual transferia recursos para a conta indicada pelos criminosos, normalmente noutra localidade.

Confira-se, nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE ESTELIONATO. CONSUMAÇÃO. JÚZO EM QUE OCORRE O EFETIVO PREJUÍZO À VÍTIMA. LOCAL DA AGÊNCIA ONDE A VÍTIMA POSSUI CONTA BANCÁRIA. PRECEDENTES.

1. Nos termos do que dispõe o art. 70 do CPP, a competência é, em regra, determinada pelo lugar em que se consuma a infração penal ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

2. O delito de estelionato consuma-se no local em que ocorre o efetivo prejuízo à vítima, ou seja, na localidade da agência onde a vítima possuía a conta bancária. Precedentes.

3. Tendo a vítima efetuado as transferências em agência localizada na cidade de Pacaembu/SP, onde possuía conta bancária, é este o

local do efetivo dano e para onde devem ser remetidos os autos para regular processamento e prosseguimento do feito.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara de Pacaembu/SP, ora suscitado.

(CC 147.811/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 19/09/2016)

Porém, em 2018 e 2019, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar outro entendimento no que concerne à competência em tema de estelionato praticado mediante depósitos e transferências bancárias, proferindo vários julgados nos quais firmou a tese de que em situações tais o crime se consumava no lugar da obtenção da vantagem indevida, ou seja, onde situada a conta bancária destinatária da vantagem, para a qual a vítima fazia depósito ou transferia recursos.

Veja-se, a título de exemplo, o seguinte Acórdão, proferido em março de 2019, relativo a conflito negativo de competência dirimido pela Colenda 3.ª Seção do Egrégio Tribunal mencionado, a qual reúne os Eminentes Ministros da 5.ª e 6.ª Turma do STJ:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO VIA DEPÓSITOS BANCÁRIOS EM DINHEIRO. COMPETÊNCIA DO LOCAL EM QUE SE OBTVEU A VANTAGEM INDEVIDA. CONEXÃO (ART. 76, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP). COMPETÊNCIA DO LOCAL EM QUE OCORREU O MAIOR NÚMERO DE RESULTADOS (ART. 78, II, B, DO CPP). FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE TERCEIRO JUÍZO ESTRANHO AO CONFLITO.

(...) 2. Nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal, "a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução". **Destarte, nas hipóteses de estelionato no qual a vítima efetua pagamento ao autor do delito por meio de cheque, a competência para a apuração do delito é do Juízo do local da agência bancária da vítima, porque a consumação se dá quando o cheque é descontado pelo banco**

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho

2021

sacado. Já no caso de a vítima ter feito o pagamento mediante depósito bancário em dinheiro, como ocorreu no caso concreto, a jurisprudência firmada nessa Corte entende que o delito consuma-se no local onde verificada a obtenção da vantagem indevida, ou seja, no momento em que o valor entra na esfera de disponibilidade do autor do crime. Precedentes.

(...)

(STJ, CC 161.881/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 3.^a SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe de 25/03/2019; grifo nosso).

No mesmo sentido, vários outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

CC 169.053/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 19/12/2019; CC 161.881/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 162.076/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 114.685/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 22/04/2014; CC 101.900/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010; CC 96.109/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 23/09/2009.

Finalmente, no dia 28 de maio de 2021, o legislador sepultou a controvérsia e, em nome do princípio da segurança jurídica, passou a prever expressamente uma única regra de competência, **com base no domicílio da vítima ou na prevenção (havendo pluralidade de vítimas)** nos estelionatos cometidos mediante depósito, emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos ou com pagamento frustrado ou ainda mediante transferência de valores.

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho 2021

A nova regra passou a constar do art. 70, § 4º, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021, publicada no DOU de 28 de maio de 2021, quando entrou em vigor:

§ 4º Nos crimes previstos no **art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** (Código Penal), quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, **a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção.** (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021)

No caso concreto, embora a conclusão do negócio envolvendo a venda do veículo Fiat Toro objeto de roubo precedente, com placas falsas, tenha se dado nesta Capital, a vítima *M.* transferiu recursos de sua conta bancária situada na cidade de Mogi-Guaçu², onde é domiciliado (cf. fls. 7/9).

Aquela comarca, portanto, é o foro competente no caso concreto, nos termos da nova regra de competência estabelecida no Código de Processo Penal.

Vale observar que, pela regra da perpetuação da jurisdição, as ações penais já propostas antes de 28 de maio de 2021 continuarão a tramitar perante os foros em que ajuizadas³.

Nos inquéritos policiais nos quais não tenha havido o oferecimento de denúncia, incidirá a nova regra, de aplicação imediata (CPP, art. 2º - *A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*).

² A agência 6881 do Banco Itaú S/A situa-se em Mogi-Guaçu, conforme busca no *google*.

³ Confira-se, nesse sentido, comentário à nova disposição veiculado **no Boletim Criminal Comentado 140, de maio de 2021, do CAOCRIM do MPSP**: "Por fim, havendo processo, deve ser observado o instituto da "perpetuatio iurisdictionis", necessário para a estabilidade da competência de foro. Uma vez determinada e fixada esta, quaisquer modificações de fato ou de direito supervenientes são irrelevantes em sua estabilidade".

Boletim Criminal **Comentado** 141- Junho 2021

Ante o exposto, conheço do presente conflito negativo de atribuição para declarar que a atribuição para oficiar nestes autos de inquérito policial cabe ao Douto Promotor de Justiça de Mogi-Guaçu, a quem incumbirá formar opinião delitiva no caso concreto.

Como a controvérsia limita-se ao foro competente e não vai à classificação jurídica da conduta, não se identifica a necessidade de designar outro Promotor de Justiça para funcionar nos autos em lugar do Suscitante.

São Paulo, 7 de junho de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº142, 6/2021
(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Danilo Orlando Pugliesi (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal **Comentado** 142- Junho

2021

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Modelo de Agravo de Execução Penal- Indeferimento da inicial - Execução da multa

Clique [aqui](#)

2- Tema: Destinação de valores referentes a condenações penais e acordos.

STF- DECISÃO DA ADPF N. 569/DF

Em 1º. de junho de 2021, no julgamento da ADPF 569/DF, relatada pelo ministro Alexandre de Moraes, foi confirmada a decisão proferida liminarmente, em fevereiro de 2021, conforme segue:

“que os valores ou bens provenientes dos efeitos da condenação criminal ou de acordos observem os estritos termos do art. 91 do Código Penal, do inciso IV do art. 4º da Lei 12850/13 e do inciso I do art. 7º da Lei 9613/98; CABENDO À UNIÃO a destinação de valores referentes a restituições, multas e sanções análogas decorrentes de condenações criminais, colaborações premiadas ou outros acordos realizados, desde que não haja vinculação legal expressa e ressalvado o direito de demais entidades lesadas; VEDANDO-SE que seus montantes sejam distribuídos de maneira vinculada, estabelecida ou determinada pelo Ministério Público, por termos de acordo firmado entre este e o responsável pagador, ou por determinação do órgão jurisdicional em que tramitam esses procedimentos”. - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 569 DISTRITO FEDERAL

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

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça - CNPG, deliberando a respeito de estudo elaborado pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal – GNCCRIM, ratificou a nota explicativa abaixo elaborada quando da decisão cautelar proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Rel. Alexandre de Moraes, em 10.2.2021, nos autos da ADPF no 569/DF, cuja determinação, *ictu oculi*, reclama esclarecimentos oportunos, a fim de que sejam expressamente decotados do respectivo decreto judicial os acordos de não persecução penal, as transações penais e as suspensões condicionais do processo.

[Clique aqui](#) para ter acesso ao estudo.

Boletim Criminal **Comentado** 142- Junho

2021

3- Tema: Pacote Anticrime. Vetos derrubados. Existe *vacatio legis* para os dispositivos reincorporados?

O Pacote Anticrime, que trouxe diversas alterações na legislação penal e processual penal, foi encaminhado à sanção presidencial no final de 2019, convertendo-se na Lei 13.964/2019.

O projeto de lei previa uma nova qualificadora do crime de homicídio (art. 121, § 2º, VIII, do CP), com a seguinte redação:

Art. 121. Matar alguém

§2º. Se o homicídio é cometido:

(...)

VIII- com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido

Pena- reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Submetido ao crivo do Presidente da República, referido dispositivo legal, assim como diversos outros, foi vetado, em 24 de dezembro de 2019.

A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020.

Os vetos foram encaminhados ao Parlamento em 26 de dezembro de 2020, mas, apenas quando transcorrido quase um ano e meio depois, o Congresso Nacional, no dia 19 de abril de 2021, derrubou o veto presidencial relacionado à nova qualificadora do homicídio (no total, foram derrubados 16 vetos).

Derrubado o veto, houve a promulgação das partes vetadas da Lei 13.964/19 (inclusive referente à nova qualificadora), em 30 de abril de 2021.

Com a promulgação, nasceu no ordenamento jurídico penal uma nova qualificadora do crime de homicídio.

Mas o surgimento dessa qualificadora não se deu como lei autônoma e independente: ao contrário, como a qualificadora do homicídio estava inserida originariamente na Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), foi reincorporada ao referido diploma legislativo.

Sendo reintroduzida a qualificadora à Lei 13.964/19, foi seguida a disposição geral dessa lei que trata do prazo da *vacatio legis* de 30 dias (art. 20 da Lei).

Boletim Criminal **Comentado** 142- Junho

2021

O prazo de 30 dias de vacância da lei contou-se da data da promulgação da nova qualificadora, qual seja, do dia 30 de abril de 2021.

E qual o prazo que entrou então em vigor a nova qualificadora?

Devemos seguir as prescrições do art. 8º, § 1º da Lei Complementar n. 95/98, que estipula que a contagem do prazo para a entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância será procedida com a inclusão da data da publicação e do último dia de prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

Como a data da publicação da nova qualificadora ocorreu em 30 de abril de 2021, contando-se o prazo de trinta dias, a vacância se exauriu em 29 de maio de 2021, mas a norma penal só entrou em vigor no dia subsequente à consumação integral desse prazo, ou seja, no dia 30 de maio de 2021.

Sendo assim, só poderão ser oferecidas denúncias por emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido relacionados a fatos ocorridos a partir do dia 30 de maio de 2021.

[Clique aqui](#) para assistir o vídeo do autor do estudo, Dr. Walfredo Cunha Campos, assessor do PGJ com atuação no Setor do art. 28 do CPP.

4- Tema: Lei 14.164/21: Altera a Lei 9.394/96 para incluir conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da educação básica, e institui a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher.

Prevê o art. 8º, IX, da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) a inserção, nos conteúdos programáticos de todos os níveis escolares, do ensino sobre direitos humanos, envolvendo, ainda, noções sobre a igualdade entre as pessoas e a abordagem da violência contra a mulher.

Sempre alertamos que a tarefa não seria fácil e certamente levaria tempo para se perceber a importância da norma programática em comento. Os cursos de Direito que, prioritariamente, deveriam abordar os direitos humanos, ainda ignoram, em sua maioria, essa disciplina em seus currículos. Com efeito, o Conselho Nacional de Educação e a Câmara de Educação Superior editaram a Res. 9, de 29 de setembro de 2004, na qual estabelecem dois eixos para o curso de graduação em Direito: um de formação fundamental e outro de formação profissional. Em nenhum deles é feita qualquer menção ao ensino dos direitos humanos. Na prática, aproveitam-se as aulas de direito constitucional para que, de passagem, se façam alguns comentários sobre tão relevante tema.

A justificativa para essa postura do Estado vem bem apanhada por Antônio Alberto Machado, ao advertir que “essa política de massificação do ensino jurídico explica também a natureza da grade

Boletim Criminal **Comentado** 142- Junho

2021

curricular das faculdades de direito que tendem a privilegiar matérias e disciplinas tecnológicas, em detrimento daquelas que apresentam um conteúdo mais humanitário e reflexivo. Tais opções curriculares podem ser entendidas até mesmo como parte da estratégia de despolitização do jurista e atrofia do seu senso crítico”.¹

Ora, se o curso de direito vem dando pouca importância à disciplina que aborda os direitos humanos, o que se aguardar dos demais cursos de ensino superior e mesmo dos currículos escolares, por exemplo, do ensino fundamental?

Lembremos, ainda, que a Lei 10.639, de 9 de janeiro de 2003, tornou obrigatória, nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, a inclusão de disciplina versando sobre História e Cultura Afro-Brasileira.

Quanto à violência doméstica, projetos tramitavam na Câmara dos Deputados, no sentido de alterar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, para a inclusão de matéria com conteúdos relacionados à prevenção de todas as formas de violência, inclusive a doméstica e familiar, contra mulher, crianças e adolescentes, desde o ensino básico. Agora temos a norma. A Lei 14.164/21, vigente desde a data da sua publicação, anuncia:

Art. 1º O art. **26** da Lei nº **9.394**, de 20 de dezembro de 1996 (**Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**), passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 26.

§ 9º Conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança, o adolescente e a mulher serão incluídos, como temas transversais, nos currículos de que trata o caput deste artigo, observadas as diretrizes da legislação correspondente e a produção e distribuição de material didático adequado a cada nível de ensino.

....." (NR)

Art. 2º Fica instituída a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher, a ser realizada anualmente, no mês de março, em todas as instituições públicas e privadas de ensino da educação básica, com os seguintes objetivos:

I - contribuir para o conhecimento das disposições da Lei nº **11.340**, de 7 de agosto de 2006 (**Lei Maria da Penha**);

II - impulsionar a reflexão crítica entre estudantes, profissionais da educação e comunidade escolar sobre a prevenção e o combate à violência contra a mulher;

¹. Ministério Público – Democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 109.

Boletim Criminal **Comentado** 142- Junho

2021

III - integrar a comunidade escolar no desenvolvimento de estratégias para o enfrentamento das diversas formas de violência, notadamente contra a mulher;

IV - abordar os mecanismos de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, seus instrumentos protetivos e os meios para o registro de denúncias;

V - capacitar educadores e conscientizar a comunidade sobre violência nas relações afetivas;

VI - promover a igualdade entre homens e mulheres, de modo a prevenir e a coibir a violência contra a mulher; e

VII - promover a produção e a distribuição de materiais educativos relativos ao combate da violência contra a mulher nas instituições de ensino.

Boletim Criminal **Comentado** 142- Junho

2021

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Inquérito policial. Trâmite direto entre ministério público e polícia. Possibilidade?

PESQUISA PRONTA- STJ

No julgamento do RHC 88.570, a Sexta Turma afirmou que, "nos termos da jurisprudência do STJ, admite-se o trâmite direto do inquérito entre o órgão acusador e a polícia, em atenção ao princípio da duração razoável do processo". O recurso é da relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior.

Clique [aqui](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Apesar de o artigo 10 do CPP determinar a remessa do inquérito concluído ao juiz competente, há tempos crescente doutrina vem sustentando que o disposto no § 1º, nesse tanto, não teria sido recepcionado pela Constituição em vigor que, ao adotar francamente o sistema acusatório (art. 129, inc. I da CF), não mais cogitou dessa intermediação.

Seria permitido, assim, o trâmite direto do inquérito policial entre polícia e Ministério Público. É nesse sentido que vem se posicionando a jurisprudência.

Deve ser lembrado que a Lei 13.964/19, ao mesmo tempo que introduziu no nosso ordenamento o juiz das garantias, fomentou o trâmite direto do inquérito policial entre polícia e Ministério Público. Ressalvada a hipótese do indigitado preso, foi essa a tese que norteou o legislador no PACOTE ANTICRIME, como se percebe da leitura dos arts. 3º.-A e ss, todos suspensos liminarmente pelo STF no julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

Se e quando implantado esse sistema, não haverá mais discussão: o trâmite será direto entre a polícia e o Ministério Público, como determina a lei. De tal forma que, elaborado o relatório, ao invés da remessa dos autos "ao juiz competente", como previsto no § 1º acima, o inquérito será enviado diretamente ao "parquet". O mesmo deverá ocorrer em pedidos de prorrogação do prazo de conclusão do inquérito de indigitado solto.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Agravamento de regime por uma só circunstância negativa se enquadra na discricionariedade do juiz

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu o entendimento de que a presença de uma única circunstância judicial negativa pode justificar o agravamento do regime inicial de cumprimento da pena e a vedação da pena substitutiva, a depender da análise do caso pelo julgador.

Segundo o relator, ministro Sebastião Reis Júnior, a lei reservou uma margem de discricionariedade para o magistrado, que, considerando o tamanho da pena e alguma das circunstâncias judiciais previstas no [artigo 59](#) do Código Penal, pode manter ou agravar o regime inicial de cumprimento, bem como avaliar se a substituição por penas restritivas de direitos é cabível no caso, diante dos critérios do [artigo 44, III](#).

Acompanhando o voto do relator, o colegiado negou os embargos de divergência opostos por um condenado por crime de responsabilidade contra acórdão da Quinta Turma, o qual – mesmo excluindo duas das três circunstâncias negativas e reduzindo a pena para dois anos, cinco meses e dez dias – manteve o regime inicial semiaberto e a vedação da pena substitutiva.

Nos embargos, a defesa alegava que a Sexta Turma teria solução diversa para casos em que há apenas uma circunstância negativa, com julgados nos quais não se agravou o regime inicial, nem se vedou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Discricionariedade

O ministro Sebastião Reis Júnior lembrou que o artigo 33, [parágrafo 3º](#), do Código Penal dispõe que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena observará os critérios estabelecidos no artigo 59, ou seja, terá por base as circunstâncias judiciais.

"O que se verifica é um espaço conferido pelo legislador à discricionariedade do magistrado, que, considerando a pena e as circunstâncias judiciais, deve fixar um regime mais adequado ao apenado, de modo a individualizar a pena", declarou.

Diante da existência de circunstância judicial avaliada negativamente na primeira fase do cálculo da pena – ressaltou o ministro –, a jurisprudência do STJ tem considerado válidos tanto "o agravamento do regime inicial de pena para aquele imediatamente mais gravoso" como a

Boletim Criminal **Comentado** 142- Junho

2021

fixação do regime com base no tamanho da pena, conforme a **escala** prevista na legislação, "ainda que a segunda solução seja bem menos usual, pois geralmente verificada quando a conclusão da instância ordinária é no sentido da suficiência do regime estipulado".

Individualização da pena

Segundo o ministro, o mesmo entendimento pode ser verificado com relação à substituição da prisão por penas restritivas de direitos.

Ele apontou que, além dos pressupostos objetivos previstos nos **incisos I e II** do artigo 44 do Código Penal, o legislador conferiu um espaço de discricionariedade ao magistrado, especificadamente no **inciso III** (requisito subjetivo), estabelecendo a necessidade de serem consideradas as circunstâncias judiciais para se verificar se a substituição da pena é recomendável ou suficiente no caso.

Ao rejeitar os embargos de divergência, o relator afirmou que a orientação adotada no acórdão da Quinta Turma – pela legalidade do recrudescimento do regime e da vedação da pena substitutiva com base na valoração negativa do vetor culpabilidade – e aquela extraída dos julgados da Sexta Turma não se excluem, mas coexistem na jurisprudência do STJ, pois encontram guarida na discricionariedade que a lei assegura ao magistrado e estão em harmonia com o princípio da individualização da pena.

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

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O art. 59 do Código Penal estabelece diversas circunstâncias que o juiz deve analisar na primeira fase de aplicação da pena, oportunidade em que se impõe a pena-base. Partindo dos patamares abstratamente cominados para o crime – em sua forma simples ou qualificada –, o juiz considera fatores importantes para a individualização da pena: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

Mas sempre que o juiz optar por aumentar a pena se baseando em alguma circunstância do art. 59 é imprescindível que demonstre concretamente o fundamento para a exasperação. Não é suficiente que simplesmente se refira à “maior culpabilidade” ou que somente mencione as consequências do crime, pois estas referências genéricas impedem que se diferenciem as circunstâncias supostamente mais graves daquelas inerentes ao tipo penal e que já são consideradas pelo legislador para a cominação da pena abstrata.

Boletim Criminal Comentado 142- Junho

2021

A lei não estabelece parâmetros específicos para o aumento da pena-base pela incidência de alguma circunstância de gravidade, mas, respeitados os limites mínimo e máximo abstratamente cominados ao delito, convencionou-se que o aumento pode consistir em 1/6 (um sexto) para cada circunstância negativa. E, também aqui, para que o juiz imponha aumento maior deve explicar por que as circunstâncias são ainda mais graves:

“O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.” (AgRg no HC 460.900/SP, j. 23/10/2018).

2- Tema: Execução penal. Progressão de regime. Alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Diferenciação entre reincidência genérica e específica. Ausência de previsão dos lapsos relativos aos reincidentes genéricos. Lacuna legal. Integração da norma. Aplicação dos patamares previstos para os apenados primários. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Tema 1084.

INFORMATIVO 699- STJ - RECURSOS REPETITIVOS

É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

Informações do Inteiro Teor:

A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica.

Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia *in malam partem*, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários.

Boletim Criminal **Comentado** 142- Junho

2021

Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que *de lege lata*, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna.

Dadas essas ponderações, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido - qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas -, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

Desse modo, para os fins previstos no art. 1.036 do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

Processo: REsp 1.910.240-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/05/2021, DJe 31/05/2021. (Tema 1084)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Levando em conta a finalidade reeducativa da pena, a progressão de regime consiste na execução da reprimenda privativa de liberdade de forma a permitir a transferência do condenado para regime menos rigoroso (mutação de regime), desde que cumpridos determinados requisitos.

A disciplina da progressão de regime foi bastante alterada pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), que reuniu no art. 112 da Lei de Execução Penal oito incisos nos quais são detalhadas as regras para que condenados possam gradativamente retomar sua liberdade.

A mudança na disciplina da matéria tem levado a alguns questionamentos a respeito das frações de pena que devem ser cumpridas, especialmente nos casos de indivíduos reincidentes condenados pela prática de crimes hediondos.

Até a edição da Lei 13.964/19, a progressão de regime em crimes hediondos e equiparados era disciplinada na própria Lei 8.072/90. O condenado tinha de cumprir 2/5 da pena, se primário, ou 3/5, se reincidente. Como a lei não explicitava que a reincidência devia ser em crime hediondo, o STJ havia firmado a orientação de que, reincidente o condenado, a fração de cumprimento era de 3/5 independentemente da natureza do crime.

Boletim Criminal Comentado 142- Junho

2021

Atualmente, no entanto, os incisos do art. 112 da LEP que tratam da progressão do condenado por crime hediondo são expressos sobre a reincidência específica nessa espécie de crime. Há uma lacuna em relação ao reincidente não específico, isto é, que cumpre pena por crime hediondo, mas que tenha sido condenado antes por infração penal de outra natureza.

A Terceira Seção do STJ firmou a orientação de que o condenado por crime hediondo que seja reincidente só deve cumprir a fração maior para a progressão se a reincidência for específica. Caso contrário, deve cumprir a fração correspondente ao condenado primário, tendo em vista que a lei não traz regra própria para sua situação:

“A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica.

Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia in malam partem, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários.

Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que de lege lata, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna.

Dadas essas ponderações, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas -, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

Desse modo, para os fins previstos no art. 1.036 do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante” (REsp 1.910.240/MG, j. 26/05/2021).

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: Revisão de pedido de arquivamento de inquérito policial - confirmação

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28

Autos n.º 1500xxx-6x.202x.8.26.04x8– MM. Juízo da 3ª Vara da Comarca de Penápolis

Autora do fato: C.E.S.

Assunto: revisão de pedido de arquivamento de inquérito policial - confirmação

Cuida-se de procedimento investigatório instaurado para apurar suposto crime de homicídio doloso tentado (art. 121, *caput*, na forma do art. 14, II, do CP) perpetrado por C.E.S., tendo por vítima C.C.A.S., fato este ocorrido no dia 3 de janeiro de 2020, por volta das 22 horas e 30 minutos, à Rua Doutor Mario Sabino, Bairro Jardim, na cidade e comarca de Penápolis.

Segundo narra o boletim de ocorrência de fls. 3 e 4, a indiciada C. e a vítima C.C. tiveram uma discussão, e a indiciada, utilizando-se de um punhal, desferiu um golpe nas costas da ofendida, que foi socorrida, recebendo atendimento médico pronto e eficaz, o que impediu a consumação do crime.

Ângela M.V.A., mãe da vítima, afirmou que em contato com as testemunhas Leia e Talita soube que sua filha, após uma discussão com a indiciada, foi atingida por um punhal, sendo socorrida até o hospital e, submetida à cirurgia, se restabeleceu (fls. 6).

G.M.G., prima da *vítima* C.C., relatou que sua prima era amásia de Rodolfo, vulgo “Tatão”; a vítima teria apurado que o seu amásio estaria mantendo “um caso” com a indiciada C.E.. No dia do ocorrido, a ofendida foi até a casa da indiciada “para tirar satisfação”; a ofendida C.C. mandou, antes, uma mensagem em áudio para a testemunha relatando que “tinha achado” a indiciada, e

Boletim Criminal Comentado 142- Junho

2021

que ela estava com uma faca na mão. Logo depois, a vítima mandou outra mensagem em áudio dizendo que tinha sido atingida. No pronto socorro, onde a vítima estava sendo atendida, em conversa com ela, lhe foi relatado que havia sido atingida pela indiciada. Soube que o desentendimento entre indiciada e ofendida ocorreu porque a autora estaria mantendo uma relação amorosa com Rodolfo, que era amásio da vítima. Não presenciou, contudo, os fatos (fls. 7).

T.F.S., testemunha presencial, disse que, no dia dos fatos, em conversa com a vítima, ela lhe relatou que o amásio dela estaria mantendo uma relação amorosa com a indiciada; ouviu uma conversa de telefone entre a indiciada e a vítima, onde as duas trocavam ofensas. A ofendida lhe pediu uma “carona” para leva-la até a casa da indiciada. C.C. desceu da moto, que era conduzida pela testemunha Talita, na frente da casa da indiciada; neste momento, observou a indiciada C. E. com um punhal na mão; a vítima foi ao encontro da indiciada e foi atingida por um golpe de punhal. A indiciada teria tentado correr atrás da vítima, mas foi impedida pelo irmão dela (irmão da indiciada). Conduziu a vítima C.C. até o hospital, onde passou por cirurgia. Afirma que, no local dos fatos, não houve discussão entre vítima e indiciada, e que a indiciada teria “partido para a agressão” (fls. 8).

C.C.A.S., vítima, esclareceu ser amásia de R.S., vulto “Tatão”; disse que “clonou” o celular de R., apurando que a indiciada C.E. estaria mantendo um relacionamento amoroso com seu amásio; encontrou as imagens da indiciada, que não conhecia antes, no próprio celular de Rodolfo. Chegou a ligar para a indiciada, trocando ofensas com ela. Dirigiu-se até a casa da indiciada porque tinha a intenção de mostrar as mensagens trocadas entre C.E. e R. Quando chegou, acompanhada de uma amiga, na casa da autora, C.E. já veio ao seu encontro, com um punhal na mão; afirma que virou para correr e foi atingida nas costas; correu e foi perseguida pela indiciada (fls. 9).

R.E.S., irmão da indiciada, asseverou que no dia do ocorrido sua irmã estava recebendo ameaças, via celular, da vítima; a ofendida dizia que “iria pegar” (a indiciada). Algum tempo depois, a vítima foi até a casa da indiciada, desceu da motocicleta em que era a garupa; sua irmã ficou desconfiada que a indiciada estivesse armada; a vítima então atravessou a rua e “já foi para cima de C.E.; não viu sua irmã agredindo a vítima. Soube que o desentendimento entre as duas era por “causa de homem” (fls. 10).

Boletim Criminal Comentado 142- Junho

2021

Em seu interrogatório, a indiciada negou possuir relacionamento amoroso com Rodolfo, embora mantivesse contato com ele, por telefone. Recebeu, algum tempo antes dos fatos, ligações da vítima, proferindo ofensas contra si, porque ela (indiciada) estaria mantendo relacionamento amoroso com o marido dela (marido da ofendida). Foi ameaçada, dizendo a ofendida que “iria lhe pegar”. No dia do ocorrido, sua mãe ligou, por volta das 19 horas, e lhe contou que havia três moças na frente da casa dela (de sua mãe) “fazendo escândalo”; às 20 horas, a vítima lhe ligou dizendo que estava nas proximidades e que “daquele dia não passaria”. Por volta das 22 horas, viu a vítima na frente da casa; saiu para conversar com ela, mas “achou por bem pegar um punhal”; quando saiu, a ofendida C. já veio para cima, segurando e apertando seu pescoço; para se defender, desferiu um golpe contra a vítima, nas costas. Negou ter, depois do primeiro golpe, perseguido a vítima. Afirma, por fim, ter agido para se defender (fls. 11/12).

Foram anexados *prints* de conversas por WHATSAPP, entre vítima e indiciada (fls. 17/21).

M.F.E.S., mãe da indiciada, relatou que, no dia do ocorrido, por volta das 19 horas, estava na casa da vizinha O., quando três moças, na frente da casa da indiciada, passaram a gritar por C.E.. Uma delas dizia “eu sei que ela está aí dentro, eu sei que ela tá andando com meu marido”. Ligou então para sua filha para relatar o ocorrido. No dia seguinte, soube por sua filha que a vítima teria avançado contra ela e a segurado no pescoço, dizendo que “furou a menina com um canivete”, para se defender (fls. 22).

Laudo de exame de corpo de delito de fls. 23/24, constando que a ofendida sofreu ferimento corto-contundente na região dorsal (fls. 24).

O.B.S., vizinha da indiciada, informou ter ouvido, no dia do ocorrido, por volta das 20 horas, xingamentos de pessoas, dizendo “sai para fora, vagabunda, biscate, você tá dentro e não quer me atender”; presenciou a mãe da indiciada F. dizendo àquelas pessoas que sua filha não se encontrava lá; mesmo assim, as moças continuavam a xingar. Fátima ligou para a indiciada relatando o que estava acontecendo. A depoente saiu de sua casa, e quando voltou, por volta das 22 horas, viu as mesmas moças na frente da casa da indiciada, e as três estavam, mais uma vez, xingando a autora. Não presenciou a agressão (fls. 32).

Boletim Criminal Comentado 142- Junho

2021

M.C.T.D., cunhada da indiciada, trouxe aos autos, em seu depoimento, que no dia dos fatos soube pela indiciada que três moças estavam lhe procurando, em sua casa, xingando-a. Por volta das 22 horas, uma moça chamou a indiciada para que saísse de sua casa; presenciou essa mulher descer da garupa de uma motocicleta. A vítima se aproximou da indiciada, como se quisesse agredi-la; disse não ter presenciado o resto, porque seu filho pequeno começou a chorar e teve que o auxiliar. Algum tempo depois, a indiciada C.E. disse que tinha dado uma “cutucada” na vítima, porque tinha ficado com medo de ser agredida (fls. 33).

Novamente ouvida, a mãe da vítima Â.M.V.A. informou que sua filha estaria morando na Bolívia e que ela “gostaria que este procedimento fosse arquivado” (fls. 42).

Reprodução simulada dos fatos, encartada com fotos, a fls. 50/59.

Relatado o inquérito policial (fls. 63/64), o Culto Promotor de Justiça requereu esclarecimentos e o retorno à delegacia de polícia (fls. 67/68).

Novamente ouvida, G.M.G. confirmou seu depoimento anterior e disse que não possui mais as mensagens trocadas com a vítima, sua prima (fls. 73).

R.E.S., mais uma vez ouvido, relatou que segurou sua irmã, a indiciada, após o golpe desferido contra a vítima, porque pensou que ela pudesse ir atrás da ofendida (fls. 74).

O Douto Promotor de Justiça promoveu o arquivamento dos presentes autos de inquérito policial, após minucioso e detalhado relatório de todas as investigações, por fixar a compreensão de que estariam presentes todos os requisitos legais para o reconhecimento da legítima defesa (fls. 78/87).

O Douto Magistrado, contudo, dissentiu, reputando que os fatos deveriam ser melhor aclarados durante a instrução criminal, encaminhando o expediente a esta Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP (fls. 88/89).

Eis a síntese do necessário.

Boletim Criminal Comentado 142- Junho 2021

Com a máxima vênia do Culto Magistrado, razão assiste ao Douto Promotor de Justiça ao promover o arquivamento da investigação criminal.

Pelo que se depreende de todos os elementos informativos coligidos a dinâmica dos fatos é a seguinte: a vítima descobriu que seu marido mantinha um relacionamento extraconjugal com a indiciada; conseguiu o telefone dela, e passou a xingá-la e ameaçá-la, como demonstram os *prints* das conversas por *WhatsApp*; além disso, passou a perseguir a vítima, indo até a residência dela, e produzindo algazarra e escândalo, em duas oportunidades, acompanhada de duas amigas. Não contente, voltou, uma terceira vez à casa da vítima, xingando-a novamente, e exigindo que a autora saísse da residência. Evidente que a versão de que a vítima pretendia apenas conversar com a indiciada para mostrar as conversas mantidas entre a indiciada e seu marido (da ofendida) não é verossímil, afinal, a vítima poderia acessar e remeter, por *print* de celular, tais conversas à investigada (até porque, segundo a própria vítima, ela teria *clonado* o celular de seu marido R.). A intenção, ao que parece, era mesmo, ao se dirigir com tanta insistência até a casa da indiciada, a de xingar e agredir a investigada, e não manter qualquer conversação, ou “mostrar” singelamente mensagens de celular.

A vítima e a testemunha T.F. asseveraram que a indiciada teria agredido a ofendida nas costas, quando a vítima tentava correr; essa versão, contudo, é rechaçada pela indiciada, e pelo irmão desta, os quais, na reprodução simulada dos fatos, mencionam que as agressões se iniciariam por parte da ofendida, e não da investigada; compreensivelmente, cada uma das partes, e as testemunhas por elas indicadas, sustentam a narrativa que melhor viesse atender aos seus interesses, que, *in casu*, são antagônicos.

No entanto, apesar desse aparente contrachoque insuperável de versões, certo que, como bem referido pelo Ilustre Promotor de Justiça, há fatos que são incontroversos:

1º- a vítima xingava e ameaçava a indiciada;

2º- a vítima, acompanhada de duas pessoas, compareceu, em três oportunidades, na casa da indiciada, xingando-a escandalosamente, e exigindo que saísse;

Boletim Criminal Comentado 142- Junho

2021

Nesse contexto, parece mais verossímil a versão de que a vítima teria iniciado a agressão contra a indiciada, a qual apenas se defendeu, usando do meio necessário (um punhal), moderadamente (um golpe). Afinal, não parece crível que a ofendida, tantas vezes e com tanta insistência, tivesse ido à casa da indiciada, senão por interesse de agredi-la, até porque aparentemente estava tomada de ira, quando soube que seu marido mantinha um relacionamento amoroso com a investigada.

Diante desse quadro probatório, não há, de fato, justa causa para se iniciar a persecução penal em Juízo, com o peso de uma imputação de crime doloso contra a vida, porquanto a finalidade de uma investigação esborçada e detalhada como a documentada nestes autos é a de justamente evitar acusações penais em juízo temerárias, com elementos de convicção dúbios e incertos.

Não se desconhece, é claro, que, sendo os fatos controvertidos - podem ter ocorrido ou não - deve-se iniciar a persecução penal em juízo; todavia, quando a prova é lacunosa e contraditória, e a versão do próprio investigado não é infirmada por qualquer outro elemento de persuasão, não há porque deixar de acolhê-la.

Quanto à questão do ferimento nas costas, é perfeitamente possível que, havendo uma contenda, uma luta, entre as partes, durante as agressões, a vítima possa ser atingida nas costas (sem significar, contudo, que o golpe tenha sido desferido pelas costas).

Ademais, a agressão - segundo o relato da indiciada - desferida pela vítima, com um capacete e depois com um tapa contra a investigada, pelo próprio movimento do corpo da ofendida necessário às agressões, possibilitaria que fosse atingida, em repulsa, pela indiciada, na parte lateral do seu corpo ou mesmo no dorso (da vítima).

Como explica Walfredo Cunha Campos, na obra Tribunal do Júri, Teoria e Prática²:

²Walfredo Campos, Tribunal do Júri, Teoria e Prática, 7ª edição, 2021, Editora Mizuno, páginas 262/263.

Boletim Criminal Comentado 142- Junho

2021

“Ao juiz se impõe o dever de cotejar o arcabouço probatório coligido - normalmente através do inquérito policial - com a proposta acusatória vazada na petição inicial (denúncia ou queixa). Não basta perscrutar, apenas, a respeito da tipicidade do fato - normalmente o que menos esforço exige - necessário, ainda, pesquisar se o fato é ilícito, pois podem já existir evidências, no caderno inquisitivo, por exemplo, de que o indiciado tenha agido em legítima defesa ou estado de necessidade, situações essas que autorizam - e por uma questão de justiça - conclamam a rejeição da peça acusatória, por falta de justa causa.

(...)

O recebimento, às cegas, de uma denúncia - sem se aquilatar de sua solidez probatória - pode acarretar, além de um gasto inútil de recursos públicos, outro efeito mais grave ainda: a violação da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundadores do nosso ordenamento jurídico (art. 1º, III, da CF), impondo, ao acusado, que não mereceria ocupar o banco dos réus, as agruras do mais longo, demorado e complexo de todos os processos criminais que é o processo do Júri. Afinal, qual o sentido de se processar alguém por homicídio se se apurou - a toda evidência - que agiu, por exemplo amparado pela legítima defesa?!”.

Num contexto tal, conclui-se que a promoção de arquivamento não é desarrazoada e alicerça-se em razoável leitura dos elementos de convencimento contidos no bojo do caderno investigatório.

Boletim Criminal **Comentado** 142- Junho 2021

Dessa sorte, eventual ação penal estaria, de fato, fadada à improcedência. Não se identifica justa causa para a propositura de ação penal, no caso concreto.

Esta Procuradoria-Geral de Justiça, em situações tais, tem considerado a valoração dos elementos de prova feita pelo Promotor de Justiça natural, sempre que razoável e em consonância com o conteúdo do caderno investigatório, para reafirmar o princípio da independência funcional.

Ante o exposto, sempre com a renovada vênua do Culto Magistrado, insiste-se na promoção de arquivamento formulada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com as ressalvas do art. 18, do Código de Processo Penal.

São Paulo, 28 de maio de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº143, 6/2021
(semana nº 3)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silves

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Danilo Orlando Pugliesi (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal Comentado 143- Junho

2021

NOTÍCIA

O Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM participou da construção do 1.º Painel Estadual Interinstitucional de Dados sobre Mulheres Encarceradas no Estado de São Paulo, realizado no período de 19.2.2021 a 11.6.2021.

A iniciativa foi da Procuradora de Justiça e Conselheira do CNJ Dra. Maria Tereza Uile Gomes, que desenvolveu um painel de *business intelligence* unindo informações do Poder Judiciário, Poder Executivo, Defensoria Pública e Ministério Público.

Constatou-se durante a realização do trabalho o equilíbrio entre ocupação e vagas preenchidas nos presídios femininos de São Paulo (capacidade de 12.636 vagas com 9.278 vagas ocupadas); bem como a eficiência e celeridade na movimentação processual das execuções criminais, certamente fruto do incentivo de uso de recursos tecnológicos já adotados pelo TJSP há muitos anos e em constante avanço.

No recorte escolhido, qual seja, situação das mulheres presas em cumprimento de pena em regime semiaberto, que totalizavam à época do início do acompanhamento 2.055 presas, das quais 675 tiveram lapso legal implementado no período, houve movimentação com deferimento de progressão ao regime aberto, livramento condicional ou alvará de soltura em relação a 588 beneficiadas, número que representa uma movimentação de 28,6% da população carcerária das unidades prisionais para o perfil em acompanhamento no período de pouco mais de três meses, de 19 de fevereiro de 2021 a 11 de junho de 2021.

Além dessa movimentação da população carcerária, em 48 situações houve indeferimento de benefícios ou regressão para o regime prisional fechado, 28 processos aguardam a juntada do laudo de exame criminológico, restando apenas 11 que aguardam análise judicial, resultando na eficiência do julgamento dos benefícios em tempo hábil à implementação do lapso em 98,3% dos processos de execução criminal em andamento no TJSP.

A ferramenta desenvolvida é de relevância ímpar, na medida em que, por meio desse painel, a partir do diálogo entre as instituições, nos Laboratórios de Inovação instalados no Poder Judiciário, é possível monitorar, à distância, a situação processual de detentos, conforme recortes selecionados.

Por fim, importante ressaltar que, no dia 7 de junho de 2021, o CNJ editou a Resolução CNJ n.º 395, instituindo a Política de Gestão da Inovação no Âmbito do Poder Judiciário ([clique aqui](#)).

AVISO

Progressão de Regime – condenado reincidente que cumpre pena por crime hediondo ou equiparado com resultado morte, praticado antes da alteração promovida no artigo 112 da LEP pela Lei n.º 13.964/19 – fração a ser observada – 3/5 cf. artigo 2.º, §2.º da Lei n.º 8.072/90

Considerando que no julgamento dos recursos especiais nº 1.918.338-MT e REsp 1.910-MG o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, com relação às penas dos crimes hediondos ou equiparados com resultado morte, praticados antes de 23.01.2020, que deve ser aplicado o artigo 2.º, §2.º, da Lei 8.072/90, vigente ao tempo do fato (3/5), inclusive para reincidente genéricos, por ser a inovação da Lei 13.964/19 prejudicial ao apenado, ao lhe vedar o livramento condicional (art. 112, VI, a, e VIII, LEP).

Considerando que o resultado morte advindo do delito hediondo ou equiparado muitas das vezes não tem sido mencionado pelo defensor ao requerer a aplicação do percentual de 40% para progressão de regime, gerando decisões de primeiro e segundo graus que aplicam tal fração a delitos hediondos ou equiparados, com resultado morte, praticados antes da vigência da Lei 13.964/19;

O Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM sugere que nas manifestações sobre progressão de regime de condenados por crime hediondo ou equiparado praticados antes da alteração promovida no artigo 112 da LEP pela Lei n.º 13.964/19 Lei, reincidentes, seja destacado o resultado morte, pleiteando-se a incidência da fração de 3/5, nos termos do artigo 2.º, §2.º, da Lei 8.072/90. **(Aviso nº 358/2021 - PGJ-CAOCR, de 14/06/2021)**

Clique [aqui](#) para ter acesso à publicação

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Constranger preso, mediante violência, a produzir prova contra si mesmo configura abuso de autoridade ou crime de tortura?

Considera-se como abuso de autoridade o fato de o agente constranger o preso ou o detento, mediante violência ou grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro, conforme disposto no inciso III do art. 13 da Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Assim, por exemplo, forçá-lo a confessar a prática de um crime, a indicar os que com ele praticaram a infração penal, a entregar a arma de fogo, bem apontar o local onde se encontram os objetos por ele subtraídos etc.

Qualquer constrangimento, praticado mediante violência ou grave ameaça, ou que importe em redução da capacidade de resistência do preso ou do detento, que seja utilizado com a finalidade de produzir provas contra ele ou contra terceiro, se caracterizará em abuso de autoridade.

Essas formas do crime de abuso, contudo, não se confundem com as modalidades do delito de tortura, em que pese a linha fina dividindo umas e outras. Vejamos.

As condutas na Lei de Tortura são mais intensas, causando na vítima maior sofrimento (físico ou mental). A análise do caso concreto certamente auxiliará o intérprete na definição da correta e justa tipificação.

Lei de Abuso de Autoridade	Lei de Tortura
<p>Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:</p> <p>I – exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;</p> <p>II – submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;</p>	<p>Art. 1º Constitui crime de tortura:</p> <p>I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:</p> <p>a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;</p> <p>(...)</p>

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho

2021

<p>III – produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro:</p> <p>Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.</p>	<p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.</p> <p>§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Nesse sentido, aliás, o **enunciado 52 do CAOCRIM**:

“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”.

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho

2021

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Falta de relatório de inteligência financeira não impede MP de investigar movimentações atípica

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

No julgamento do RMS 42.120, a Sexta Turma do STJ estabeleceu que “a existência do Relatório de Inteligência Financeira (RIF) não é condição indispensável para que o Ministério Público (MP) possa investigar transações bancárias atípicas, noticiadas por meio de denúncia anônima.

O relator, ministro Rogério Schietti Cruz, destacou que "não há uma condição de procedibilidade" vinculando o MP ao entendimento do Coaf sobre a legalidade da movimentação financeira, e que a instituição deve ter garantido seu acesso às movimentações suspeitas, a fim viabilizar o exercício de sua função constitucional.

Insta destacar que tal decisão reforma o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) que havia negado ao Ministério Público Federal o pedido de quebra de sigilo de movimentações realizadas em uma agência bancária.

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

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Devemos destacar que, de acordo com o voto do Ministro Schietti, o MP agiu corretamente ao pedir a quebra de sigilo, pois, apesar de o Supremo Tribunal Federal (STF) não admitir essa medida com base apenas em notícia anônima, o Coaf confirmou as transações, embora não tenha produzido o RIF por não verificar irregularidades.

Quando o Coaf verifica indícios de ilicitudes, continuou Schietti, ele tem o dever de produzir o relatório de inteligência e encaminhá-lo ao MP, independentemente de decisão judicial – o que não ocorreu no caso. Mesmo reconhecendo que o compartilhamento direto de informações entre o Coaf e o MP é tema juridicamente controvertido, o relator ressaltou que nada impede que seja determinado por decisão judicial.

Para Schietti, o que acontece no compartilhamento de informações “é apenas uma transferência de sigilo entre os órgãos”. O magistrado disse não ver base jurídica para que o

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho

2021

compartilhamento de dados seja impedido, pois a regra entre os órgãos responsáveis pela segurança pública é a cooperação.

O relator destacou que garantir o acesso do MP a dados de movimentações suspeitas é viabilizar o exercício de sua função constitucional. “Cabe lembrar que o órgão ministerial mantém o dever de sigilo, uma vez que o acesso é exclusivamente para fins de investigação e, constatada a prática de atividades ilícitas, adoção de medidas legais” – acrescentou.

Com relação ao compartilhamento dos relatórios, tido como controvertido pelo ministro, deve ser alertado que o STF, no final do ano de 2019, aprovou a seguinte tese de repercussão geral no RE 1.055.941:

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.

2-Tema: Justiça militar- competência segundo a Lei 13.941/201

PESQUISA PRONTA DO STJ

A Terceira Seção do STJ reafirmou que "a Lei 13.491/2017 ampliou a competência da Justiça Militar, tendo em vista que não são apenas os crimes que sejam concomitantemente previstos no Código Penal Militar e na legislação penal comum que, em virtude do princípio da prevalência da lei especial sobre a lei geral, atrairão a competência da Justiça Militar.

Assim, passa a ser da competência da Justiça Militar também qualquer crime contra civil previsto na Legislação Penal Comum (Código Penal e Leis Esparsas), desde que praticado por militar em serviço, ou no exercício da função. Inteligência da alínea 'c' do inciso II do artigo 9º do CPM".

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho

2021

O entendimento foi firmado no julgamento do CC 163.365, sob relatoria do ministro Joel Ilan Paciornik, citando entendimento do mesmo colegiado no CC 157.328, relatado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Além do entendimento acima, O STJ reuniu outros acórdãos, abordando o tema.

Clique [aqui](#) para acessar às decisões

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Na definição da competência da Justiça Militar considera-se o critério subjetivo do militar em atividade, em serviço ou não, aliado ao critério objetivo, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado. É o que vem decidindo o STJ.

No cumprimento do mister que lhe foi atribuído pela Carta magna, o Decreto-Lei n. 1.001/1969 (Código Penal Militar) define o crime militar e, conseqüentemente, a competência da Justiça Militar. No seu art. 9º, diz o que é crime militar em tempo de paz. Observe-se que, a partir do inciso II, tem-se uma definição de crime militar que traz consigo um elemento subjetivo, qual seja a condição de militar.

Conforme se observa, o próprio Código Penal Militar traz um norte de quem é o "militar em situação de atividade". Em interpretação autêntica, ele diz: "Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação dêste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às fôrças armadas, para nelas servir em pòsto, graduação, ou sujeição à disciplina militar."

Frise-se que a norma penal militar possui regramento próprio, dispendo no art. 22 do CPM, que militar é qualquer pessoa incorporada. Conceito que não se coaduna com a exigência de o militar encontrar-se "em serviço" para fins de tipificação do crime militar.

Ademais, ressalte-se que na própria Lei n. 6.880/80, em seu art. 3º, verifica-se que ao equiparar os termos acima mencionados, "em serviço" e "em atividade", a norma não teve o condão de afastar a condição de militar do agente que pratica o delito durante as férias, licença ou outro motivo de afastamento temporário de suas atividades habituais: "Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares. § 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações: a) na ativa: (...) b) na inatividade: (...)".

Uma vez que a expressão "na atividade" se contrapõe à "na inatividade", reforça-se o que se vem tentando delinear nesta decisão. Assim, a interpretação sistemática do ordenamento

Boletim Criminal Comentado 143- Junho

2021

jurídico, inclusive com dispositivos constitucionais, permite concluir no sentido de não haver confusão entre o "militar em atividade", aquele incorporado às forças armadas, e o "militar em serviço", aquele que se encontra no exercício de sua atividade militar em determinado momento específico.

Por outro lado, o termo "em serviço" está presente em alguns tipos penais militares. Nestas hipóteses sim é exigido que, no momento da conduta, o agente esteja no exercício efetivo de atividade militar. São exemplos tirados do Código Penal Militar o art. 202 (Embriaguez em serviço) e o art. 203 (Dormir em serviço).

Na jurisprudência do STF e do STJ, é possível encontrar precedentes que seguem o caminho proposto pela doutrina. Neles, é possível perceber o reconhecimento do crime militar, mesmo diante de conduta praticada por militar que não está, no momento do delito, no exercício de funções castrenses, como folga ou licença. É possível dizer, portanto, que, nestes julgados, faz-se uma distinção entre a expressão "em atividade" (agente incorporado às forças armadas) e o termo "em serviço" (no exercício efetivo de atividade militar).

Seguindo rota diametralmente oposta, também é possível encontrar precedentes, tanto do STF quanto do STJ considerando a expressão "em situação de atividade" do art. 9º, II, "a", do CPM, e o termo "em serviço" como sinônimos. Em outras palavras, exige-se, para a tipificação do crime militar e, portanto, da competência castrense, além da qualidade de militar da ativa, a prática da conduta durante o exercício efetivo do serviço militar.

Por fim, é possível observar ainda o surgimento de uma terceira corrente jurisprudencial, aparentemente intermediária. Entre o reconhecimento do crime militar e, portanto, da competência da Justiça especializada pela simples presença de dois militares da ativa nos polos ativo e passivo do crime e a exigência de que os militares estejam em serviço, propõe-se a fixação da competência na Justiça castrense, desde que cumulado com o critério subjetivo — militares da ativa — a vulneração de bem jurídico caro ao serviço e ao meio militar.

Com efeito, parece correta a adoção do critério subjetivo, considerando militar em atividade todo aquele agente estatal incorporado às Forças Armadas, em serviço ou não, aliado ao critério objetivo, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado.

De todo modo, vale o destaque de que, em muitos casos, o bem jurídico protegido pelo Código Penal Militar encontra igual guarida no Código Penal comum. Exemplo claro dessa situação é o art. 205 do CPM, que tipifica o delito de homicídio simples, tutelando, portanto, o direito à vida, também protegido pelo art. 121 do CP. Por isso, é importante ressaltar que a análise não pode se esgotar no bem jurídico tutelado pura e simplesmente. Deve-se necessariamente

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho 2021

averiguar, na situação concreta, a existência ou não de vulneração, a partir da conduta, da regularidade das instituições militares, cujo pilar constitucional se baseia em dois princípios: hierarquia e disciplina.

Por essas considerações, entende-se que, nos termos do art. 9º do CPM, sempre que a conduta tiver potencial de vulnerar a regularidade das instituições militares, deve-se reconhecer a competência da Justiça especializada (PROCESSO: HC 550.998-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 23/6/2020, DJe 26/6/2020).

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho

2021

DIREITO PENAL:

1-Tema: Inserção de informação falsa, para fins de participação em procedimento licitatório. Enquadramento como ME ou EPP. Quantitativos máximos de receita bruta. Posterior elevação de valores pela LC n. 139/2011. Aplicação retroativa. Descabimento.

PUBLICADO NO INFORMATIVO n.º. 700- STJ

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidiu, por unanimidade, que as sucessivas revisões dos quantitativos máximos de receita bruta para enquadramento como ME ou EPP, da Lei Complementar n. 123/2006, para fazer frente à inflação, não descaracterizam crimes de inserção de informação falsa em documento público, para fins de participação em procedimento licitatório, cometidos anteriormente.

A controvérsia se centrou na ocorrência de *abolitio criminis* quanto à conduta de (possível) inserção de informação falsa em documento público, para fins de participação de duas empresas em procedimento licitatório no ano de 2011, o qual previa apenas a participação de sociedades empresárias qualificadas como ME ou EPP.

Embora alterações legais posteriores tenham modificado o enquadramento das empresas, certo é que no específico ano-calendário de 2011, elas não tinham essa qualificação, falsamente atestada por seus dirigentes. Assim, alterações legais posteriores são incapazes de modificar a dinâmica fática já ocorrida, porque a conduta delitiva imputada aos réus é a falsa declaração de uma situação fático-jurídica então inexistente. Uma modificação legislativa que dê novo enquadramento ao atual regime das empresas não muda o fato de que, em 2011, a informação prestada à Administração Pública foi, em tese, falsa. (**AREsp 1.526.095-RJ**).

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

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Discussão semelhante – e que será comum nos processos por crimes em licitações e contratos administrativos - existe no caso de alteração de complemento de norma penal em branco. Temos várias correntes discutindo o tema, destacando-se:

1ª - Essa alteração, para uma primeira corrente, só tem importância na aplicação retroativa da lei penal em branco quando provoca uma real modificação da figura abstrata do direito penal, e não quando importe a mera modificação de circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma penal.

Boletim Criminal Comentado 143- Junho

2021

2ª - Temos corrente lecionando que a alteração de um complemento de uma norma penal em branco homogênea sempre teria efeitos retroativos, vez que a norma complementar, como lei ordinária que é, também foi submetida a rigoroso e demorado processo legislativo. A situação, contudo, se inverte quando se tratar de norma penal em branco heterogênea. Neste caso, a situação se modifica para comportar duas soluções. Quando a legislação complementar não se reveste de excepcionalidade, como é caso das portarias sanitárias estabelecidas das moléstias cuja notificação é compulsória, pela sua característica, se revogada ou modificada, poderá conduzir também à descriminalização. Já na legislação complementar de caráter excepcional, como no caso das portarias de ordem econômica (tabelamento de preços), pela sua característica, se revogada ou modificada, não conduz à descriminalização.

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho

2021

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – manutenção.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28-A, § 14

Autos n.º 00761xx-5x.201x.8.26.0050 – MM. Juízo da 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital

Réus: ANA MAYUMI ONO e WILIAM JOÃO BITTAR

Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – manutenção.

Cuida-se de ação penal instaurada contra ANA MAYUMI ONO e WILIAM JOÃO BITTAR, imputando-lhes o delito previsto no art. 1º, II, c.c. art. 11, *caput* e art. 12, inciso I, todos da Lei n.º 8.137/90, na forma do artigo 71 do Código Penal, conforme denúncia acostada às fls. 01/04.

Verte da peça vestibular que os denunciados, na condição de sócios proprietários e responsáveis pela administração e/ou gerência da contribuinte “PHOTOLAB DIGITAL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.”, I.E. n.º 115.404.335.111, com sede localizada, à época dos fatos, na Rua Joaquim Nabuco n.º 47 – Loja 11, Brooklin Paulista, na Cidade e Comarca de São Paulo, agindo, continuamente, em concurso e com unidade de desígnios, por meio desta pessoa jurídica, e no exercício da atividade empresarial, suprimiram e/ou reduziram o valor total de R\$ 357.681,88 (trezentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e oitenta e um reais e oitenta e oito centavos) de ICMS, mediante fraude à fiscalização tributária, consistente na inserção de elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal.

Segundo restou apurado pela fiscalização tributária, os denunciados, por si sós, ou por meio de terceiro sob suas ordens, com a intenção deliberada de iludir o pagamento de tributo,

Boletim Criminal Comentado 143- Junho

2021

no período de janeiro a dezembro de 2007, promoveram a importação de mercadorias tributadas do exterior, utilizando-se da intermediação das empresas “SAB COMPANY COM. INTERNACIONAL” (CNPJ n.º 05.994.774/0001-07), “SAB COMPANY COM. INTERNACIONAL” (CNPJ n.º 01.780.688), e “SIDMEX INTERNACIONAL LTDA.” (CNPJ n.º 05.655.506/0002-33).

Na posse dos documentos fiscais relacionados no demonstrativo de fls. 13, os denunciados escrituraram, ou fizeram escriturar, no Livro de Registro de Entradas (fls. 19/25), créditos indevidos de ICMS, sem que o tributo tivesse sido pago anteriormente em favor do fisco bandeirante, isto é, até o momento do desembarço aduaneiro das mercadorias importadas do exterior.

Vale lembrar que na operação anterior de remessa das mercadorias importadas pelas empresas intermediárias não foi gerado débito algum do imposto, motivo pelo qual não há que se falar em crédito na etapa subsequente, e dentro da sistemática de compensação ínsita ao regime do ICMS, o que reforça a presença do dolo na espécie, já que os denunciados, mesmo sabendo que não tinham direito à glosa dos créditos, apropriaram-se dos mesmos.

Na condição de sócios proprietários e administradores da contribuinte autuada, os denunciados estavam à frente dos negócios, tinham conhecimento da rotina, dinâmica e da atividade financeira do estabelecimento. Eram responsáveis diretos e/ou imediatos pela lisura das informações prestadas ao fisco, bem como pela emissão dos documentos fiscais obrigatórios e pelo recolhimento dos tributos devidos. Reservavam para si o poder de decisão final, sendo, portanto, capazes de impedir a ocorrência do resultado. Enfim, detinham o chamado “domínio do fato” e/ou controle finalístico da ação delituosa.

Após o exaurimento da via administrativa, o débito fiscal foi inscrito, definitivamente, em dívida ativa no dia 07 de julho de 2015, conforme CDA de n.º 1.183.109.271.

O alto valor sonegado causou grave prejuízo à coletividade, uma vez que o imposto suprimido e/ou reduzido deixou de ser alocado como receita no orçamento público do estado

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho 2021

de São Paulo e, em consequência, deixou de ser aplicado em áreas essenciais à população bandeirante, tais como: saúde, educação, segurança, entre outras.

As infrações são da mesma espécie e, em razão da similitude temporal, espacial e modal, as subseqüentes devem ser havidas como continuação da primeira.

Ouidos em solo policial, os denunciados não assumiram integralmente os fatos que lhes foram imputados (fls. 87/90).

A denúncia foi recebida (fls. 159).

A Ilustre Defesa apresentou resposta à acusação (fls. 194/222). Foi designada audiência de instrução e julgamento (fls. 279).

Foi determinada a redistribuição dos autos uma das Varas Especializadas de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital (fls. 297).

O MM. Juiz instou o Ministério Público a se manifestar nos termos do art. 28-A do CPP (fls. 316).

O Douto Promotor de Justiça, entendendo cabível o benefício, formulou a proposta de fls. 320/321, consignando, na seqüência, que estava em tratativas com os réus para celebração da avença (fls. 364).

Na seqüência, o Ilustre Representante Ministerial afirmou ter havido recusa tácita dos denunciados quanto à efetivação do acordo de não persecução penal (fls. 374).

Instada pelo D. Juízo, a Ilustre Defesa informou que a proposta de acordo não se adequa às condições econômicas dos acusados e que o pagamento do débito teria que envolver a Fazenda Pública para extinção total da dívida (fls. 384/386).

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho

2021

O Douto Promotor natural, então, consignou que não houve recusa do *Parquet* em celebrar o acordo, que apenas não foi celebrado porque os acusados alegaram falta de condições financeiras e exigiram a extinção total da dívida perante a Fazenda Pública (fls. 414).

A requerimento da Defesa, foi aplicado o disposto no art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (fls. 417/418).

É o relato do necessário.

A razão se encontra com o Douto Promotor de Justiça, com a devida vênia da Ilustre Defesa.

É preciso sublinhar, também, 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.

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho 2021

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.

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**:

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho

2021

- (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

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho 2021

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:

- (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.

Conforme se observa dos autos, não houve **confissão formal e circunstanciada dos fatos** pelos acusados.

Isto porque, ouvidos em solo policial, ANA e WILIAM não assumiram integralmente os fatos que lhe foram imputados (fls. 87/90).

Em Juízo, devidamente dotados de defesa técnica adequada, também não ofereceram confissão e pleitearam absolvição sumária (fls. 194/222).

Ausente, portanto, requisito de ordem **objetiva** para o aventado acordo processual.

Nesse sentido, posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CÓDIGO PENAL – CP. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Conforme estabelece o art. 619 do Código de Processo Penal – CPP, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de correção de omissão, obscuridade, ambiguidade ou

contrariedade do decisum embargado. Na espécie, o acórdão embargado não ostenta nenhum dos aludidos vícios.

2. A aplicação do disposto no art. 28-A do CPP, referente à proposição do acordo de não persecução penal, não foi matéria vertida nas razões do recurso especial, caracterizando indevida inovação recursal, o que torna inviabilizada a conversão do julgamento em diligência.

3. Ainda que assim não fosse, observa-se que, **para aplicação do instituto do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), é necessário que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal, o que não aconteceu no presente caso.** Ademais, há a exigência que a pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, no caso, a soma das penas mínimas previstas aos delitos imputados ao embargante (arts. 180, caput, 304 c/c 297 e 311 do CP) ultrapassa o mínimo exigido.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.414 – RJ, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 23 de junho de 2020) – g.n.

Inexistindo tal formalidade, não há para o Ministério Público dever de intimar o acusado a fim de lhe conferir oportunidade para que confesse o fato.

Mas não é só.

Os autos vieram a esta Procuradoria-Geral de Justiça, em razão do disposto no § 14 do artigo 28-A do CPP, que preconiza:

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:

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Contudo, conforme se depreende dos autos, o Ilustre Promotor natural não descartou o cabimento do novo instituto de Justiça Negocial aos denunciados. Ao contrário, formulou a proposta estipulando, dentre outras, a condição de reparação do dano causado pelo delito (cf. fls. 320/321)

No entanto, a Ilustre Defesa sustentou que a proposta não se adequa às condições econômicas dos acusados e destacou que o acordo somente seria viável se importasse na extinção integral do débito perante a Fazenda Pública (cf. fls. 384/386).

De se destacar que, comentando o artigo 28-A, inciso I, do CPP, acrescentado pela Lei n. 13.964/19, os professores ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO lecionam:

“Na linha de outros instrumentos despenalizadores, o ANPP prestigia a vítima, colocando a reparação do dano ou restituição do objeto do crime como condição para o ajuste. Certamente, haverá discussão quanto à possibilidade de o ajuste abranger (ou não) o dano moral. Para uma corrente, o dano moral, por guardar íntima relação com a dor e o sofrimento experimentado pela vítima, não encontraria, no processo penal, o *locus* adequado para debate. Para outros, com os quais concordamos, embora reconhecendo a dificuldade em se estabelecer o *quantum*, não afastam, de plano, essa possibilidade, dependendo sempre da cuidadosa análise do caso concreto, em especial, da gravidade do ilícito, da intensidade do

Boletim Criminal Comentado 143- Junho

2021

sofrimento, da condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa, etc., bem como a utilização dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares. Na seara da justiça consensual, tais dificuldades ficam quase que superadas, pois o valor a título de dano moral será discutido com a efetiva participação do ofensor.” (Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados”, editora Juspodivm, 4ª edição, pág. 185)

Na mesma senda, sobre a necessidade de reparação do dano, RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL preconiza:

“Talvez essa seja uma das condições mais importantes do acordo de não persecução penal, uma vez que dá voz e vez à vítima na persecução penal, reforçando o forte movimento atual de redescobrimto da vítima. É certo que a pretensão de Justiça que deve ser ínsita a toda a persecução penal não é realizada a plenos pulmões sem a devida atenção à vítima, que se dá de uma forma bastante relevante por meio da reparação do dano” (Leis Penais Especiais Comentadas, Editora JusPodium, 3ª edição, pág. 2188)

De fato, condição basilar para a celebração do acordo de não persecução penal, em crimes como o apurado nestes autos, é a integral reparação do dano causado ao ente público lesado com a conduta delituosa.

Pelos objetivos e finalidades do instituto, o Ministério Público não deve abrir mão dessa condição e nem a substituir por outra que, à toda evidência, não atenderia ao que é necessário e suficiente para prevenção e reprovação do ilícito cometido.

A conduta dos acusados importou em não recolhimento do ICMS, que deveria ter sido pago ao Estado de São Paulo, no importe principal de R\$ 357.681,88 (trezentos e cinquenta e

Boletim Criminal Comentado 143- Junho

2021

sete mil, seiscentos e oitenta e um reais e oitenta e oito centavos) beneficiando-se ANA e WILIAM com a ausência de recolhimento em favor da Fazenda Estadual.

Nesse cenário, não tendo havido qualquer pagamento ao ente público lesado com a conduta ilícita, não cabe ao *Parquet* abrir mão desta obrigação em total prejuízo ao postulado da obrigação de reparação do dano causado pelo delito.

Ademais, os acusados não demonstraram satisfatoriamente a impossibilidade de ressarcir o prejuízo causado com os delitos, limitando-se a alegar que a proposta de reparação de dano não está de acordo com suas condições financeiras.

Assim, com a máxima vênia da Ilustre Defesa, descabe discutir no bojo da ação penal eventuais providências adotadas na ação de cobrança de débito causado com a conduta ilícita, reservando-se tal debate ao palco adequado, qual seja, a ação de execução fiscal.

Isto porque, conforme sabido, vigora o princípio da independência entre as instâncias administrativa e criminal, no exato sentido do entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. ORDEM TRIBUTÁRIA. SUPRESSÃO E REDUÇÃO DE TRIBUTO MEDIANTE FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA, POR MEIO DA INSERÇÃO DE ELEMENTOS INEXATOS OU DA OMISSÃO DE OPERAÇÃO DE QUALQUER NATUREZA, EM DOCUMENTO OU LIVRO EXIGIDO PELA LEI FISCAL. ICMS. PRELIMINARES. DISCUSSÃO SOBRE O VALOR APURADO. JUÍZO CÍVEL OU ADMINISTRATIVO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TIPICIDADE. CONSTITUIÇÃO DEFINIIVA DO CRÉDITO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. CRIME CONSUMADO E MATERIAL. DOSIMETRIA DA PENA ESTABELECIDADA DE MODO ESCORREITO, EXCETO QUANTO À FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA.

MANUTENÇÃO. REGIME ABERTO. IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. As condutas descritas no art. 1º e no art. 2º, ambos da Lei n. 8.137/90, não se referem ao mero inadimplemento tributário tampouco a discussões sobre a sua lavratura, exigibilidade e pagamento (matérias resguardadas às searas administrativa, tributária e, até mesmo, cível), mas, sim, à caracterização de uma conduta dolosa e fraudulenta com o escopo de suprimir ou reduzir o sobredito tributo, a questionada Lei Especial buscando tutelar a ordem tributária e reprimir a sonegação fiscal e a fraude. Logo, o que se discute não é o valor apurado (matéria afeta à seara cível ou administrativa), mas sim a caracterização do crime (matéria resguardada exclusivamente à seara penal). Nesse sentido, as lições da Doutrina de José Paulo Baltazar Junior.

2. Independentemente da apuração da responsabilidade criminal da ré, dirimida, conforme acima afirmei, pelo Juízo Criminal (porque estamos diante de um crime), a dívida de valor continuará existindo, de sorte que o seu pagamento, acaso não seja voluntário, poderá ser exigido pela via cível, dada a sua autonomia e a independência entre as esferas. Apenas lembrando que somente no caso de decadência do crédito tributário poder-se-ia afastar a responsabilização criminal dada a falta de condição de procedibilidade (constituição definitiva do crédito), porque na prescrição tributária, o crédito está constituído, embora não possa mais ser cobrado via execução fiscal. **É curial a ideia de que as esferas administrativa, cível e penal são relativamente independentes,** de sorte que a superposição de círculos de ilicitude, como ocorre, por exemplo, no ilícito penal, que também será um ilícito civil e administrativo, geram repercussões nesses dois âmbitos, em termos de indenizações e medidas disciplinares, salvo quando não sejam reconhecidas causas de exclusão de ilicitude que façam coisa julgada no cível (arts. 63 e 65, ambos do Código de Processo Penal). Todavia, de um jeito ou de outro, as questões voltadas ao campo da ilicitude penal serão (como foram) mais bem avaliadas na seara do processo penal, onde vigoram princípios mais amplos de proteção ao indivíduo e de apuração do fato delituoso através da busca da verdade real, que podem, muito bem, gerar conclusões diferentes daquelas da

Boletim Criminal Comentado 143- Junho

2021

esfera cível. Precedentes do STJ (RHC 21.403/SE Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz 6ª T j. 16.12.2014 DJe 03.02.2015; AgRg no AREsp 587.848/RS Rel. Min. Jorge Mussi 5ª T j. 25.11.2014 DJe 15.12.2014 e HC 226.471/MG Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura 6ª T j. 20.03.2014 DJe 09.04.2014).

3. No que tange à ausência de tipicidade material, destaco que em se tratando de crime contra a ordem tributária, notadamente aqueles previstos no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/90 (caso dos autos), por serem crimes materiais, restou pacificado no Supremo Tribunal Federal que somente o lançamento definitivo do tributo é que torna típica e antijurídica a conduta do agente. Aliás, essa é a inteligência da Súmula Vinculante n. 24, do STF ("Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo"). (...)

(TJSP, Apelação Criminal 0009255-47.2009.8.26.0428, Rel. Des. Airtton Vieira, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, j. em 6/7/2016 – g.n.).

A nova modalidade de Justiça Negocial trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público, a quem cabe – **com exclusividade**, por força do que decorre do art. 129, I, da Constituição Federal – aferir se o acordo é suficiente e necessário para repressão e prevenção do fato bem como estipular as condições adequadas à formalização da avença.

Neste contexto, considerando que os autores do fato não promoveram a reparação do dano causado pelo delito, não comprovaram a impossibilidade de fazê-lo e discordaram de tal condição para efetivação da avença, de rigor o prosseguimento da ação penal.

Ratifica-se, assim, a recusa de oferta do pretendido benefício processual, não apenas pela falta de confissão, mas também pela ausência de reparação do dano causado pelo delito.

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 de

Boletim Criminal **Comentado** 143- Junho
2021

oferta do acordo, restituindo-se os autos ao D. Juízo competente para o prosseguimento da ação penal.

São Paulo, 27 maio de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº144, 6/2021
(semana nº 4)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Danilo Orlando Pugliesi (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal Comentado 144- Junho

2021

AVISOS

1. No boletim criminal anterior (nº.143/2021), publicamos o Aviso nº 358/2021 - PGJ-CAOCR, de 14/06/2021, e no dia 22.06.2021, foi republicado com correção, por conta do número do REsp 1.910.240-MG, anteriormente incompleto. Confira: **Clique [aqui](#) para ter acesso à publicação.**

2. A Resolução nº 1.333/2021-PGJ, de 19 de maio de 2021, instituiu o Núcleo de Apoio ao Tribunal do Júri – NAJ na estrutura do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminal – CAOCRIM. As atribuições e o objetivo do NAJ têm a finalidade de fortalecer essa atribuição e a viabilizar a interação com a Polícia Judiciária e Polícia Técnica Científica. Integram o NAJ os seguintes promotores e promotoras de justiça: Aluisio Antonio Maciel Neto (Piracicaba), Felipe Bragantini de Lima (Santa Fé do Sul), Flavia Flores Rigolo (Mogi das Cruzes), Juliana Mendonça Gentil Tocunduva (III Tribunal do Júri da Capital), Luiz Carlos Ormeleze (Itu), Rodrigo Merli Antunes (V Tribunal do Júri da Capital), Rogerio Leao Zagallo (V Tribunal do Júri da Capital), Rogerio Sanches Cunha (Assessor do CAOCrim) e Thiago Alcocer Marin (Itaquaquecetuba). O Coordenador será o Dr. Ricardo Silves, também Assessor do CAOCRIM.

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/nucleo_do_juri

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- ANPP não é cabível nas infrações penais cometidas em concurso material, formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, no somatório ou pela incidência da majorante em seu mínimo for igual ou ultrapassar 4 anos (Agr HC 201610 MC / RS, STF, 2ª. Turma, unanimidade)

Não sendo o 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 anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 28-A do CPP).

Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput do art. 28-A serão consideradas as causas de aumento e diminuição, aplicáveis ao caso concreto (§1º.).

Portanto, tomando como norte a pena mínima abstratamente cominada ao delito, presente causa de aumento variável, deve-se utilizar a menor fração; no caso de diminuição variável, a maior fração. Imaginemos causa de aumento variando de 1/6 a 2/3. Temos que aplicar o aumento de 1/6; se de diminuição, a fração de 2/3. Só assim o operador chega na pena mínima abstratamente possível para a infração penal em tese praticada pelo investigado.

E o concurso de crimes? Também deve ser considerado para aferir a pena mínima em abstrato, não se aplicando no caso o espírito presente no art. 119 do CP.

Em suma, se em razão do concurso material, do concurso formal ou da continuidade delitiva a pena mínima em abstrato não ficar aquém de quatro anos, não cabe o ANPP. Nesse mesmo sentido decidiu recentemente o STF.

Clique [aqui](#) para acessar à decisão monocrática do relator Ricardo Lewandowski, confirmada pela Segunda Turma do STF, por unanimidade.

2- Resolução n.º 23.640, do Tribunal Superior Eleitoral, sobre apuração de crimes eleitorais:

Clique [aqui](#)

Boletim Criminal **Comentado** 144- Junho

2021

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Ministério Público deve priorizar tramitação de procedimentos decorrentes de relatórios de CPIs

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) validou regra que confere prioridade na tramitação dos procedimentos adotados pelo Ministério Público (MP) decorrentes da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Na sessão virtual concluída em 18/6, o colegiado julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5351, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra dispositivos da Lei 10.001/2000.

Em seu voto, a relatora, ministra Cármen Lúcia, observou que as CPIs têm previsão direta na Constituição Federal para investigar fatos determinados sobre os quais há presunção de interesse público. Trata-se, segundo ela, de mecanismo importante de controle da máquina pública e um dos instrumentos que conferem concretude à competência fiscalizatória do Congresso Nacional.

Para a ministra, a importância do instituto no desenho constitucional brasileiro justifica a prioridade de tramitação dos procedimentos administrativos ou judiciais dele decorrentes, atestando a proporcionalidade e a razoabilidade da previsão contida no artigo 3º da Lei 10.001/2000. Portanto, trata-se de "opção legítima do legislador em sua competência para estabelecer prioridades processuais".

Clique [aqui](#) para ter acesso à notícia.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

As Comissões Parlamentares de Inquérito reúnem poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias (art. 58, § 3º, da CF).

Neste caso, segundo dispõe a Lei no 10.001 de 4 de setembro de 2000, os Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional encaminharão o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito e a resolução que o aprovar, aos chefes do Ministério Público da União ou dos Estados, ou ainda, às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência.

A autoridade a quem for encaminhada a resolução informará ao remetente – CPI -, no prazo de 30 dias, as providências adotadas ou a justificativa pela omissão. Não bastasse, deverá a autoridade que presidir o processo ou procedimento instaurado em decorrência de conclusões da CPI

Boletim Criminal Comentado 144- Junho

2021

comunicar, semestralmente, a fase em que se encontra, até a sua conclusão. O descumprimento dessas regras sujeita a autoridade responsável a sanções administrativas, civis e penais.

Por fim, o processo ou procedimento acima referido, terá prioridade sobre qualquer outro, exceto sobre aquele relativo a pedido de habeas corpus, habeas data e mandado de segurança.

No julgamento em comento, a relatora acolheu o pedido da PGR relativo à parte que cria determinações ao Ministério Público, declarando inconstitucionais as expressões “no prazo de trinta dias” e “ou a justificativa pela omissão” previstas em trechos da lei acima citados. Em seu entendimento, ao dispor sobre novas atribuições, os dispositivos usurpam iniciativa reservada pela Constituição ao presidente da República para tratar de normas gerais sobre organização do MP e adentram em matéria reservada a lei complementar de iniciativa do chefe do Ministério Público estadual.

Ainda de acordo com a Min. Cármen Lúcia, as regras ofendem a autonomia e a independência do Ministério Público, asseguradas na Constituição.

2- Tema: Recebimento da denúncia. Réu diplomado deputado estadual. Ausência de citação. Apresentação de defesa escrita. Absolvição sumária ou retratação da decisão de recebimento da denúncia. Necessidade de análise. Art. 6º da Lei n. 8.038/1990. Entendimento do STF.

STJ – PUBLICADO NO BOLETIM INFORMATIVO Nº. 701

No caso, o réu foi denunciado perante a Justiça Federal de primeira instância. Após o recebimento da denúncia pelo magistrado singular, em 22/9/2006, e antes de sua citação, foi diplomado deputado estadual, o que motivou a remessa dos autos ao TRF da 1ª Região. Por isso, a Corte Regional determinou sua citação para apresentar a defesa prévia a que se refere o art. 8º da Lei n. 8.038/1990, no prazo de 5 dias.

Quando a denúncia foi recebida, em 22/9/2006, a legislação processual não havia passado pelas grandes reformas ocorridas no ano de 2008.

Antes da reforma introduzida pela Lei n. 11.719/2008, o legislador diferenciava profundamente o rito comum ordinário daquele aplicável às ações penais originárias. No primeiro, a apreciação das teses defensivas era feita somente na sentença, enquanto no procedimento da Lei n. 8.038/1990 o primeiro ato decisório na tramitação da ação penal já confronta, de imediato, pelo menos os pedidos de rejeição da denúncia ou absolvição sumária do réu.

A Lei n. 8.038/1990 prevê dois momentos defensivos com objetivos próprios. No primeiro deles, o réu é notificado, após o oferecimento da denúncia, para responder à acusação no prazo de 15 dias

Boletim Criminal **Comentado** 144- Junho

2021

(art. 4º), com o objetivo de buscar a rejeição da exordial ou sua improcedência (art. 6º). Recebida a denúncia, aí sim é que ocorre a citação do acusado, para apresentação de defesa prévia em 5 dias (art. 8º da Lei n. 8.038/1990).

Afastar a aplicação dos arts. 4º e 6º da Lei n. 8.038/1990 teria o efeito prático de anular a diferenciação legislativa entre o rito comum ordinário pré-2008 e o rito das ações originárias - distinção esta que, com concordância ou discordância, é real.

Consoante o entendimento do STF, "recebida a denúncia antes de o réu ter sido diplomado como Deputado Federal, apresentada a defesa escrita, é de ser examinada a possibilidade de absolvição sumária, segundo a previsão do art. 397 do Código de Processo Penal, mesmo que o rito, por terem os autos sido remetidos ao Supremo Tribunal Federal, passe a ser o da Lei 8.038/90" (AP 630 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2011, DJe 22/3/2012).

Destarte, caberá ao Tribunal de origem apreciar a possibilidade de absolvição sumária (ou reconsideração da decisão do juiz de primeiro grau que recebeu a denúncia), na forma do art. 6º da Lei n. 8.038/1990. Caso rejeite as alegações defensivas, aí sim o réu deverá ser notificado para apresentar a defesa prévia do art. 8º da mesma Lei ([AREsp 1.492099-PA](#)).

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Não somente na Lei 8.038/90, mas também no próprio Código de Processo Penal (art. 514), ao dispor sobre os crimes de responsabilidade do funcionário público, sendo afiançável o delito, impõe a prévia notificação do acusado para que responda aos termos da acusação. Somente a partir dessa resposta é que o juiz, na exata dicção do art. 516 do código, irá analisar sobre o recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa. Trata-se de providência adotada pelo legislador com o objetivo de proteger não o funcionário, mas a própria Administração Pública, razão pela qual cerca o procedimento dessa cautela.

Há quem defenda que esse rito, permitindo uma manifestação do denunciado antes do recebimento da inicial (com o propósito de convencer o magistrado a rejeitar a denúncia) e outra depois do recebimento (com a finalidade de persuadir o juiz a julgar antecipadamente a lide, absolvendo o réu) é o mais adequado. A ratio legis vem bem-apanhada na obra de Antonio Scarance Fernandes, quando propõe a adoção de um procedimento-modelo (ou procedimento- tipo) para o processo penal. Salaria o autor que "sem uma prévia investigação do fato e da autoria, há o risco de acusações infundadas e apressadas. Após ser formulada a acusação e antes de ser ela admitida, deve-se proporcionar ao acusado um momento inicial para reagir à imputação e convencer o juiz de que o processo não deve ter seguimento. Se aceita a acusação, para um julgamento justo, importa haver uma etapa especial para as partes demonstrarem a veracidade de suas afirmações e, com bases nessas, exporem os argumentos favoráveis às suas teses [...] Em

Boletim Criminal Comentado 144- Junho

2021

suma, a etapa prévia de investigação foi a maneira que o direito processual penal encontrou para haver uma acusação justa e para evitar imputações apressadas” (Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal, RT: São Paulo, 2005, pp. 64-5).

Também Maria Thereza Rocha de Assis Moura ressalta a importância desse cuidado, ao destacar: “temos para nós que seria de grande valia, tanto para a preservação da liberdade jurídica do indivíduo como para a segurança da sociedade, a ocorrência de uma análise prévia da legitimidade da denúncia ou queixa, arrimada não só nas questões de Direito, como também nos elementos ou peças de informação, colhidos na fase investigatória” (Justa causa para a ação penal – doutrina e jurisprudência, RT: São Paulo, 2001, p. 236).

O Congresso chegou a “flertar” com essa tese, mais precisamente no Projeto de Lei nº 4.203/01, que tratava do procedimento do júri, o qual previa verdadeira instrução criminal antes do recebimento da inicial. A inovação não vingou, mantendo-se o modelo tradicional, com a oferta da denúncia ou queixa, sua rejeição ou recebimento e, nesta última hipótese, citação do réu, seguindo-se o regular trâmite do feito, já conhecido.

Importante recordar, nesse tanto, a Súmula 330 do STJ, aplicada aos crimes funcionais, diz ser desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial. Esse enunciado, como já alertamos em estudos pretéritos, nunca foi seguida pela maioria dos ministros do STF. O caso em comento demonstra bem essa fissura entre os dois Tribunais Superiores.

Boletim Criminal **Comentado** 144- Junho

2021

DIREITO PENAL:

1-Tema: 2ª.T do STF decide que representação no crime de estelionato deve retroagir

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por unanimidade, que a alteração no Código Penal que tornou necessária a manifestação da vítima para o prosseguimento de acusação por estelionato pode retroagir para beneficiar o réu. O entendimento se formou no julgamento do Habeas Corpus (HC) 180421, com relatoria do ministro Edson Fachin, no qual também se determinou o trancamento da ação penal aberta pelo Ministério Público (MP) contra o acusado.

Venda de automóvel

O impetrante do HC é o dono de uma revendedora de automóvel, e o caso discute a venda de um carro deixado com ele em regime de consignação. Na época dos fatos, o MP podia apresentar denúncia mesmo sem expressa vontade da vítima. Porém, alteração no parágrafo 5º do artigo 171 do Código Penal, introduzida pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), condicionou o prosseguimento do processo à manifestação do prejudicado contra o suposto estelionatário.

Não interesse

O julgamento foi retomado com o ajuste de voto do ministro Gilmar Mendes, em razão de discussão sobre a tipicidade do delito diante de termo tratado entre as partes em que se acertou a devolução do bem e o estorno do valor pago. O acordo, promovido antes do recebimento da denúncia pelo juízo de primeiro grau, atesta a quitação do veículo e foi comunicado à autoridade policial.

Para o ministro, o caminho mais adequado, nesse caso, é considerar o termo de quitação como indicativo objetivo e seguro do não interesse da vítima na persecução penal. A retração via acordo e a inovação legislativa no Código Penal implicam, a seu ver, o trancamento do processo penal, em razão da ausência de procedibilidade.

Dessa forma, o ministro seguiu, em parte, o voto do ministro Nunes Marques, na sessão anterior do julgamento, no sentido de conceder o habeas corpus e trancar a ação, como consequência.

Novo entendimento

A ministra Cármen Lúcia lembrou que a Primeira Turma havia decidido o tema de forma diferente, mas levou em consideração, no caso, o princípio da máxima efetividade do Direito e das garantias

Boletim Criminal Comentado 144- Junho

2021

individuais, reconhecendo a natureza mista (material e processual) da alteração legislativa, e, por isso, fundamentou seu voto no princípio da norma penal mais benéfica ao acusado.

Apesar de chegar à mesma conclusão pela concessão do HC, o ministro Ricardo Lewandowski ponderou que o caso trata de conflito de natureza civil, pois, com a celebração do acordo, não há dolo. Para ele, instigar a vítima a apresentar representação é comportamento proibido no Direito. Portanto, sugeriu o trancamento da ação com base na ausência de justa causa. ([HC 180421](#)).

Clique [aqui](#) para ter acesso ao andamento do processo.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

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. Contudo, o MPSP, desde o início da vigência da Lei 13.964/19, diferencia 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.

A 5ª e a 6ª Turmas chegaram a divergir a respeito da retroatividade da norma:

“[...] Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu.

Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade”.²

² HC 573.093/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09/06/2020.

Boletim Criminal Comentado 144- Junho

2021

“4. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que essa não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia. 5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão”.³

Mas, em decisão proferida em 24 de março de 2021, a Terceira Seção do tribunal dirimiu a divergência: a necessidade de representação retroage apenas nos casos em que a denúncia não tenha sido oferecida:

“A controvérsia aborda a retroatividade ou não da Lei n. 13.964/19, também conhecida por Pacote Anticrime, no que toca ao seu aspecto alterador da natureza jurídica da ação penal no delito de estelionato (art. 171 do Código Penal). A ação que era pública incondicionada, como cediço, passou a exigir a representação da vítima, como condição de procedibilidade, tornando-se, assim, ação pública condicionada à representação.

A celeuma então se instalou em relação àquelas ações penais já instauradas: seria a norma retroativa? A representação da vítima seria também condição de prosseguibilidade? Ou em outros termos, a vítima, quando já instaurada a ação penal, precisa comparecer em juízo para apresentar a sua representação?

A retroatividade da norma que previu a ação penal pública condicionada, como regra, no crime de estelionato, é desaconselhada por, ao menos, duas ordens de motivos.

A primeira é de caráter processual e constitucional, pois o papel dos Tribunais Superiores, na estrutura do Judiciário brasileiro é o de estabelecer diretrizes aos demais Órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, verifica-se que o STF, por ambas as turmas, já se manifestou no sentido da irretroatividade da lei que instituiu a condição de procedibilidade no delito previsto no art. 171 do CP.

Em relação ao aspecto material, tem-se que a irretroatividade do art. 171, §5º, do CP, decorre da própria mens legis, pois, mesmo podendo, o legislador previu apenas a condição de

³. HC 583.837/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04/08/2020.

Boletim Criminal Comentado 144- Junho

2021

procedibilidade, nada dispondo sobre a condição de prosseguibilidade. Ademais, necessário ainda registrar a importância de se resguardar a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito (art. 25 do CPP), quando já oferecida a denúncia.

Oportuno assinalar, ainda, que prevalece, tanto neste STJ quanto no STF, o entendimento no sentido de que "a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, não exige maiores formalidades, sendo suficiente a demonstração inequívoca de que a vítima tem interesse na persecução penal. Dessa forma, não há necessidade da existência nos autos de peça processual com esse título, sendo suficiente que a vítima ou seu representante legal leve o fato ao conhecimento das autoridades". (AgRg no HC 435.751/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 04/09/2018)".⁴

No mesmo sentido a 1ª.T do STF:

"Não retroage a norma prevista no § 5º do art. 171 do Código Penal (CP) (1), incluída pela Lei 13.964/2019 ("Pacote Anticrime"), que passou a exigir a representação da vítima como condição de procedibilidade para a instauração de ação penal, nas hipóteses em que o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor do novo diploma legal.

A norma processual anteriormente vigente definia a ação penal para o delito de estelionato, em regra, como pública incondicionada. Desse modo, nos casos em que já oferecida a denúncia, tem-se a concretização de ato jurídico perfeito, o que obstaculiza a interrupção da ação penal.

Por outro lado, por tratar-se de "condição de procedibilidade da ação penal", a aplicação da regra prevista no § 5º do art. 171 do CP, com redação dada pela Lei 13.964/2019, será obrigatória em todas as hipóteses em que ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Parquet, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do art. 2º, do Código de Processo Penal (CPP) (2). Entendimento diverso demandaria expressa previsão legal, pois se estaria transformando a "representação da vítima", clássica condição de procedibilidade, em verdadeira "condição de prosseguibilidade da ação penal", alterando sua tradicional natureza jurídica. A representação da vítima somente estaria dispensada nas situações expressamente previstas no §5º do art. 171 do CP, uma vez que outros bens jurídicos estariam afetados.

Trata-se, no caso, de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática de indeferimento liminar de outro writ no Superior Tribunal de Justiça. Em face da singularidade da matéria, da sua relevância, da multiplicidade de habeas corpus sobre o mesmo tema e da necessidade de sua

⁴. HC 610.201/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 24/03/2021.

Boletim Criminal **Comentado** 144- Junho

2021

definição, a Primeira Turma superou a Súmula 691 para conhecer da impetração. Entretanto, ante a inexistência de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia, indeferiu a ordem”.⁵

2- Tema: Homicídio. Dolo eventual. Qualificadoras objetivas do art. 121, § 2º, III e IV, do Código Penal. Compatibilidade.

STJ – PUBLICADO NO BOLETIM INFORMATIVO Nº. 701

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal oscila a respeito da compatibilidade ou incompatibilidade do dolo eventual no homicídio com as qualificadoras objetivas (art. 121, § 2º, III e IV).

Destaca-se que aqueles que compreendem pela referida incompatibilidade escoram tal posição na percepção de que o autor escolhe o meio e o modo de proceder com outra finalidade, lícita ou não, embora seja previsível e admitida a morte.

Tal posicionamento, retira, definitivamente do mundo jurídico, a possibilidade fática de existir um autor que opte por utilizar meio e modo específicos mais reprováveis para alcançar fim diverso, mesmo sendo previsível o resultado morte e admissível a sua concretização. Ainda, a justificativa de incompatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras objetivas, inexistência de dolo direto para o resultado morte, se contrapõe à admissão no STJ de compatibilidade entre o dolo eventual e o motivo específico e mais reprovável (art. 121, § 2º, I e II, do CP).

Com essas considerações, elege-se o posicionamento pela compatibilidade, em tese, do dolo eventual também com as qualificadoras objetivas (art. 121, § 2º, III e IV, do CP). Em resumo, as referidas qualificadoras serão devidas quando constatado que o autor delas se utilizou dolosamente como meio ou como modo específico mais reprovável para agir e alcançar outro resultado, mesmo sendo previsível e tendo admitido o resultado morte. ([REsp 1.836.556-PR](#))

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A compatibilidade do dolo eventual e as qualificadoras do homicídio sempre foi objeto de debate nos Tribunais Superiores. Depois de admitir, por longo tempo, a compatibilidade absoluta, os Tribunais começaram a negá-la por completo. A jurisprudência passou a oscilar e, agora, o STJ reconhece coexistência no caso de qualificadoras objetivas. Curioso é que o STJ restringe aos incs. III e IV do §2º, do art. 121. O que interpretar dessa restrição? Os demais incisos indicam circunstâncias subjetivas? Parece-nos, aqui, uma falha. É que as circunstâncias qualificadoras dos

⁵ HC 187.341/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/10/2020.

Boletim Criminal Comentado 144- Junho

2021

incs. VI (feminicídio) e VIII (emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido) certamente também são, havendo divergência quanto ao homicídio funcional (inc. VII).

Mais especificamente com relação ao feminicídio, de fato, no início, havia discussão sobre a natureza da qualificadora: se subjetiva ou objetiva. A decisão pioneira no sentido de ser objetiva veio do TJ DFT:

“A inclusão da qualificadora agora prevista no art. 121, § 2º, inciso VI, do CP, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratio essendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido.”⁶

O STJ tem seguido o mesmo passo, com decisões semelhantes em ambas as Turmas com competência criminal:

“2. Não há dúvidas acerca da natureza subjetiva da qualificadora do motivo torpe, ao passo que a natureza do feminicídio, por se ligar à condição especial da vítima, é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea. 3. É inviável o afastamento da qualificadora do feminicídio mediante a análise de aspectos subjetivos da motivação do crime, dada a natureza objetiva da referida qualificadora, ligada à condição de sexo feminino.”⁷

⁶. Acórdão n.904781, 20150310069727RSE, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 105.

⁷. REsp 1.739.704/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/09/2018. No mesmo sentido: AgRg no HC 440.945/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 5/6/2018.

Boletim Criminal **Comentado** 144- Junho

2021

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

Tema: definição do Foro competente para apreciar medidas protetivas de urgência, com reflexo na atribuição funcional

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos nº 0007xxx-1x.2021.8.26.0000 – Colenda Câmara Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo

Origem: Autos nº 1500136-79.2021.8.26.0197 - MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Osasco

Suscitante: Promotor de Justiça que oficia na 1ª Vara Criminal de Osasco

Suscitado: Promotor de Justiça que oficia na 2ª Vara de Francisco Morato

Assunto: definição do Foro competente para apreciar medidas protetivas de urgência, com reflexo na atribuição funcional

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Osasco em face do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Francisco Morato, nos autos do pedido de medida protetiva na forma da Lei nº 11.340/06, formulado por *S.M.* contra *F.B.R.*.

Segundo consta, em diferentes períodos do dia 23/01/2021, *Sueli* foi agredida por *F.* com socos na cabeça e golpes em seu rosto, bem como ameaçada de morte. Conforme boletim de ocorrência de fls. 01/04, tais agressões ocorreram na Comarca de Francisco Morato, residência do autor.

Apurou-se, também, que no dia 25/01/2021, a vítima sofreu novas ameaças de morte na cidade de Osasco – SP, onde reside, pessoalmente e por aplicativo de mensagens.

O Culto Magistrado da 2ª Vara de Francisco Morato, argumentando que a vítima escolheu o seu atual domicílio como foro para demandar a ação, nos moldes do art. 15, I e III da Lei

Boletim Criminal **Comentado** 144- Junho

2021

11340/2006, deferiu as medidas protetivas de urgência e remeteu os autos para a comarca de Osasco (fls. 41/42 - proc. nº 1500136-79.2021.8.26.0197).

No destino, entretanto, a MM. Juíza oficiante suscitou conflito negativo de jurisdição, sob o argumento de que o Juízo de Francisco Morato estaria preventivo, pois deferiu as medidas protetivas (fls. 61- proc. nº 1500136-79.2021.8.26.0197).

O Egrégio Tribunal de Justiça **não conheceu** do conflito negativo de jurisdição, uma vez que sequer havia denúncia nos autos. Reconheceu tratar-se de conflito negativo de atribuição, cuja solução compete ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 10, X, da Lei Orgânica do Ministério Público, vindo então os autos a esta Chefia Institucional (fls. 12/17, autos n. 0007427-19.2021.8.26.0000).

É o relato do necessário.

Pois bem.

Inicialmente, cumpre destacar que não se trata, propriamente, de conflito negativo de atribuição, tendo em vista que os Doutos Promotores de Justiça oficiantes não declinaram de atuar no caso concreto. Contudo, considerando que a matéria foi levada ao conhecimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinou a remessa a esta Chefia Institucional para dirimir a questão, passa-se, desde logo, a analisar a qual membro ministerial incumbe atuar no presente feito.

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, devendo tão somente dirimir o conflito para estabelecer a quem incumbe a responsabilidade de oficiar nos autos.

No presente caso, consta do histórico do boletim de ocorrência que a vítima sofreu agressões tanto na cidade de Francisco Morato (foro de residência do réu), quanto em Osasco (foro de sua residência):

Boletim Criminal **Comentado** 144- Junho

2021

"Em diferentes períodos do dia 23/01/2021, em uma casa instalada na Rua Ruben Braga, nº. 744, na cidade de Francisco Morato-SP, local onde antes morava com Fabiano, o qual ali ficou residindo, Fabiano a agrediu com socos na cabeça, com golpes deferidos em seu rosto com uma bolsa, jogando-a ao chão e fazendo-a bater a cabeça em um guarda roupas, agressões estas que causaram-lhe lesões corporais.

(...)

Na noite de ontem e no decorrer do dia de hoje, através de ligações que fez em seu telefone celular, por meio de mensagens e áudios que enviou através do aplicativo WhatsApp e **também pessoalmente, quando foi até a frente de seu domicílio, Fabiano proferiu contra sua pessoa novas ameaças de morte**, que foram presenciadas por Emerson Rodrigo dos Santos, filho da dona da casa onde mora, o qual ainda disse que naquela oportunidade, ou seja, quando foi em frente a seu domicílio, Fabiano estaria portando uma arma de fogo." (fls. 02)

Dessa forma, tendo em vista que os fatos criminosos se consumaram nas Comarcas de Osasco e de Francisco Morato, ambas são igualmente competentes, nos termos do art. 70, "caput", do CPP.

Contudo, releva notar que o Egrégio Juízo da 2ª Vara do Foro de Francisco Morato **deferiu medidas protetivas de urgência em favor da vítima**, conforme r. decisão de fls. 41/42 dos autos de origem.

Nesse sentido, inegável a prevenção do r. Juízo que primeiro conheceu dos fatos com a prolação de decisão, aplicando-se à hipótese, o art. 83 do CPP que dispõe:

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa,

ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

Comentando o dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci exemplifica:

“ato do processo é a decisão jurisdicional pertinente à ação penal em andamento, como ocorre com o recebimento da denúncia ou da queixa. Medida a este relativa significa a possibilidade de não haver processo instaurado e, durante a fase de investigação, o magistrado ser chamado a proferir decisão de caráter jurisdicional, como a concessão de mandado de busca e apreensão, a decretação de uma prisão preventiva ou até a decretação de uma medida assecuratória”. (Código de Processo Penal Comentado. Editora Revista dos Tribunais, 13ª Edição. São Paulo, 2014. Pág. 254).

Nesse mesmo sentido, julgados da Colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Inquérito Policial – Infração capitulada no artigo 213 do Código Penal – Divergência entre os juízes acerca da competência para o processamento do feito – **Medidas protetivas deferidas pelo Juízo suscitado**, inclusive, com determinação de prisão do autor – **Aplicação do artigo 83 do Código de Processo Penal, que determina a prevenção do juízo que primeiro toma conhecimento da infração e pratica qualquer ato processual** – Conflito procedente – Competência do juízo suscitado.

(TJ-SP – Conflito de Jurisdição 994.09.229923-0, Relator: Martins Pinto, Data de Julgamento: 22/11/2010, Câmara Especial, Data de Publicação: 14/02/2011 – g.n.).

Conflito negativo de jurisdição entre juízos da mesma Comarca. Ação penal que visa à apuração de crime de tráfico ilícito de

entorpecentes, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Denúncia oriunda de investigação realizada por meio de interceptação telefônica. **Medida cautelar autorizada por juízo oficiante em Vara de Plantão, distribuída ao Juízo Suscitante. Prevenção verificada.** Inteligência do artigo 83 do Código de Processo Penal. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitante.

(TJ-SP - CJ: 0013735-47.2016.8.26.0000, Relator: Ana Lucia Romanhole Martucci, Data de Julgamento: 19/09/2016, Câmara Especial, Data de Publicação: 20/09/2016 – g.n.).

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - **Medida protetiva de urgência (Lei Maria da Penha)** distribuída antes de inquérito policial instaurado para apuração dos mesmos fatos - **Competência definida pela precedência da distribuição - Inteligência do art. 75 do CPP** - Conflito conhecido - Competência do Juízo Suscitante (1ª Vara Criminal de Itaquaquecetuba).

(TJSP, CONFLITO DE JURISDIÇÃO nº 0022178-45.2020.8.26.0000 Comarca: Itaquaquecetuba (Autos nº 1500313-62.2019.8.26.0278), Rel. GUILHERME G. STRENGER, julgado em 26/10/2020)

Em face do exposto, conhece-se deste incidente para dirimi-lo, declarando-se que a atribuição de oficiar nos autos incumbe à Ilustre Representante Ministerial que oficia perante a 2ª Vara do Foro de Francisco Morato, para onde deverão retornar os autos.

Determina-se, para tanto, o retorno do feito à origem, a fim de que o MM. Juízo providencie o correto encaminhamento do expediente.

A designação de outro Representante Ministerial, na hipótese vertente, afigura-se desnecessária, haja vista não se vislumbrar qualquer menoscabo ao princípio da independência funcional, mesmo porque a Douta Promotora de Justiça oficiante na 2ª Vara de Francisco Morato não declinou de sua atribuição.

Boletim Criminal **Comentado** 144- Junho
2021

Protocolize-se esta decisão nos autos do conflito de jurisdição, não conhecido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (autos n. 0007427-19.2021.8.26.0000), e, também, nos autos de origem (autos n. 1500136-79.2021.8.26.0197), para conhecimento de ambas as Instâncias.

São Paulo, 11 de junho de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 145, 7/2021

(semana nº 1)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Danilo Orlando Pugliesi (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

AVISO

Aviso nº 389/2021 - PGJ-CAOCR, de 30/06/2021

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e por solicitação do Secretário de Políticas Criminais, AVISA aos senhores Procuradores e Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo que houve revisão de entendimento anterior para constar que, no âmbito da Comarca da Capital, a competência das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher prevalece sobre a competência do SANCTVS para crimes contra a dignidade sexual com vítimas do sexo feminino de qualquer idade, tornando sem efeito o AVISO Nº 517/2020-PGJ-CAOCrim.

Clique [aqui](#) para ter acesso à publicação

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Modelo de Carta Testemunhável visando ao processamento de agravo em execução

Carta testemunhável é recurso cabível contra decisão que não recebe ou nega seguimento a um outro recurso. Ou, para utilizar os termos empregados pelo legislador, tem cabimento a carta testemunhável: I) da decisão do juiz a quo que denegar o recurso ou II) da que, embora admitindo o recurso, obstar à sua expedição e seguimento para o juízo ad quem.

Não importa, outrossim, o motivo da denegação do recurso: se intempestivo, se reconhecida falta de legitimidade ou interesse ao recorrente, se incabível no caso concreto, etc. Uma vez denegado o recurso, tem cabimento a carta testemunhável.

Mas qual recurso admite a carta testemunhável quando denegado ou não lhe sendo dado seguimento? Entende-se que tais recursos são o recurso em sentido estrito e o agravo em execução. O protesto por novo júri se incluía nesse rol, mas foi extinto pela Lei n. 11.689/2008.

De se ver, porém, que o art. 639 não aponta quais os recursos que, obstaculizados, autorizariam o manejo da carta testemunhável. Já o art. 641 menciona, apenas, o recurso em sentido estrito e o recurso extraordinário. Trata-se de criação doutrinária e jurisprudencial que se baseia, fundamentalmente, num critério de exclusão, ou seja, quando inexistente um remédio específico para atacar a decisão, remanesce, então, a carta testemunhável. Assim, por exemplo, o agravo em execução, criado pela Lei nº 7.210/84 (LEP), veio em substituição a várias hipóteses em que era cabível, segundo a redação original do art. 581 do código, o recurso em sentido estrito. Por isso e à falta de previsão legal específica, é que se admite a carta testemunhável para atacar decisão que não recebe (ou nega seguimento) ao agravo. O regimento interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, em seu art. 814, inc. I, prevê expressamente o cabimento desse recurso para as hipóteses de agravo em execução.

Assim, se o juiz não recebe um desses recursos ou, se depois de recebidos, não lhes dá seguimento (v.g., na situação prevista no art. 806, § 2º, parte final), tem cabimento a carta testemunhável.

Discute-se se a carta testemunhável, efetivamente, teria a natureza jurídica de recurso. Parte da doutrina responde afirmativamente a tal indagação (Ada, Magalhães e Scarance, ob. cit., p. 209; José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, p. 292;) e, outra parte, principalmente os mais antigos, entende que se trata, em verdade, de um simples remédio ou providência, sem a conotação de recurso, já que seu único objetivo é de levar a notícia, à superior instância, de que um recurso não foi recebido ou não prosseguiu (nesse sentido, Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, vol. 2, p. 387).

Boletim Criminal Comentado 145- Julho 2021

O entendimento que nos afigura mais correto, sem dúvida, é aquele que vê na carta testemunhável a natureza jurídica de um recurso. Afinal, há um gravame, um inegável prejuízo ao recorrente que não teve seu recurso recebido (ou que se lhe negou seguimento). Existindo, como existe, um meio para se reparar esse prejuízo, com o reexame da decisão e possibilidade de sua reforma, na mesma relação processual, a esse meio não se pode dar outra conotação senão a de verdadeiro recurso.

O prazo para o recurso, estranhamente, é fixado em horas, mais especificamente, 48 horas, contado do “despacho que denegar o recurso”. Por cochilo do legislador, se esqueceu de indicar o dies a quo quando a carta testemunhável se voltar contra decisão do juiz que, após receber o recurso, lhe nega seguimento (art. 639, inc. II, do CPP). Por analogia, contudo, se conclui que o prazo é o mesmo. Como é impossível ao interessado acompanhar, minuto a minuto, o exato momento em que o juiz profere a decisão, se instituiu, na prática, o prazo de dois dias para a interposição da carta testemunhável. E mais: na prática, na maioria das vezes, a petição é protocolada e, somente depois, enviada à conclusão. Como pode o recorrente apurar, ao certo, em que horário foi proferida a decisão que não recebeu o recurso. Daí a precisa solução alvitrada por Tourinho Filho: “se o testemunhante despachar o seu recurso com o próprio Juiz, e este, incontinenti, o denegar, pedirá ao Magistrado seja consignada a hora do despacho. Caso contrário, o prazo deve fluir a partir da intimação” (Processo Penal, vol. 2, p. 479).

A petição de interposição do recurso é dirigida ao escrivão ou ao secretário do tribunal. Quanto a este último (secretário do tribunal), se refere ao recurso extraordinário (art. 641), que não mais admite a carta testemunhável contra sua denegação, mas sim o agravo interno (art. 1.030, § 2º do Código de Processo Civil, devendo o recorrente indicar as peças que deverão ser trasladadas, isto é, enviadas para o tribunal.

O escrivão, de sua parte, não pode se negar a receber o recurso, devendo, obrigatoriamente, processá-lo. Eventual dúvida quanto ao preenchimento de seus requisitos e pressupostos, deverá ser objeto de análise pelo Tribunal, não se deferindo, aqui, o juízo de prelibação ao órgão a quo. O art. 642 do código prevê, inclusive, a imposição de sanção de ordem administrativa ao escrivão que se negar a emitir recibo dando conta da interposição do recurso ou que deixar de entregar o instrumento.

A legitimidade recursal é reconhecida àquele que teve o recurso denegado ou que, recebido o recurso, teve obstaculizado seu trâmite regular.

Interposto o recurso, o escrivão emitirá um recibo ao recorrente e, em se tratando de recurso em sentido estrito ou agravo em execução, terá o prazo de cinco dias para entrega da carta ao interessado, chamado testemunhante. Quanto ao recurso extraordinário, como já ressaltamos, o dispositivo não mais se aplica, pois qualquer óbice a seu recebimento ou prosseguimento deve ser atacado por meio de agravo interno (art. 1.030, § 2º do Código de Processo Civil).

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

A negativa em emitir o recibo ou em extrair o instrumento, sem motivo justificável, sujeita o escrivão à pena de suspensão de 30 dias, devendo seu substituto fazê-lo. Mantida a inércia, é cabível reclamação ao presidente do tribunal, a quem cumprirá avocar os autos para efeito de julgamento. O escrivão, portanto, não pode emitir nenhum juízo de valor sobre o cabimento ou não da carta testemunhável, devendo, quando pedida, sempre emitir a carta testemunhável.

Interposto o recurso e “autuado o instrumento” (ou seja, extraídas as cópias pedidas pelo recorrente), o recurso segue, segundo o art. 643, o rito previsto nos arts. 588 a 592, próprio do recurso em sentido estrito. Assim, deverá ser aberta vista à parte adversa, para que contrarie a carta testemunhável no prazo de dois dias (art. 588). Com a resposta, os autos irão ao juiz, que poderá manter ou reformar a sua decisão. Conclui-se, portanto, que a carta testemunhável possui o chamado efeito regressivo, que autoriza a reforma da decisão pelo próprio juiz que a proferiu.

Mantida a decisão que não recebeu o recurso ou que lhe negou seguimento, o tribunal, nos termos do art. 644, poderá: 1) dar provimento à carta testemunhável, determinando que o recurso seja recebido e regularmente processado em 1º grau; ou 2) conhecer a carta testemunhável e, de imediato, julgar no mérito o recurso, que teve seu seguimento obstado. Essa possibilidade atende ao princípio da economia processual que recomenda a realização dos atos judiciais com o mínimo sacrifício possível.

Ressalte-se que a carta testemunhável não tem efeito suspensivo, conforme se infere do disposto no artigo 646 do CPP. Assim, interposto o recurso, o processo principal tem regular prosseguimento. Por isso mesmo que na carta testemunhável se forma um instrumento, ou seja, são extraídas cópias das peças do processo, a fim de que o tribunal julgue com base nesses documentos, seguindo o processo de primeira instância seu curso normal. Nesse sentido: STF-RT 762/536. A justificativa ofertada pela doutrina é que eventual previsão de efeito suspensivo daria ensejo à interposição, por má-fé, de recursos desarrazoados, com a posterior oferta de carta testemunhável, que obstaría o regular andamento do processo.

Clique [aqui](#) para acessar modelo de Carta Testemunhável visando ao processamento de agravo em execução.

2- Tema: Modelo de Correição parcial em agravo de execução, em caso de decisão judicial que deixa de nomear defensor ao agravado:

Clique [aqui](#)

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

3-Tema: Uso de uniforme pelo réu preso em sessão do Tribunal do Júri

TJSP- Apelação Criminal nº 3002248-51.2013.8.26.0156

“Apelação Criminal. Homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal). Sentença condenatória. Recurso Defensivo. Pleito preliminar de reconhecimento de nulidade do julgamento em razão do uso injustificado de algemas e uniforme do presídio, durante o plenário. No mérito, argumento de que a r. decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, com requerimento de submissão do réu a novo julgamento. - Ausência de nulidade. Permite-se a utilização das algemas, devidamente justificada pelo MM. Juiz, durante o plenário perigo de fuga ou risco à integridade física do próprio réu e demais presentes. Uso de uniforme que não causou qualquer prejuízo ao réu... Preliminares rejeitadas. Recurso da Defesa improvido”.

Clique [aqui](#)

Também nesse sentido: TJSP- Apelação Criminal nº 0003377-87.2018.8.26.0635- Clique [aqui](#)

Porém, a Quinta Turma do STJ autoriza réu preso a usar suas próprias roupas no tribunal do júri

Clique [aqui](#)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.575 – MG:

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Ministro autoriza realização de audiências de custódia por videoconferência durante a pandemia

STF- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STF

Para o ministro Nunes Marques, a proibição incluída no CPP pela Lei Anticrime é desproporcional e contraria atos legislativos que favorecem medidas de isolamento social.

O ministro Nunes Marques, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu parcialmente liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6841) para autorizar a realização de audiências de custódia por videoconferência, enquanto perdurar a pandemia da Covid-19. Para o ministro, a realização da audiência presencial, no atual contexto, coloca em risco os direitos fundamentais à vida e à integridade física de todos os participantes do ato, inclusive do próprio preso. A decisão será submetida a referendo do Plenário em sessão virtual extraordinária marcada pelo presidente do STF, ministro Luiz Fux, para a 0h da próxima quarta-feira (30/6), com encerramento às 23h59 de quinta-feira (1º/7)

A ação foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) contra o parágrafo 1º do artigo 3-B do Código de Processo Penal (CPP), inserido pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Segundo a alteração, o preso em flagrante ou por mandado de prisão provisória será encaminhado a um juiz de garantias no prazo de 24 horas para uma audiência, com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado, vedado o uso de videoconferência. A liminar suspendeu a eficácia dessa vedação.

Risco de contágio

O ministro Nunes Marques verificou que a urgência do pedido está no fato de que a execução da norma implicará, necessariamente, o aumento de contatos interpessoais entre partes, advogados, magistrados, membros do Ministério Público, servidores e outros profissionais direta ou indiretamente ligados à realização de audiências presenciais. Essa circunstância, presumivelmente, aumenta os riscos de contágio pela Covid-19, conforme amplamente divulgado pelos órgãos de gestão da saúde, inclusive a Organização Mundial da Saúde.

Já a plausibilidade do pedido está em que as medidas legais que induzam o maior contato social devem estar justificadas na estrita necessidade desse contato, sob pena de serem elas irrazoáveis.

Abusividade

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

Para o ministro, o Poder Legislativo deve observar o devido processo legal, sendo-lhe vedada a edição de medidas legislativas abusivas, desproporcionais ou irrazoáveis. No caso dos autos, a seu ver, a contradição na edição da norma impugnada é um sintoma claro de abusividade.

O ministro lembrou que o Congresso Nacional tem editado muitos atos legislativos favorecendo as medidas de isolamento social. Dessa forma, não há argumento racional para exigir que as audiências de custódia sejam presenciais em qualquer caso, quando todas as demais atividades sociais e econômicas estão sujeitas à avaliação dos agentes políticos dos vários níveis federativos. As audiências, a seu ver, não apresentam nenhuma peculiaridade que justifique a adoção de solução diametralmente oposta.

Outro indício de abusividade apontado pelo ministro é o excesso. Na sua avaliação, a imposição genérica e abstrata de que todas as audiências de custódia sejam presenciais, sem nenhuma possibilidade de ajuste da norma ao contexto sanitário, é desproporcional e retira toda a competência regulatória dos governos locais, a autonomia administrativa dos tribunais e as atribuições regulamentares do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Presença

Embora a Convenção Americana sobre Direitos do Homem assegure que toda pessoa presa, detida ou retida deva ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz, a cláusula, segundo o ministro Nunes Marques, não pode ser interpretada literalmente como presença física, sobretudo durante a pandemia. Para ele, “presença” quer dizer contato em tempo real, para que o preso possa expressar diretamente ao juiz suas razões, fazer seus requerimentos e tirar as suas dúvidas.

Pandemia

O relator enfatizou, ainda, que, num contexto de normalidade, a imposição até poderia ser aceitável, pois os contatos presenciais estabelecem uma relação comunicativa mais ampla. Porém, esse não é esse o caso dos autos, uma vez que a lei foi editada no ambiente da pandemia. “A realização da audiência presencial, nesse contexto, coloca em risco os direitos fundamentais à vida e à integridade física de todos os participantes do ato, inclusive do próprio preso”, ressaltou. Segundo o ministro, o direito do preso de ser ouvido pode ser assegurado de outra maneira, sem oferecer riscos à saúde.

Leia a [íntegra da decisão](#).

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A Lei 13.964/19 criou a figura do juiz das garantias, órgão jurisdicional com a missão de acompanhar as diversas etapas da investigação. O juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido

Boletim Criminal Comentado 145- Julho 2021

reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (art. 3º-B). Dessa forma, quem julgará o caso – juiz de instrução – somente terá contato com o resultado da investigação depois de oferecida e recebida a inicial acusatória. A ideia que permeia a criação do instituto do juiz das garantias é a de distanciar o juiz de instrução da fase anterior, o que, acredita-se, lhe dará maior imparcialidade.

Uma das atribuições do juiz das garantias é a realização da audiência de custódia. O projeto que originou a Lei 13.964/19 dispunha que essa audiência não poderia ser realizada por meio de videoconferência:

“§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência” (art. 3º-B do CPP).

O presidente da República vetou o § 1º:

“A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar em aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados, violando as regras do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 LRF e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei nº 13.707, de 2018).”.

O Parlamento, contudo, deliberando sobre o veto, decidiu exumar o dispositivo. Por um lado, merece aplausos, pois o art. 310 do CPP, que trata da audiência de custódia, a impõe somente na prisão em flagrante. O §1º do art. 3º-B deixa claro que a audiência se aplica para qualquer espécie de prisão provisória, melhor dialogando com documentos internacionais e com a própria Resolução 213/15 do CNJ. Contudo, com a mesma sinceridade que reconhecemos o acerto, nesse tanto, criticamos a vedação ao emprego de videoconferência na realização do ato.

Deve ser lembrado que a Resolução 357/20 do mesmo Conselho, alterando o art. 19 da sua Resolução 329/20, admite a audiência de custódia por videoconferência quando não for possível a realização presencial em 24 horas. Deve ser garantido o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso

Boletim Criminal Comentado 145- Julho 2021

e o advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação. Para prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal:

I – deverá ser assegurada privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência. O preso deve permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor no ambiente;

II – a condição exigida no inciso I poderá ser certificada pelo próprio Juiz, Ministério Público e Defesa, por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a permitir a visualização integral do espaço durante a realização do ato;

III – deverá haver também uma câmera externa a monitorar a entrada do preso na sala e a porta desta; e

IV – o exame de corpo de delito, a atestar a integridade física do preso, deverá ser realizado antes do ato.

A norma administrativa ainda dispõe que deve ser assegurada a participação do Ministério Público, que pode propor, inclusive, o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Alerta, por fim, que as salas destinadas à realização de atos processuais por sistema de videoconferência podem ser fiscalizadas pelas corregedorias e pelos juízes que presidem as audiências.

Agora, com a promulgação do §1º do art. 3º-B, instala-se o retrocesso. A videoconferência não pode ser demonizada; deve ser encarada como inevitável instrumento de progresso, celeridade e eficiência. Adotadas as cautelas impostas pelo CNJ, a presença virtual não traz prejuízos.

O ministro Nunes Marques, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu parcialmente liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6841) para autorizar a realização de audiências de custódia por videoconferência, enquanto perdurar a pandemia da Covid-19. Para o ministro, a realização da audiência presencial, no atual contexto, coloca em risco os direitos fundamentais à vida e à integridade física de todos os participantes do ato, inclusive do próprio preso. A decisão será submetida a referendo do Plenário em sessão virtual extraordinária marcada pelo presidente do STF, ministro Luiz Fux, para a 0h da próxima quarta-feira (30/6), com encerramento às 23h59 de quinta-feira (1º/7)

A ação foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) contra o parágrafo 1º do artigo 3-B do Código de Processo Penal (CPP), inserido pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Segundo a alteração, o preso em flagrante ou por mandado de prisão provisória será encaminhado a um juiz de garantias no prazo de 24 horas para uma audiência, com a presença do Ministério Público

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

e da Defensoria Pública ou de advogado, vedado o uso de videoconferência. A liminar suspendeu a eficácia dessa vedação.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Dosimetria da pena. Artigo 59 do Código Penal. Condenações pretéritas com trânsito em julgado. Valoração negativa da personalidade e conduta social. Impossibilidade. [Tema 1077](#)

STJ – PUBLICADO NO BOLETIM INFORMATIVO Nº. 702

A Terceira Seção do STJ, por unanimidade, decidiu que, “no que concerne à fixação da pena-base, é certo que o Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato delituoso e aspectos inerentes ao agente, obedecidos e sopesados todos os critérios legais para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, sobrepujando as elementares comuns do próprio tipo legal.

No art. 59 do Código Penal, com redação conferida pela Lei n. 7.209/1984, o legislador elencou oito circunstâncias judiciais para individualização da pena na primeira fase da dosimetria, quais sejam: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias; as consequências do crime; e o comportamento da vítima.

Ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Julgador declinar, motivadamente, as suas razões, que devem corresponder objetivamente às características próprias do vetor desabonado. A inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, analisa-se a possibilidade de condenações criminais transitadas em julgado serem valoradas para desabonar os vetores personalidade e conduta social.

A doutrina diferencia detalhadamente antecedentes criminais de conduta social e esclarece que o legislador penal determinou essa análise em momentos distintos porque “os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais”. Especifica, ainda, que as incriminações anteriores “jamais servirão de base para a conduta social, pois abrange todo o comportamento do agente no seio da sociedade, afastando-se desse seu raciocínio seu histórico criminal, verificável em sede de antecedentes penais”.

Quanto ao vetor personalidade do agente, a mensuração negativa da referida moduladora “deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito [...]” (HC 472.654/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 11/3/2019)” (STJ, AgRg no REsp 1.918.046/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/4/2021).

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

"A jurisprudência da Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes" (STF, RHC 144.337-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 22/11/2019).

Em conclusão, o vetor dos antecedentes é o que se refere única e exclusivamente ao histórico criminal do agente. "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo do que o da reincidência, abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, transitadas em julgado no curso da ação penal e as atingidas pelo período depurador, ressalvada casuística constatação de grande período de tempo ou pequena gravidade do fato prévio" (STJ, AgRg no AREsp 924.174/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 16/12/2016). [REsp 1.794.854-DF](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A circunstância judicial da personalidade do agente cuida do retrato psíquico do delinquente. Pontuou o Superior Tribunal de Justiça:

"A circunstância judicial referente à 'personalidade do agente' não pode ser valorada de forma imprecisa ou objetivamente desamparada porquanto, através de considerações vagas e insuscetíveis de controle, a sua utilização acarretaria a ampla e inadequada incidência do Direito Penal do Autor."¹.

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

"Este Sodalício entende que, para se atestar a personalidade negativa do réu, o magistrado deve utilizar-se de elementos concretos inseridos nos autos, justificantes da exasperação da pena-base cominada, sendo prescindível a realização de laudo pericial para tal constatação".²

¹. STJ – Quinta Turma – REsp 513641 – Rel. Min. Felix Fischer – DJ 01/07/2004.

². STJ: AgRg no REsp 1.406.058/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/04/2018.

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

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

“A consideração desfavorável da personalidade do agente, nesse sentido, deve ser aferida a partir do seu modo de agir, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Nesses termos, a Sexta Turma, em recente julgado – cuja *ratio decidendi* é perfeitamente aplicável no presente caso –, considerou que ‘a valoração negativa da vetorial conduta social com base em condenações definitivas por fatos anteriores é ilegal, pois estas se prestariam ao sopesamento negativo da circunstância judicial relativa aos antecedentes’. Vê-se, pois, que não há justificativa para se aplicar o referido entendimento para o vetor da conduta social e desprezá-lo no que tange à personalidade, haja vista que, reitera-se, a razão de decidir é a mesma. No mesmo sentido, a Quinta Turma deste Tribunal Superior consolidou o entendimento de que condenações transitadas em julgado não constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidade ou da conduta social do agente”.³

Agora, essa tese, foi pacificada pela 3ª. Seção, uniformizando o entendimento das duas turmas.

2- Tema: Falsificação de selo ou sinal público. Uso indevido. Natureza jurídica

STJ – PESQUISA PRONTA

A Quinta Turma, no julgamento AgRg no AREsp 1.277.756, citou precedente da Sexta Turma para lembrar que "a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o tipo previsto no artigo 296, parágrafo 1º, inciso III, do Código Penal, é crime de mera conduta, sendo suficiente, para sua caracterização, o uso indevido das marcas, logotipos, siglas ou outros símbolos identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública, mostrando-se desnecessária a demonstração de dolo específico, bem como de ocorrência de prejuízo a terceiros". O recurso é de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Clique [aqui](#) para acessar o acórdão

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

³. HC 472.654/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/02/2019.

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

A conduta delituosa prevista no art. 296 do CP consiste em falsificar (contrafazer), fabricando (manufaturando) ou alterando (modificando):

I – selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município: o objeto material a que se refere a lei (selo público) é aquele utilizado pela União⁴, Estados ou Municípios, contendo características próprias destes entes, destinados a reconhecer como verdadeiros atos deles emanados.

Não se confunde com o selo referido no art. 293, destinado a controle tributário;

II – selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião: três são os objetos referidos no inciso:

a) selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público: as entidades mencionadas pela lei são as pessoas jurídicas de direito público, abrangendo autarquias e fundações. Não estão incluídos os entes de cooperação, bem como as empresas estatais (empresa pública e sociedade de economia mista), já que possuem natureza de pessoa jurídica de direito privado;

b) selo ou sinal atribuído por lei a autoridade: a autoridade a que alude o dispositivo é aquela que autentica documentos utilizando selos ou sinais;

c) sinal público de tabelião: por fim, o sinal público de tabelião é o escrito que integra sua assinatura, destinado a demonstrar a veracidade de seu ato ao atestar determinado documento. Não tipifica o delito do art. 296, II, do CP, quando o acusado falsifica o carimbo para reconhecimento de firma em tabelionato. Esse carimbo não é sinal público (RT 571/394).

Tal como ocorre nos demais crimes contra a fé pública, a falsificação de que ora se trata deve ser revestida de idoneidade para iludir alguém.

Já era pacífico na doutrina que o crime se consuma no momento em que é praticada qualquer uma das condutas, independentemente da ocorrência de dano efetivo. O STJ seguiu essa lição no julgado em comento.

⁴ Quando praticado em detrimento dos interesses da União, a competência para o processo e julgamento será da Justiça Federal (art. 109, IV, da CF/88).

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

Tema: subsunção dos fatos ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher – atribuição do Promotor de Justiça de Enfrentamento à Violência Doméstica.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos n.º 1x0x0xx-7x.2020.8.26.0050 – MM. Juízo da Vara Regional Norte de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – Foro Regional I - Santana

Investigado: T.M.S.

Suscitante: 12ª Promotora de Justiça de Enfrentamento à Violência Doméstica

Suscitado: Promotor de Justiça – em exercício – oficiante na 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Santana

Assunto: subsunção dos fatos ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher – atribuição do Promotor de Justiça de Enfrentamento à Violência Doméstica.

Cuida-se de Inquérito Policial instaurado para apurar eventuais crimes de injúria (CP, art. 140) e ameaça (CP, art. 147), praticados, em tese, por T.M.S., contra a vítima Q.A.S.S..

Segundo apurado, a vítima trocou mensagens com o investigado via *facebook* por seis meses. Eles se encontraram uma vez, em uma das estações de Metrô, e ali ficaram conversando, ocasião em que a vítima disse ao investigado que não queria nenhum tipo de relacionamento com ele. Após esse encontro, em diversas ocasiões, o investigado enviou mensagens e efetuou ligações telefônicas, proferindo ofensas e ameaças contra Q., por não se conformar com a recusa dela em iniciar um relacionamento com ele.

A vítima prestou declarações e afirmou que T. lhe ofendeu diversas vezes, que é obcecado em se relacionar com ela. Falou que o bloqueou em diversas redes sociais e trocou seu número de telefone e, ainda assim, as injúrias e ameaças não cessaram. Disse que ele foi autuado em flagrante delito pelos crimes (RDO 3506/2019), mas após ser posto em liberdade continuou a mandar

Boletim Criminal Comentado 145- Julho 2021

mensagens pelo aplicativo *whatsapp* com dizeres "sua vagabunda, nojenta, prostituta" (sic), bem como encaminhou áudio "se eu te encontrar pela rua eu sou capaz de te pegar pelo pescoço e te arrastar pelos cabelos" (sic). Que chegou a trocar seus números de telefones por várias vezes, bloqueá-lo nas redes sociais, seus contatos, porém o autor continua a fazer ligações e enviar mensagens de vários números diferentes. Ofertou representação (fls. 6). Novamente ouvida, em 5 de novembro de 2020, acrescentou que o investigado continuava a perturbá-la, publicando imagens em redes sociais com as ofensas, além de ter dito à sua irmã que deveria "pagar pelo que fez" (fls. 37).

A irmã da vítima, R.C.S.S., foi ouvida e afirmou desconhecer T. pessoalmente. Disse que o investigado passou a enviar mensagens ameaçando Q., já que a vítima havia trocado de número de celular. Segundo ela, que não tem as mensagens guardadas, T. dizia que "vai acabar com Q.", "que a Q. vai pagar pelo que fez", "que Q. é dele e vai acabar com qualquer um que fique com ela" e "quando encontrar com Q. ele vai acabar com ela" (fls. 44).

O investigado não foi localizado para narrar a sua versão dos fatos (cf. fls. 20).

Relatado o feito (fls. 52/53), a Douta Promotora de Justiça oficiante no DIPO 3, considerando que o crime de injúria se procede mediante oferecimento de queixa-crime e o crime de ameaça é de menor potencial ofensivo, requereu a remessa dos autos ao JECRIM (fls. 57/58), pleito que foi atendido (fls. 59).

Contudo, o Ilustre Promotor de Justiça oficiante no JECRIM do Foro Central, considerando que a conduta foi perpetrada por meio de telefone celular, e não se sabendo o local de consumação do delito, destacou que o foro competente é o do domicílio do acusado. Assim, requereu remessa dos autos ao Foro Regional de Santana, que abrange a circunscrição do domicílio do investigado (fls. 62/63), o que foi atendido (fls. 65).

O Ilustre Representante Ministerial que recebeu os autos, oficiante na 1ª Vara Criminal de Santana, todavia, por entender que o caso envolve violência de gênero, requereu a remessa dos

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

autos à Vara de Violência Doméstica e Familiar de Santana, destacando que perante referido Juízo tramita processo envolvendo as mesmas partes - autos n. 15X86XX-6X.2019.8.26.0050 (fls. 82/83).

Determinada a redistribuição dos autos (fls. 84).

A Douta Promotora de Justiça atuante na Vara Regional Norte de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, considerando a narrativa dos fatos constante nos autos, entendeu que não incide na hipótese a Lei nº 11.340/06. Argumentou que não havia entre o investigado e vítima relação íntima de afeto ou mesmo amizade, pois a proximidade física que ocorreu entre eles se deu uma única vez em uma estação de Metrô, não sendo possível concluir que T. tenha praticado os atos de violência prevalecendo-se de relações domésticas ou familiares; não havendo que se falar, também, em violência de gênero, porque esta tem como fundamento o desequilíbrio de forças na relação entre homem e mulher e a sobreposição de poder de um sobre o outro. Por isso, suscitou conflito negativo de atribuições (fls. 92/95).

Eis o necessário.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que o endereçamento do caso a esta Chefia Institucional assenta-se no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se devidamente configurado, portanto, o incidente supramencionado 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, pág. 486-487).

Considere-se, outrossim, que em semelhantes situações o Procurador-Geral de Justiça não se converte no promotor natural do caso; assim, que 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 oficiar nos autos.

Pois bem.

A razão se encontra com o Douto Suscitado, com a máxima vênia da Ilustre Suscitante; senão, vejamos.

Inicialmente, de rigor destacar que a Lei Maria da Penha se aplica, de fato, ao caso concreto.

O pressuposto para a subsunção do fato ao Diploma Especial é a configuração de **violência de gênero**, fazendo-se necessário, destarte, detectar a prevalência no sujeito ativo de uma condição de superioridade, subjugando a ofendida.

Calha à pena citar, nessa ordem de ideias, o escólio de MARIA BERENICE DIAS, que pondera devam os arts. 5.º e 7.º da Lei n.º 11.340/06 ser interpretados conjugadamente, a fim de se extrair o conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher:

“Primeiro a Lei define o que seja violência doméstica (art. 5º): “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Depois estabelece seu campo de abrangência. A violência passa a ser doméstica quando praticada: a) no âmbito da unidade doméstica; b) no âmbito da família; ou c) em qualquer relação íntima de afeto, independente da orientação sexual” (*A Lei Maria da Penha na Justiça – efetividade da Lei n. 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 40).

As características do fato sugerem ter ele conexão com violência de gênero, até porque foi consignado nas declarações da ofendida que ela se relacionou com o investigado através de mensagens no *facebook* durante vários meses, marcaram um encontro e, posteriormente, o

Boletim Criminal Comentado 145- Julho 2021

investigado passou a não aceitar a **negativa de relacionamento**, motivo pelo qual vem perturbando a tranquilidade da vítima, além de fazer diversas ameaças.

Os comportamentos de perseguição e vigilância constante, além das ameaças, comprovados nos autos, configuram a conduta chamada de *stalker*, a qual é apta a causar diversos dissabores à vida cotidiana da ofendida, limitando-a, atemorizando-a e intimidando-a.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

As condutas do paciente, consistentes em incessante perseguição e vigília; de busca por contatos pessoais; de direcionamento de palavras depreciativas e opressivas; de limitação do direito de ir e vir; de atitudes ameaçadoras e causadoras dos mais diversos constrangimentos à vítima, aptos a causarem intensa sensação de insegurança e intranquilidade, representam o que é conhecido na psicologia como **stalking**, como muito bem ressaltou o Tribunal a quo.

(HC 359.050/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe20/4/2017).

Referida hipótese foi expressamente contemplada pela Lei n.º 11.340/2006 que, em seu artigo 7.º, enumerou a violência psicológica, definida como “*qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação*”, como uma das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Importante trazer à colação pesquisa feita pelo Núcleo de Violência de Gênero do Ministério Público de São Paulo:

Afeto não correspondido é uma das causas de feminicídio (1% dos casos).

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF

Pesquisa Raio X do Feminicídio –



A perseguição incessante é um dos fatores de risco.

Conforme consta do Formulário Nacional de Avaliação de Risco, aprovado pela Resolução do CNJ e CNMP pela Resolução Conjunta nº 05, de 03 de março de 2020, o controle e a perseguição configuram fatores de risco descritos nos itens 5 e 6.

Tais situações, cada vez mais comuns, deram ensejo a aprovação da Lei 14.132/21, que inseriu no Código Penal o art. 147-A, denominado “crime de perseguição”. Sua finalidade é a tutela

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

da liberdade individual, abalada por condutas que constroem alguém a ponto de invadir severamente sua privacidade e de impedir sua livre determinação e o exercício de liberdades básicas.

Até a criação deste crime, a maior parte dos atos de perseguição se inseriam no art. 65 do Decreto lei 3.688/41, cuja pena de prisão simples variando de quinze dias a dois meses era considerada insuficiente, um claro exemplo de proteção deficiente. Com a Lei 14.132/21, a contravenção foi revogada e a perseguição passou a ser punida com reclusão de seis meses a dois anos.

Nesse contexto, as atitudes de T. denotam ação lastreada em dominação de gênero, com postura de pretensa superioridade, possivelmente motivada pela condição do autor de pessoa do sexo masculino, vislumbrando-se histórico compatível com a esfera de proteção da Lei Maria da Penha.

Não por acaso, no dia 4 de dezembro de 2019 (antes, portanto, do registro da ocorrência que deu origem aos presentes autos), o investigado foi preso em flagrante delito por ameaça e injúria contra Q., e por ocasião da audiência de custódia, foi-lhe concedida liberdade provisória e **deferidas à vítima as medidas protetivas previstas no artigo 22 da Lei nº 11.340/06**, ficando o ofensor proibido: (a) de se aproximar (a menos de 300 metros) da vítima e seus familiares e de eventuais testemunhas (sem prejuízo do contato com a prole); (b) de manter qualquer tipo de contato, por qualquer meio de comunicação e mesmo por intermédio de terceiros, com a vítima, seus familiares e eventuais testemunhas; (c) de frequentar os mesmos lugares que a ofendida, mesmo que tenha chegado anteriormente ao local, conforme fls. 52/56 dos autos n. 1538609-61.2019.8.26.0050, que tramitam na Vara Central de Combate à Violência Doméstica e Familiar.

Depreende-se, portanto, que a *opinio delicti* deve ser formada no seio da Promotoria de Justiça dedicada ao combate da violência doméstica ou familiar contra a mulher.

A permanência do caso na vara especializada permitirá ainda à ofendida proteção mais efetiva, em face das medidas protetivas de urgência, nos termos da Lei nº 11.340/06, com a

Boletim Criminal **Comentado** 145- Julho 2021

possibilidade de prisão preventiva do agressor em caso de eventual descumprimento, nos termos do art. 20 de precitada lei.

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 junho de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAOCrim

Boletim Criminal **Comentado** nº146, 7/2021
(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: o MP tem o dever de juntar peças para instruir o agravo em execução ou basta indicar as peças a serem trasladadas?

O STJ já firmou entendimento no sentido de que, indicadas as peças de que o agravante pretenda o traslado, o recurso deve ser apreciado. Nesse sentido:

STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 1.242.316/MG:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DEFICIÊNCIA INSTRUTÓRIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS PEÇAS PARA TRASLADO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PELA CORTE DE ORIGEM. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Esta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que, indicadas as peças de que o recorrente pretenda o traslado, o recurso deve ser apreciado. 2. Não indicadas, no entanto, as peças necessárias, correta a decisão que não o conheceu por deficiência de instrução. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 1.242.316/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. em 13/08/2019, DJe de 23/08/2019).

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

STJ, Quinta Turma, REsp 1497029/MG:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 197 DA LEI N. 7.210/1984. OBSERVÂNCIA DO RITO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 587 DO CPP. FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. TRASLADO DAS PEÇAS. ATRIBUIÇÃO DO ESCRIVÃO. PROVIMENTO. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, à míngua de expressa previsão legal, deve ser observado o rito do recurso em sentido estrito quando do manejo do recurso de agravo em execução. 2. Conforme o art. 587 do Código de Processo Penal, quando o recurso tiver que subir por instrumento, a parte fará a indicação das peças que deverão ser trasladadas, cuja extração compete à escrivania do Juízo de primeiro grau. Precedentes. 3. Logo, tendo sido indicados os REsp 1497029/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA documentos necessários para a instrução do agravo, não poderia a Corte de origem deixar de conhecer do recurso em razão da sua ausência. 4. Recurso especial provido para determinar que, após a baixa dos autos para o traslado das peças indicadas pelo recorrente, o agravo em execução ministerial seja submetido a julgamento pelo Tribunal a quo. (, DJe 25/02/2015)

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

Boletim Criminal **Comentado** 146- Julho 2021

Cumpre destacar que foram localizadas decisões recentes do TJSP em sentido contrário, não conhecendo de agravos, mesmo tendo o agravante indicado as peças a serem trasladadas. Foi decidido que cabe ao agravante, além de indicar as peças necessárias, também fiscalizar a formal instrução do agravo. **Nesse sentido, Agravo de Execução Penal nº 0000293-14.2021.8.26.0590**

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor do acórdão do TJSP.

2 - A LEI 14.064/20 E SEUS REFLEXOS NO CRIME DE MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS

Eloísa Baissardo Gagliardi

Promotora de Justiça Criminal

Clique [aqui](#) para ter acesso ao artigo

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Indícios de crime permanente legitimam ingresso da polícia em imóvel sem ordem judicial

STJ- Notícias do STJ

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou que, havendo elementos suficientes da prática de crime permanente, foi legítima a entrada de policiais em domicílio particular sem mandado judicial, mas com autorização de parente hospedado no local.

A decisão, unânime, manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) que negou o trancamento de ação penal contra mãe e filho suspeitos de tráfico de entorpecentes.

A investigação partiu de denúncia anônima sobre o plantio de maconha em propriedade rural localizada em São José dos Pinhais (PR). A revista foi autorizada por uma mulher que estava na casa e se identificou como nora da dona da chácara. Os policiais visualizaram a plantação e identificaram o cheiro característico da droga. Foram encontrados 155 pés de maconha, 780g de sementes e utensílios utilizados na estufa destinada ao cultivo da planta.

Presos em flagrante, a dona da chácara e seu filho obtiveram liberdade provisória após a audiência de custódia. Em habeas corpus dirigido ao TJPR, a defesa pleiteou o trancamento da ação penal, sustentando a ilicitude das provas. Alegou que a revista policial violou a garantia de inviolabilidade do domicílio, uma vez que os policiais não sabiam do flagrante até entrarem no local. Além disso, a autorização para ingresso na propriedade foi dada por pessoa não residente da chácara. O pedido foi negado.

Teoria da aparência

No recurso apresentado ao STJ, a defesa reiterou as alegações. O relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, observou que o cenário antecedente mostra riqueza de elementos indicativos da prática de crime, "não sendo possível vislumbrar nulidade das provas obtidas por meio do ingresso dos policiais na residência".

Fonseca afirmou que, mesmo a autorização tendo sido dada por pessoa não residente no imóvel – no caso, uma hóspede não eventual –, essa situação não é capaz, por si só, de tornar ilícita a ação policial. Para o relator, é o caso de aplicação da teoria da aparência, pois quem autorizou o ingresso dos agentes foi a ex-companheira do filho da proprietária, que se referiu a ela como "sogra".

Boletim Criminal **Comentado** 146- Julho 2021

A teoria da aparência define a aparência de direito como sendo "uma situação de fato que manifesta como verdadeira uma situação jurídica não verdadeira, e que, por causa do erro escusável de quem, de boa-fé, tomou o fenômeno real como manifestação de uma situação jurídica verdadeira, cria um direito subjetivo novo, mesmo à custa da própria realidade" (**RMS 57.540**).

Tráfico é crime permanente

O ministro explicou também que o tráfico de drogas é crime permanente, e está em flagrante quem o pratica em sua residência, ainda que para guarda ou depósito. "Legítima, portanto, a entrada de policiais para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, desde que existam elementos suficientes de probabilidade delitiva", afirmou.

O magistrado lembrou que são necessárias fundadas razões (justa causa) para que o ingresso em domicílio seja considerado válido e regular. "Somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir que se conclua, para além de dúvida razoável, que a residência está sendo palco de um delito", declarou.

O relator chamou atenção para o fato de a jurisprudência cada vez mais considerar inválido o ingresso da polícia em residência quando não ficar demonstrada a presença de elementos indicativos de causa provável, não se tolerando, por exemplo, a invasão de domicílio baseada apenas em denúncia anônima.

Contudo, segundo Fonseca, essa não é a hipótese dos autos. "Existia crime permanente (situação flagrancial) a ser interrompido pelo Estado. Não há, portanto, que se falar, de plano, em nulidade das provas obtidas mediante ingresso dos policiais no imóvel, de maneira que inexistente motivo para que se conceda a ordem de habeas corpus", concluiu o ministro. (**RHC 141544**)

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão do RHC 141544

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Há no crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06) determinadas 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 permanentemente 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.

Boletim Criminal Comentado 146- Julho 2021

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 dispensável, 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 01/02/2017).

“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 15/03/2017).

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 tem julgado 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:

Boletim Criminal Comentado 146- Julho 2021

“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 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 movimentação na casa e outros elementos de informação que possam ratificar a notícia anônima” (RHC 89.853/SP, j. 18/02/2020).

Curiosamente, semana passada, a Corte reprovou a invasão de domicílio precedida da existência de denúncia anônima e certeza visual do crime (policiais conseguiram ver da rua pessoas manipulando drogas). Para a Sexta Turma do STJ, em razão da ausência de mandado judicial e da realização de diligência baseada apenas em denúncia anônima – com a conseqüente caracterização de violação inconstitucional de domicílio –, a entrada dos policiais deve ser rotulada como ilegal.

De acordo com os autos, antes do ingresso na residência, os policiais avistaram duas pessoas em volta de uma mesa, manipulando a droga, motivo pelo qual decidiram ingressar na residência e apreender o entorpecente.

Ao manter as condenações, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) entendeu que não houve ilegalidade na entrada dos policiais, tendo em vista que a diligência teve origem em denúncia e que os agentes viram a manipulação da droga antes de entrarem no local – circunstâncias que, para o TJSP, afastariam a necessidade de autorização para ingresso no imóvel, já que a ação teria sido legitimada pelo estado de flagrância.

Boletim Criminal **Comentado** 146- Julho 2021

O relator do recurso, ministro Antonio Saldanha Palheiro, apontou que as circunstâncias que motivaram a ação dos policiais não justificam, por si sós, a dispensa de investigações prévias ou de mandado judicial. Segundo o ministro, o contexto apresentado nos autos não permite a conclusão de que, na residência, praticava-se o crime de tráfico de drogas.

Antonio Saldanha Palheiro lembrou que o Supremo Tribunal Federal, no **RE 603.616**, firmou o entendimento de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em razões fundadas, as quais indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente e de nulidade dos atos praticados.

Ao anular as provas e absolver os réus, o ministro também apontou recente **precedente da Sexta Turma no HC 598.051**, em que se estabeleceu orientação no sentido de que as circunstâncias que antecedem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as razões que justifiquem a diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, os quais não podem derivar de simples desconfiança da autoridade policial. (**REsp 1.865.363.**)

Clique **aqui** para ter acesso ao acórdão

Este julgado será objeto de debate, nesta quinta-feira (15/7), por integrantes do Grupo Nacional de Coordenadores do Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM, órgão vinculado ao CNPG), numa parceria com a CONAMP, no canal do Youtube.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos. Perda do Cargo ou Função Pública: Possibilidade?

Pesquisa Pronta- STJ

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE INADMISSÃO. RECONSIDERAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA DE PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO, MAS PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Devidamente impugnados os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial, deve ser reconsiderada a decisão para conhecer do agravo.
2. A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por si só, não afasta o efeito previsto no art. 92 do Código Penal (perda do cargo público), ainda que exija fundamentação idônea.
3. A incompatibilidade entre a permanência no cargo público de agente penitenciário, em decorrência de condenação por tráfico de drogas no interior do presídio, justifica a imposição da pena acessória.
4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo, mas negar provimento ao recurso especial.

(AgRg no AREsp 1818183/MS, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 31/05/2021)

Clique [aqui](#) para ter acesso as pesquisas

O inciso inaugural do art. 92 do CP anuncia efeitos da condenação de natureza administrativa (perda de cargo e função pública) e política (perda de mandato eletivo).

Os efeitos administrativos abrangem os crimes praticados por servidores ocupantes de cargo público ou que desempenham função pública, variando os seus pressupostos de acordo com a espécie de crime praticado pelo agente.

De acordo com o STJ, este efeito da condenação não se aplica ao agente aposentado para cassar o benefício: “1. O art. 92 do Código Penal apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a perda da aposentadoria e, por se tratar de norma penal punitiva, não admite analogia in malam partem” (AgInt no REsp 1.529.620/DF, j. 20/09/2016). Nem se aplica se o agente

Boletim Criminal **Comentado** 146- Julho 2021

público estiver em cargo diverso daquele no exercício do qual cometeu 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” (HC 482.458/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22/10/2019).

Nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, é imprescindível a aplicação de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano. Já em se tratando de crime comum, a pena aplicada deve ser privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos.

Segundo decidiu o STJ, é possível considerar, para a perda de cargo, emprego ou função pública, que o crime foi cometido com violação de dever para com a Administração Pública mesmo em situações nas quais o agente público não tenha se valido do cargo. O tribunal julgou válido este efeito da condenação sobre um policial militar condenado a menos de quatro anos de pena privativa de liberdade por ter cometido um roubo tentado. Embora não estivesse ele no exercício do cargo no momento da conduta, tratou-se de evidente violação do dever para com a Administração Pública (REsp 1561248/GO, DJe 01/12/2015).

Cumpra ao magistrado sentenciante examinar a extensão de sua gravidade para decidir se absolutamente incompatível a permanência do agente nos quadros da Administração.

Quando a condenação for inferior a 1 ano (nos crimes com abuso ou violação de dever funcional) ou não superior a 4 anos (nos demais casos), não se pode cogitar do efeito do art. 92 do CP, mas nada impede a perda do cargo público na esfera administrativa (improbidade), ante a independência das instâncias.

Cabe este efeito (perda do cargo) quando o juiz substitui a pena de prisão por penas alternativas?

Existe corrente lecionando que a condenação à pena restritiva de direitos ou multa não gera o efeito do art. 92 do CP, mas o STJ vem sistematicamente decidindo em sentido contrário.

2-Tema: Casa de Prostituição. Artigo 229 do Código Penal. Conduta Típica?

Ao editar o art. 229 do Código Penal, o legislador pretendeu abarcar todo e qualquer local onde se pratique a exploração sexual, e não apenas 'em casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso'. A vontade da nova lei é tornar mais amplas as hipóteses de incidência do dispositivo penal, pois nada mais faz do que trazer a prática inerente a quem detém a propriedade ou a gerência dos locais antes descritos. O novo dispositivo agrava a situação daqueles que, a partir da vigência da Lei n. 12.015/2009, levarem a efeito atos de exploração sexual em qualquer estabelecimento que seja, e não só naqueles outrora taxativamente descritos.

Pesquisa Pronta- STJ

Clique [aqui](#)

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: divergência sobre o foro competente para processar e julgar o crime apurado, com reflexo na atribuição funcional.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Autos nº 1503xx4-6x.2021.8.26.0050 – MM. Juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca de São José do Rio Preto

Suscitante: 18ª Promotora de Justiça de São José do Rio Preto (Infância e Juventude)

Suscitada: 54ª Promotora de Justiça Criminal da Capital

Assunto: divergência sobre o foro competente para processar e julgar o crime apurado, com reflexo na atribuição funcional.

Trata-se de investigação criminal instaurada visando à apuração do crime previsto no artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), praticado, em tese, por FRANKLIN BOTELHO DE ARAÚJO.

Depreende-se dos autos que, na denominada “Operação Black Dolphin”, de cunho nacional, visando ao combate da prática de pornografia infantil e de crimes correlatos, o MM. Juízo da Vara da Infância e da Juventude de São José do Rio Preto fez expedir mandados de busca e apreensão nos autos nº 0014505-19.2020.8.26.0576 (fls. 2).

No dia 25 de novembro de 2020, em cumprimento a um desses mandados, policiais civis entraram no imóvel localizado na Rua Henry Charles Potel, nº 266, Brasilândia, nesta Capital. Estavam no local FRANKLIN BOTELHO DE ARAÚJO e seu filho M.L.B.A.

Boletim Criminal **Comentado** 146- Julho 2021

Durante a diligência, os policiais apreenderam os dispositivos informáticos encontrados na residência, consistentes em três CPUs, nove HDs, quatro *pendrives* e quatro *notebooks*, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 6/7. Os moradores da casa foram encaminhados à Delegacia de Polícia e, ouvidos em declarações, negaram a prática de crime (fls. 8/9).

Os dispositivos informáticos apreendidos foram submetidos a exame pericial, conforme laudos acostados a fls. 14/371.

Ouvido novamente na Polícia, FRANKLIN BOTELHO DE ARAÚJO afirmou que navegava em *sites* de pornografia, encontrou um arquivo compactado e o baixou para seu computador. Abriu o arquivo por curiosidade e nele encontrou várias fotos de crianças mantendo relações sexuais entre si, com adultos e com animais. Disse que tinha mera curiosidade, mas não pretendia satisfazer a lascívia (fls. 381/382).

Nos dispositivos informáticos pertencentes a M.L.B.A. não se encontrou material ilícito (laudos de fls. 397/413), razão pela qual os equipamentos foram restituídos (fls. 416).

Relatado o inquérito, a Douta Promotora de Justiça que recebeu o feito, oficiante junto ao DIPO 4, requereu a remessa dos autos à Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São José do Rio Preto, onde foi expedido o mandado de busca e apreensão, considerando-a competente para conhecer dos fatos (fls. 432/433).

A manifestação ministerial foi acolhida e os autos foram remetidos àquela Comarca (fls. 434).

A Douta Promotora de Justiça recipiente, contudo, discordou da remessa e suscitou o presente conflito negativo de atribuições, argumentando que o crime investigado nestes autos foi praticado por pessoa imputável na Comarca da Capital. Não vislumbrou qualquer delito praticado em São José do Rio Preto, e salientou ter atribuição exclusiva no âmbito infracional (fls. 438/441).

Foi determinada a remessa a esta Chefia institucional para a resolução do impasse (fls. 442).

Boletim Criminal **Comentado** 146- Julho 2021

É o relato do necessário.

A remessa se fundamenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, encontrando-se configurado, portanto, o incidente supramencionado 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.

Pois bem.

Com razão a Douta Promotora de Justiça Suscitante, com a máxima vênia da Ilustre Suscitada.

A norma incriminadora em tese aplicável está assim redigida:

“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:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Boletim Criminal **Comentado** 146- Julho 2021

O material apreendido era guardado pelo investigado em sua residência, situada nesta Capital. Não há notícia de que as imagens tenham sido compartilhadas pelo investigado em ambiente virtual.

Não se verifica, por outro lado, qualquer conduta típica que tenha sido praticada em São José do Rio Preto. E, sendo assim, há de prevalecer a regra do art. 70, *caput*, do Código de Processo Penal, que estabelece a competência territorial no local onde o crime é praticado.

A anterior decretação de busca e apreensão domiciliar, em operação de âmbito nacional, não altera a competência. É que a prevenção é critério residual de fixação de competência, que só se aplica quando verificada a concorrência ou cumulação de jurisdições, consoante o art. 83 do Código de Processo Penal.

Na hipótese dos autos, que trata de delito permanente (art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente), o critério da prevenção só seria aplicável se a conduta típica houvesse sido praticada no território de duas ou mais jurisdições, o que não se verificou

Sobre o tema, já se decidiu:

Conflito Negativo de Jurisdição – Ação penal que versa sobre crime de roubo, ajuizada perante o juízo onde ocorreram os fatos – Remessa do feito ao juízo que apura possível crime de organização criminosa, dito prevento pelo deferimento de autorização de escutas telefônicas – Descabimento – Crimes diversos – **Ausência de concorrência de jurisdição ou mesmo de conexão entre os feitos, nos termos dos arts. 70, § 3º, 76 e 77 do CPP – Ação penal que deve ser julgada perante o Juízo da Comarca do lugar onde ocorreu a infração, a despeito de Juízo de outra comarca ter deferido, anteriormente, providências relativas a atos investigatórios – Aplicação da regra prevista no artigo 70, *caput*, do Código de Processo Penal** – Precedentes – Conflito acolhido – Competência do suscitado (3ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos).

(TJ-SP - CJ: 00479524820188260000 SP 0047952-48.2018.8.26.0000, Relator: Renato Genzani Filho, Data de Julgamento: 05/07/2019, Câmara Especial, Data de Publicação: 5/7/2019).

“CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Apuração de crimes tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06. Denúncia oferecida perante a Vara Criminal de Cotia. Inicial acusatória que não veicula a ocorrência de fatos perpetrados perante a jurisdição do suscitante. **Interceptação telefônica e expedição de mandados de busca e apreensão que, por si só, não previnem a competência do Juízo. Para a ocorrência da prevenção, exige-se a concorrência de competência entre Juízos. Inteligência do art. 71 do CPP. Competência do Juízo do local do fato, consoante o art. 70 do CPP.** Precedentes. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO”

(TJSP; Conflito de Jurisdição 0022796-58.2018.8.26.0000; Relator (a): Sulaiman Miguel; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda - 12ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 22/10/2018).

Anote-se, de resto, que a prova dos autos não sugere **internacionalidade** na conduta criminosa, porque, ao menos em princípio, o que se analisa é o **armazenamento** das imagens, que ocorreu no Brasil e não se projetou no exterior. Assim, nos termos do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal em tema de repercussão geral (Recurso Extraordinário n. 628624), a competência deve ser fixada na Justiça Estadual.

Diante do exposto, conhece-se do presente incidente para declarar que a **atribuição para funcionar nos autos é da Douta Suscitada, 54ª Promotora de Justiça Criminal da Capital.**

A designação de outro Representante Ministerial, na hipótese vertente, afigura-se desnecessária, tendo em vista que a questão central não envolve divergência sobre a capitulação jurídica das condutas objeto dos autos, não havendo, portanto, qualquer menoscabo ao princípio da independência funcional.

Boletim Criminal **Comentado** 146- Julho 2021

São Paulo, 16 de junho de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº147, 7/2021
(semana nº 3)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Exposição dos antecedentes criminais do réu no plenário o júri

Reza o art. 479 do CPP:

“Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)”.

A regra geral quanto à prova documental, nos termos do disposto no art. 231 do CPP, é a possibilidade de sua produção em qualquer fase do processo. Essa regra, no procedimento do Júri, sofre exceção, conforme se depreende do art. 479, ao permitir a produção de prova documental ou leitura de documentos somente quando dada à parte contrária, com antecedência de pelos menos três dias, a possibilidade de ter acesso a essa prova. A *ratio legis* é clara, já que se procura evitar que a parte adversa seja tomada de surpresa com a apresentação ou leitura de um documento, em plenário, cujo teor e autenticidade ignore, impedindo, portanto, sua contestação. Sem falar na surpresa que assaltará a parte contrária pela exibição de ou objeto até então desconhecido. Atende-se, assim, o princípio da lealdade processual que deve inspirar a conduta das partes.

O revogado art. 475, proibia a leitura de “jornais ou qualquer escrito”, sem que, antes, se adotasse a cautela de comunicar a parte contrária (o prazo de antecedência, era o mesmo, de três dias). Mantida a necessidade de prévia comunicação ao adversário, a reforma foi adiante, pois além de proibir a leitura de jornais e escritos, vedou, também, “a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados”.

Como explica Rui Stoco, “significa, a contrario sensu, que não se compreende na proibição deste artigo a leitura de jurisprudência ou compêndio de doutrina ou a distribuição de cópias de peças dos autos, desde que sem quaisquer anotações, grifos ou realces” (Tribunal do Júri, p. 220).

A exibição proibida, sem a prévia comunicação da parte contrária, é do documento que guarde pertinência com a causa. Saliente-se, porém, que somente se exige essa cautela quando o documento a ser exibido guarde alguma relação com a matéria de fato tratada no processo. Cuidando-se de questão genérica, sem relação direta com o objeto do processo, a exibição é autorizada, sem necessidade de prévia comunicação. Nesse sentido decidiu (antes da reforma) o

Boletim Criminal Comentado 147- Julho 2021

Superior Tribunal de Justiça, ao permitir a apresentação de fita de vídeo sobre incêndio, de conteúdo, portanto, científico:

“A lei processual penal é explícita ao referir que é proibida a produção de documento, cujo conteúdo verse sobre matéria de fato constante do processo, sem o conhecimento da outra parte. O julgamento só seria passível de anulação, se restasse evidenciada a relação direta entre o conteúdo da fita e o fato em julgamento, prejudicial à defesa” (REsp. nº 255787-PR, 5ª. T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 21.5.2002, DJ 1.7.2002, p. 370).

De se ver que não basta a juntada do documento com antecedência mínima de três dias. É preciso que a parte contrária tome ciência desse documento antes do tríduo legal. Assim, na lição de Edílson Mougénout Bonfim, anterior à mudança em estudo, “se o promotor junta documentos cinco dias antes da data designada para o julgamento, e não obstante, a defesa não é intimada, ou intimada a destempo ... claro está o impedimento da utilização de tal prova em plenário” (Júri – do inquérito ao plenário, p. 195).

Na doutrina havia entendimento de que bastava a juntada do documento aos autos no prazo legal, sendo irrelevante a data na qual a parte adversa, efetivamente, dele tomou ciência. Hoje a questão se encontra superada, pois a redação anterior do art. 475, que tratava da matéria, se satisfazia com a mera comunicação da parte adversa, enquanto a redação atual, trazida com a reforma de 2008, é peremptória em exigir a ciência da parte contrária. A intimação do promotor de justiça e do defensor nomeado deve ser pessoal (art. 370, § 4º), razão pela qual, principalmente o primeiro, a fim de evitar o adiamento do julgamento ou ver-se na iminência de ser impedido de apresentar o documento, deverá redobrar a cautela, juntando-o com antecedência suficiente para que o advogado do réu dele tome conhecimento, através de mandado a ser cumprido por oficial de justiça, que poderá encontrar dificuldades na localização do defensor. Perdura o cuidado do Ministério Público sendo constituído o advogado, já que deverá ser intimado pela imprensa ou, em sua falta, por mandado ou carta com aviso de recebimento (art. 370, § 2º).

Eventual desobediência a esse dispositivo (art. 479 do CPP), porém, enseja nulidade relativa, a depender, assim, de oportuna arguição (STF – RT 589/432, 589/431), bem como da comprovação do prejuízo. De sorte que, se apresentado um documento sem a prévia audiência da parte contrária, mas que não contenha nenhum dado relevante, incapaz, por isso, de influenciar no ânimo dos jurados, não se reconhecerá a nulidade. Ou ainda, se o documento, embora não avisado o ex adverso, deixou de ser lido em plenário (JSTJ 213/322), ou foi apreendido pelo juiz (RT 742/618), não há ensejo para nulidade.

A partir do conceito de documento, pergunta-se: admite-se a exibição de folha de antecedentes do réu? Entendemos ser necessária a ciência da parte contrária, se tal documento não estiver juntado aos autos (RT 610/338). Ao contrário, se o documento constar dos autos, sendo, portanto, de

Boletim Criminal **Comentado** 147- Julho 2021

conhecimento das partes, a ele pode se fazer qualquer alusão sem que se fira o dispositivo legal em estudo. A proibição prevista no parágrafo único do art. 479 do Código de Processo Penal se refere a documentos “cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados”. Ora, a certidão de antecedentes não se enquadra nessa vedação, pois, além de não constituir matéria de fato sobre o processo, seu conteúdo influi tão-somente na aplicação do quantum da pena, o que é feito pelo magistrado e não pelos jurados. (TJSP – Apelação nº 9000002-06.1999.8.26.0597, Rel. Paulo Rossi, j. 27.6.2012).

Mas pode o Ministério Público explorar os antecedentes do réu sem violar o art. 478, I, do CPP? Diz o referido artigo:

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

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

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

A teor do art. 478, I, do Código de Processo Penal, é vedada a referência de certas peças que integram os autos da ação penal em plenário do Tribunal do Júri, a impingir aos jurados o argumento da autoridade. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o rol previsto nesse **dispositivo legal é taxativo**. A folha de antecedentes do acusado é peça que compõe a instrução processual de qualquer feito criminal e não há nenhum constrangimento em juntar tal documento aos autos. Ademais, o próprio Código de Processo Penal impõe que seja perguntado ao acusado, em plenário, sobre seus antecedentes criminais, nos termos da previsão do art. 474 do diploma processual penal, ao dispor sobre a aplicabilidade das disposições do art. 187 da lei adjetiva ao interrogatório no júri. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp nº 1815618 – RS, **Sexta Turma**, Min. Rel. Rogério Schietti Cruz, j. em 18/08/2020. A Quinta Turma, recentemente, em caso relatado pelo Ministro RIBEIRO DANTAS, frisou que é cabível a exposição dos antecedentes criminais do réu perante o plenário do júri, sem que isso implique nulidade (AgRg no AREsp 1737903/MS).

Clique [aqui](#)

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Acesso aos autos de apuração de ato infracional exige finalidade justificada e destinação específica

STJ- Notícias do STJ

Embora o [artigo 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente \(ECA\)](#) proíba a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito à apuração de atos infracionais, essa regra não é absoluta, sendo possível o acesso aos autos caso o peticionante comprove interesse e apresente justificativa válida para obter certidões ou documentos do processo.

O entendimento foi estabelecido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao deferir a uma mãe a extração de cópias de documentos contidos nos autos de apuração de ato infracional cometido pela filha contra ela própria. Os documentos devem ser utilizados pela mãe, exclusivamente, para a instrução de ação de deserdação contra a filha.

Relatora do recurso em mandado de segurança, a ministra Laurita Vaz explicou que, embora o artigo 143 seja a regra geral, o [artigo 144 do ECA](#) prevê hipóteses em que pode haver acesso aos autos caso sejam demonstrados interesse jurídico e finalidade específica no pedido.

Além disso, Laurita Vaz lembrou que o ECA exige a justificação da finalidade para a qual se destinam o acesso aos autos e a extração de cópias, e o interessado não pode utilizar os documentos obtidos para outros objetivos, sob pena de responsabilização civil e penal.

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

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Os atos perante a Justiça da Infância e da Juventude, relativos a crianças e adolescentes, tramitam em segredo de justiça. O mesmo tratamento é estendido aos atos policiais e administrativos, os quais dizem respeito a crianças e adolescentes, sendo proibida a sua divulgação.

A inobservância dessa regra importa na sanção prevista no art. 247 do Estatuto, considerando-se a conduta como infração administrativa.

Aliás, as notícias que envolvem a prática de ato infracional não poderão conter identificação da criança ou do adolescente, sendo proibido divulgar fotografia, referência a nome, filiação, parentesco, residência e iniciais do nome e sobrenome.

Boletim Criminal **Comentado** 147- Julho 2021

Essa vedação não se encerra se o adolescente atingir a maioridade e permanecer em cumprimento de medida socioeducativa, pois lhe é estendida a prescrição legal em virtude do metaprincípio da Proteção Integral, mantendo-se, assim, hígida a tutela estatutária dos seus direitos fundamentais, tal como o direito ao respeito.

Os autos da ação socioeducativa, bem como todo o expediente policial, por correrem em segredo de justiça, têm sua divulgação proibida, motivo pelo qual a expedição de cópia ou certidão dos autos **depende de prévia autorização judicial, demonstrando-se o interesse e justificando-se a finalidade.**

No caso examinado pela turma – e ora se comenta - de acordo com a Min. Relatora, a petionante apresentou seu interesse jurídico – pois é, ao mesmo tempo, mãe e vítima da adolescente apontada como infratora – e justificou a finalidade – pois os documentos serão juntados à ação de deserdação, não podendo ser utilizados para outro fim.

"É necessário destacar, por oportuno, que a autorização de acesso aos autos não constitui nenhuma antecipação acerca da procedência ou não do pedido de deserdação, o qual deverá ser examinado pelo juízo cível competente. Em verdade, o deferimento do direito de acesso aos autos destina-se a garantir o acesso da recorrente à Justiça, permitindo-lhe reunir as provas necessárias para sustentar suas pretensões em juízo", concluiu a ministra.

2- Tema: PROVA: Cooperação Jurídica Internacional. Prova Produzida no Exterior. Aproveitamento no Brasil. Possibilidade?

Pesquisa Pronta- STJ

A Sexta Turma, em recurso relatado pelo Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, salientou o entendimento pacífico da Corte no sentido de que: "as provas produzidas no exterior e compartilhadas por meio de cooperação internacional (MLAT), quando devidamente autorizadas e submetidas ao contraditório, são válidas e podem ser utilizadas no âmbito do processo". (AgRg no AREsp 869623 / SP)

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Na mesma esteira, a Quinta Turma, em caso relatado pelo Ministro RIBEIRO DANTAS, destacou a validade das provas obtidas por meio de cooperação jurídica internacional na modalidade de auxílio direto, e expôs que "a colaboração entre Brasil e EUA é regulada pelo Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (conhecido pela sigla MLAT, de Mutual Legal Assistance Treaty),

Boletim Criminal **Comentado** 147- Julho 2021

incorporado ao ordenamento nacional pelo Decreto 3.810/2001. Seu art. 4º institui um procedimento específico para as solicitações de cooperação, com a participação das autoridades centrais de cada país (o Ministério da Justiça, no Brasil, e o Procurador-Geral, nos EUA)”.

Outrossim, salienta que se forem respeitadas as garantias processuais do investigado, não há prejuízo na cooperação direta entre as agências investigativas, sem a participação das autoridades centrais. A ilicitude da prova ou do meio de sua obtenção somente poderia ser pronunciada se a parte recorrente demonstrasse alguma violação de suas garantias ou das específicas regras de produção probatória.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

DIREITO PENAL:

1-Tema: Arrependimento Posterior. Reparação Integral do Dano. Necessidade?

Pesquisa Pronta- STJ

A Quinta Turma, em caso relatado pelo Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, frisou que “o benefício do arrependimento posterior exige a reparação integral do dano, por ato voluntário, até o recebimento da denúncia”. (AgRg no AREsp 1823407 / PR)

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

A Sexta Turma, no mesmo sentido, em caso relatado pelo Ministro RIBEIRO DANTAS, salientou o entendimento da Corte: “ (...)a causa de diminuição de pena relativa ao artigo 16 do Código Penal (arrependimento posterior) somente tem aplicação se houver a integral reparação do dano ou a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, variando o índice de redução da pena em função da maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima.”(HC 338.840/SC)

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O arrependimento posterior está previsto no artigo 16 do Código Penal:

“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

Trata-se de um comportamento pós-delitivo positivo em que o agente, depois de ter consumado o crime, por ato voluntário, repara o dano ou restitui a coisa com o fim de restaurar a ordem perturbada. Nesses casos, a lei recompensa o criminoso arrependido com a diminuição da sua pena. Os fundamentos de política criminal em que se estabelece o arrependimento posterior são, portanto, o atendimento aos interesses da vítima, que tem seu patrimônio restaurado, e o incentivo ao arrependimento do agente, beneficiado pelo abrandamento da pena. Além disso, o instituto se revela importante para a sustentação do ordenamento jurídico, pois, ao promover a reparação do dano, o agente reconhece a validade da norma que infringiu.

Para seu reconhecimento, o artigo 16 do CP impõe requisitos, dentre os quais destaca-se a reparação do dano ou restituição da coisa. Predomina o entendimento no sentido de que a reparação do dano ou restituição da coisa deve ser integral. Há contudo, tese de que pode ser parcial, desde que presente a concordância da vítima.

2-Tema: Aplicação da Pena. Fixação de Regime mais gravoso. Gravidade e motivação concreta: Necessidade?

Pesquisa Pronta- STJ

A Quinta Turma, em recurso relatado pelo Ministro FELIX FISCHER, no qual o autor era primário, e que, por isso, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal, mas teve fixado o regime inicial fechado por conta da gravidade concreta da conduta, no modus operandi da ação, haja vista ter agido com violência e de modo sorrateiro, ou seja, traiçoeiro contra vítima menor de 14 anos. No caso, frisou: “a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, havendo fundamentação concreta, e diante das circunstâncias do caso, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena. (AgRg no HC 647767/SP).

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718 do STF). A imposição de regime de cumprimento mais severo exige motivação idônea, leia-se, com base na gravidade em concreto do delito (Súmula 719 do STF).

Nada impede que o magistrado fixe a pena base no mínimo legal e, no momento de determinação do regime de cumprimento da pena, entenda ser cabível regime mais grave do que a pena aplicada sugeriria, à luz das alíneas “a”, “b” e “c” do art. 33, § 2º, do Código Penal. É que o artigo 59 do Código Penal é critério orientador da aplicação da pena tanto na primeira etapa quanto no momento de fixação do regime.

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – inimputabilidade – manutenção

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28-A, § 14

Autos nº 1522xxx-5x.2019.8.26.0114 – 3ª Vara Criminal da Comarca de Campinas

Ré: E.S.B.

Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal – inimputabilidade – manutenção

Cuida-se de ação penal proposta pelo Ministério Público, em face de E.S.B., pela prática do crime de dano qualificado, previsto no artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, porque, no dia 28 de maio de 2019, por volta das 18:25 horas, no Pronto Atendimento Padre Anchieta, situado na Avenida Papa João Paulo II, número 630, Vila Padre Anchieta, na cidade e comarca de Campinas, teria destruído cinco vidraças da janela da recepção e duas vidraças da janela do banheiro do referido Pronto Atendimento, pertencente ao patrimônio do Município de Campinas (cf. den. de fls. 01/02).

Conforme consta dos autos, a denunciada foi ao Pronto Atendimento acima mencionado e em razão de não ter sido atendida rapidamente, aproximou-se das supracitadas vidraças, deferindo-lhes socos, destruindo-as. Guardas Municipais foram acionados via “Copom” para atender a ocorrência e, no local, constataram os danos.

O laudo pericial de local foi juntado a fls.12/15, constatando os danos.

Boletim Criminal **Comentado** 147- Julho 2021

Ao oferecer a denúncia, a Dra. REGINA CÉLIA PEGORARO VENANCIO, D. promotora de Justiça natural requereu a instauração de incidente de insanidade mental, tendo em vista diversos relatos nos autos sobre a sua inimputabilidade (fls. 03 e 22).

Neste sentido, são as declarações da mãe da denunciada, que relatou que E.S.B. possui deficiência intelectual, e costumeiramente vai a postos de saúde para tomar soro e ficar internada sem necessidade, sendo que na data dos fatos, irritou-se pois não foi prontamente atendida e desferiu socos nas vidraças. Alegou, ainda, que a filha, ora denunciada, não tem controle sobre seus atos e faz tratamento junto ao hospital Candido Ferreira há mais de 40 anos (fls. 08/11).

A denúncia foi recebida a fls. 23, determinando-se a citação da ré.

A fls. 40/41 foi apresentada defesa prévia, requerendo a instauração de incidente de insanidade mental e juntando documentos, entre eles relatório médico indicando a situação da saúde mental da acusada, a qual possui momentos de desorganização do pensamento e surtos psicóticos, necessitando de internações psiquiátricas de longa duração (fls. 42).

Após concordância do Ministério Público (fls. 48), o MM. Juiz determinou a instauração do incidente de insanidade mental a fls. 50, o qual foi autuado sob o nº 000xx9x-9x.2020.8.26.0114.

A fls. 40/47 dos autos do incidente de insanidade mental nº 0007xxx-xx.2020.8.26.0114, apenso aos autos principais, está juntado o laudo pericial que concluiu que: *“Diante do exposto até o momento, concluímos ser a periciada portadora de desenvolvimento mental retardado e TOTALMENTE INCAPAZ de entendimento ou determinação no momento do ilícito, podendo ser classificado, segundo as prerrogativas da responsabilidade penal, dentre os INIMPUTÁVEIS.”* Laudo homologado a fls. 56 do incidente de insanidade mental nº 000xx9x-xx.2020.8.26.0114.

Já nos autos principais, após homologação do laudo pericial, a fls. 57, o MM. Juiz determinou a anotação da referida homologação e a juntada de folhas de antecedentes.

A fls. 58/59 foi juntada a folha de antecedentes da denunciada, da qual se extrai que se trata de ré primária.

Boletim Criminal **Comentado** 147- Julho 2021

A fls. 61, a D. promotora de Justiça manifestou-se no sentido de que o laudo encartado no incidente de insanidade mental constatou que a ré é inimputável, aguardando a designação de audiência.

Nos termos da audiência virtual realizada, a Defensoria Pública, então, requereu ao Ministério Público que fosse oferecido acordo de não persecução penal a ré, o que foi negado pelo Dr. ALEXANDRE MONTGOMERY WILD, D. promotor de Justiça oficiante na audiência de instrução e julgamento, sob o argumento de que inimputabilidade comprovada da ré torna impossível sua manifestação de vontade para aderir eventuais cláusulas do acordo. Diante da recusa, a defesa requereu a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, o que foi deferido pelo MM. Juiz (fls. 84/85).

É o relato do necessário.

Com razão o Douto Promotor de Justiça, com a máxima vênia à Ilustre Defesa.

Cumpre frisar, de início, que o acordo de não persecução penal **não constitui direito subjetivo público do investigado, mas prerrogativa institucional do Ministério Público**. Nesse sentido, inclusive, o Enunciado n.º 21, elaborado em conjunto pela Procuradoria-Geral de Justiça e pela Corregedoria-Geral do Ministério Público sobre a Lei n.º 13.964/19, que prevê *“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).

E nem poderia ser diferente, haja vista sua **natureza jurídica similar à transação penal e à suspensão condicional do processo**.

Quanto a essas, inclusive, sedimentou-se de há muito na jurisprudência o entendimento de que, uma vez negada a elaboração da proposta, cumpre aplicar o artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal, a fim de que o órgão ministerial de revisão possa dar a palavra final.

Essa solução encontra fundamento na Constituição Federal; em particular, no artigo 129, inciso I, o qual **atribui ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública**. Deveras, tratando-se do *dominus litis*, **aos membros desta Instituição incumbe aferir o cabimento das medidas despenalizadoras contidas na Lei n.º 9.099/95 e – igualmente – do acordo de não persecução penal**.

Nesse sentido, a **Súmula n.º 696 do Egrégio Supremo Tribunal Federal** e a **jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça**, que proclamam **cuidar-se a formulação das propostas de transação penal e suspensão condicional do processo de verdadeira prerrogativa funcional do Parquet** (STJ, HC n.º 150.416, rel. Ministro GILSON DIPP, 5.ª TURMA, DJe de 18/10/2010).

Muito embora o precedente utilizado acima seja referente a acórdão proferido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em *habeas corpus* julgado no ano de 2010, como se disse no início da fundamentação, tal entendimento encontra-se pacificado. Nessa esteira, a título exemplificativo, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO DOLOSA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PRERROGATIVA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO PELO MAGISTRADO. PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. INDEFERIMENTO LIMINAR.

1. Na esteira da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa do Ministério Público, sendo vedado ao Magistrado oferecê-la de ofício. Ademais, a prerrogativa do seu oferecimento (ou não), nos termos da lei, é exclusiva do Ministério Público e deve sempre ser motivada, como de fato ocorreu no caso em questão. Precedentes do STF (Inq 3.438 – Rel. Min. Rosa Weber – 1ª T – j. 11.11.2014 – DJe 10.02.2015 e RE n. 468.161 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – 1ª. T – j. 14.03.2006 – DJe 31.03.2006) e do STJ (AgInt no RHC 66.292/PR – Rel. Min. Nefi Cordeiro – 6ª T – j. 02.06.2016 – DJe 16.06.2016; HC 150.416/SP –

Rel. Min. Gilson Dipp – 5ª T – j. 28.09.2010 – DJe 18.10.2010; AgRg nos EDcl no REsp 825.208/RS – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ª T – j. 22.06.2010 – DJe 02.08.2010 e REsp 1.008.191/SP – Rel. Min. Félix Fischer – 5ª T – j. 24.04.2008 – DJe 09.06.2008

2. Indeferimento liminar do “habeas”.

(TJ-SP - HC 2002196-16.2017.8.26.0000-SP, Relator: Airton Vieira, **julgado em 31.01.2017**, 3ª Câmara de Direito Criminal, DJ 02.02.2017) – grifos acrescentados.

CRIME CONTRA A HONRA. PARLAMENTAR. OFENSAS IRROGADAS QUE NÃO GUARDAM NEXO COM O EXERCÍCIO DO MANDATO. CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 53 DA CF. CRIME DE INJÚRIA PRATICADO CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES. LEGITIMIDADE CONCORRENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 714 DESTA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPRESENTAÇÃO. ATO QUE DISPENSA MAIORES FORMALIDADES. TRANSAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO CONCEDER O BENEFÍCIO SEM A PROPOSTA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO QUE ABRANGE TAMBÉM A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE DE DEPOIMENTOS COLHIDOS POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. INQUÉRITO PARA APURAR CRIME IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL. SUPERVISÃO QUE COMPETE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DENÚNCIA QUE, MESMO EXCLUÍDAS AS PROVAS PRODUZIDAS POR AUTORIDADE INCOMPETENTE, ESTÁ LASTREADA EM INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTES PARA SEU RECEBIMENTO.

(...)

4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade de o Poder Judiciário conceder os benefícios previstos no art. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 sem que o titular da ação penal tenha oferecido a proposta.

(...)

(STF, Inquérito n.º 3.438/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, **julgado em 11.11.2014**, DJe 10.02.2015) – grifos acrescentados.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. (ART. 89 DA LEI N. 9.099/95). RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. **A prerrogativa do oferecimento, ou não, da suspensão processual, nos termos da lei, é exclusiva do Ministério Público, devendo sempre ser motivada, como de fato ocorreria no caso em questão** (HC 40.511/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 833).

2. Na ausência de argumento apto a afastar as razões consideradas no *decisum* ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgInt no RHC 66.292/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, **julgado em 02.06.2016**, DJe 16.06.2016) – grifos acrescidos.

Destaque-se, por oportuno, que o E. Tribunal de Justiça, em recente decisão da Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal, ao julgar *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, **denegou a ordem reconhecendo tratar-se de prerrogativa Institucional do Parquet a análise do cabimento do acordo de não persecução penal**, sendo consignado pelo eminente relator que o Poder Judiciário deve se abster de interferir na questão:

Habeas Corpus. Insurgência quanto à ausência de propositura de acordo de não persecução penal. Tráfico que supostamente viria a ser considerado privilegiado. PGJ que, provocada pelo juízo nos termos do art. 28-A CPP, manteve a recusa do Promotor de Justiça. **Posição institucional que deve ser preservada. ORDEM DENEGADA.** (TJ-SP, HC n. 2064200-84.2020.8.26.0000, Rel. Des. Xisto Rangel, julgado em **5 de maio de 2020**)

Superada esta questão, com relação ao cabimento do acordo, tem-se que o art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n.º 13.964/2019 estabelece que “*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:

- 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**;

Boletim Criminal **Comentado** 147- Julho 2021

- 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.

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

Boletim Criminal **Comentado** 147- Julho 2021

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 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 caso concreto, objetivamente, percebe-se que o crime imputado à denunciada (dano qualificado), em tese, comportaria o novo instituto, porque a pena mínima a ele cominada é de 6 meses de detenção e, portanto, inferior a 4 (quatro) anos, tratando-se também de delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, ao qual não se aplica o benefício da transação penal (pena máxima cominada de 3 anos).

Do mesmo modo, em tese, seria o acordo cabível, tendo em vista que a ré, em companhia de sua genitora na fase policial, confessou a prática do delito que lhe foi imputado (fls. 8-11) e

Boletim Criminal **Comentado** 147- Julho 2021

quando ouvida em entrevista, nos autos do incidente de insanidade mental, confirmou os fatos, dizendo “fiquei nervosa, demorou, ninguém queria me atender” (fls. 42).

Além disso, considerando que se trata de acusada primária, conforme folhas de antecedentes e certidões criminais de fls. 78 e 79, não havendo elemento concreto apontando outros procedimentos investigatórios contra ela instaurados por fatos da mesma natureza, e que nunca foi beneficiada com transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal antes, em teoria, ela faria jus ao benefício.

No entanto, embora estejam ausentes os óbices legais elencados no art. 28-A, § 2º, do Código de Processo Penal, e presentes os requisitos objetivos e subjetivos à celebração da avença, **deve-se analisar se a ré na sua condição de INIMPUTÁVEL faz jus ao benefício e se este se mostra suficiente e necessário à repressão e prevenção do fato.**

Primeiramente, cumpre lembrar que o acordo de não persecução penal é uma **nova modalidade de justiça negocial**, consistindo em um negócio jurídico pré-processual, no qual o Ministério Público deixa de perseguir uma condenação, a despeito da viabilidade jurídica de propor a ação penal e, em contrapartida, o investigado confessa o fato e aceita cumprir as condições acordadas.

Como é inerente a qualquer negócio jurídico, ambas as partes devem transigir.

Some-se a isto que conforme mencionado acima a **natureza jurídica do acordo de não persecução penal é similar à transação penal e à suspensão condicional do processo**, todos consistindo em medidas despenalizadoras decorrentes da justiça negocial.

Neste sentido, considerando-se a condição especial do inimputável, que não possui discernimento para compreender o caráter ilícito do fato praticado, ou de se autodeterminar de acordo com tal entendimento, tem-se que a modalidade de justiça negocial resta prejudicada.

Boletim Criminal **Comentado** 147- Julho 2021

E isto porque, a finalidade do instituto de Justiça Negocial é possibilitar, além da rápida reparação do dano causado à vítima, **a eficiente recuperação e reeducação do investigado ou réu, através do cumprimento das condições formuladas.**

Desta forma, **para que a avença se mostre suficiente e necessária para reparação e prevenção** de novos crimes, o **beneficiário deve**, obrigatoriamente, ser capaz de **compreender e aceitar as condições impostas**, a fim de **cumpri-las e serem estas aptas a fazê-lo conscientizar-se da gravidade e ilegalidade de sua conduta**, a fim de que **não a repita, nem pratique nova conduta típica.**

Sem, contudo, haver tal discernimento, qualquer espécie de acordo para beneficiar o infrator se mostra temerário, por não ser capaz de atingir sua finalidade.

Neste sentido, inclusive, vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça com relação aos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 e a inimizabilidade penal. Vejamos:

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

LESÃO CORPORAL. **ACUSADO INIMPUTÁVEL. NEGATIVA DE OFERECIMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995.**

INCOMPATIBILIDADE ENTRE A TRANSAÇÃO PENAL E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO ÀS PECULIARIDADES DO AGENTE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. As medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/1995 têm por finalidade evitar a imposição de pena privativa de liberdade ao agente, devendo, contudo, observar os critérios da necessidade e suficiência, bem como observar os aspectos repressivo e preventivo da sanção penal.

2. **Como os inimputáveis não possuem integralmente condições de entender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar de acordo com tal entendimento, é impossível a aplicação dos institutos em questão, que pressupõem a capacidade de compreender e aceitar as condições que lhe estão sendo impostas.** Doutrina. Precedente.

3. Habeas corpus não conhecido.

(STJ - HC 370032/SP 2016/0234059-7, Data Julg. 18/4/2017, DOU 27/04/2017; T5 - QUINTA TURMA; Min. Rel. JORGE MUSSI, V.U.)

“Agravo regimental no habeas corpus. Novos argumentos hábeis a desconstituir a decisão impugnada. Inexistência. Furto. Nulidade por ausência de proposta de suspensão condicional do processo. **Incompatibilidade entre o instituto despenalizador e as peculiaridades do agente inimputável. Necessidade de compreensão e aceitação das condições que lhe seriam impostas. Constrangimento ilegal não caracterizado.** Substituição de

internação por tratamento ambulatorial. Crime punível com reclusão. Impossibilidade. Agravo desprovido.

I – No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

II - Considerando que o inimputável não possui condições de entender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar de acordo com tal entendimento, é inviável a aplicação dos institutos despenalizadores, que pressupõe a capacidade de compreender e aceitar as condições que lhe estão sendo impostas. Precedentes.

III. Conforme a dicção do art. 97 do Código Penal, tratando-se de crime punível com reclusão, descabe a substituição da internação em hospital de custódia por tratamento ambulatorial.

Agravo regimental desprovido”

(HC 446743/SP, T.J. 11.9.2018, STJ, Min. Rel. Felix Fisher)

Por fim, cabe mencionar que o inimputável não recebe ao final do processo penal uma sentença condenatória, mas sim uma sentença absolutória, ainda que de absolvição imprópria, na qual se aplicará a melhor medida de cunho terapêutico, seja internação ou tratamento ambulatorial, o que em razão de suas condições especiais, se mostra necessário e mais adequado para sua recuperação.

Ratifica-se, nessa linha de raciocínio, a negativa formulada, baseada na condição pessoal da acusada.

Boletim Criminal **Comentado** 147- Julho 2021

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 de oferta do acordo, restituindo-se os autos ao juízo competente para o prosseguimento da ação penal.

São Paulo, 30 de junho de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº148, 7/2021
(semana nº 4)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Recurso Especial ou Extraordinário. Não Admissão. Trânsito em Julgado: Retroação?

A Sexta Turma do STJ, em recurso relatado pelo Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, frisou nos moldes assentados pela Corte, “que o trânsito em julgado, nos casos em que o recurso especial não é admitido, deve retroagir à data do último dia do prazo para interposição do recurso especial, o qual deve ser colmatado com a decisão a ser proferida pelo STF, na medida em que o embargante também interpôs agravo em recurso extraordinário, que pode ou não possuir semelhante efeito, a depender o julgamento a ser realizado pela Suprema Corte”. (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 297946 / RJ)

Leia a [decisão](#)

Os recursos extraordinário e especial têm fundamento na Constituição Federal, artigos 102 e 105, respectivamente. O primeiro (extraordinário), é processado e julgado no STF, tem como finalidade discutir questões de direito constitucional. Já o segundo (especial), processado e julgado no STJ, debate a questões envolvendo a interpretação de lei federal ou de tratado. Ambos recursos serão processados na forma estabelecidas por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos. Agiu bem o legislador ao não tratar desses recursos no CPP, eis que a matéria, devidamente regulada no Código de Processo Civil, demanda tratamento unitário.

Atualmente, o procedimento dos recursos extraordinário e especial vem tratado nos arts. 1.029 usque 1.042, do Código de Processo Civil. Destacando-se os pontos mais relevantes, em síntese, de se ver que o recurso deve ser interposto perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, contendo a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto e as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida (art. 1.029, incs. I, II e III). O art. 1.030 elenca as causas que podem ensejar a rejeição in limine do recurso pelo o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido. Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042. Já da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

Na hipótese de interposição conjunta de recurso extraordinário e recurso especial, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça (art. 1.031).

Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Cumprida essa diligência, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça (art. 1.032). A situação inversa

também é possível, isto é, se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial (art. 1.033). Sobre os artigos 1.032 e 1.033, explica Cassio Scarpinella Bueno: “são novidades trazidas pelo CPC de 2015. Diferentemente do que ocorre na hipótese do art. 1031, eles não tratam de dois recursos, extraordinário e especial, interpostos concomitantemente. Há, aqui, apenas, um recurso, especial ou extraordinário, e a discussão sobre quem é competente para julgá-lo consoante o enfoque que seja dada à matéria nele versada. (...). Ambas as regras representam importante novidade trazida pelo CPC de 2015 para combater as dificuldades decorrentes da inconstitucionalidade reflexa, que, em termos práticos, acaba gerando verdadeiro vácuo de competência. Ademais, cabe acentuar que ambos os dispositivos, os arts. 1.032 e 1.033, são reflexo inquestionável do modelo de processo cooperativo desejado pelo CPC de 2015 desde seu art. 6º” (Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 719).

Em regra, recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo. Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto (art. 1.029, § 4º). O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado.

Atento aos princípios da instrumentalidade e da economia processual, o art. 1.029, §3º, anuncia que o STF e o STJ podem desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que o vício seja sanável e não seja considerado grave. Teresa Arruda Alvim aplaude a novidade introduzida no CPC, “que tem em vista desestimular a jurisprudência defensiva e está em perfeita consonância com uma das linhas mestras do novo código, que é a de que haja relevação ou sanção de vícios, para que o mérito seja julgado” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2016. p. 1658).

O regimento interno dos tribunais é, de acordo com a maioria, lei em sentido material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de

uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Esse é o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 1.105-7/DF, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski. Pois bem. Em matéria de recursos extraordinário e especial, os regimentos internos do STF e do STJ se aplicam, basicamente, para questões de trâmite no Tribunal, podendo ser aplicado com maior significado – e mesmo assim, em casos excepcionais – em sede de julgamento monocrático, quando o tema envolve jurisprudência dominante da Corte.

2- Tema: Manifestação- execução da Multa- citação postal infrutífera

O rito a ser seguido na execução da multa é o estabelecido entre os artigos 164 e 170 da LEP, com aplicação da Lei 6.830/80 no que for cabível.

A citação do executado tem tratamento mais detalhado na Lei de Execução Fiscal, mais precisamente no seu art. 8º, servindo ao promotor de Justiça durante a cobrança da pena pecuniária. Diz o referido artigo:

“Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;

III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital;

IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterà, apenas, a indicação da exeqüente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo.

§ 1º - O executado ausente do País será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias”.

Boletim Criminal **Comentado** 148- Julho 2021

Clique [aqui](#) para acessar manifestação do colega Manoel Maldonado Gonzaga, na qual se valeu do art. 8º., da LEF, para concretizar o chamamento do executado.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Rejeitado pedido de prisão domiciliar para mulher acusada de saques fraudulentos praticados em sua casa

STJ- NOTÍCIAS DO STJ

O presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Humberto Martins, indeferiu o pedido de prisão domiciliar para uma mulher acusada pelo Ministério Público Federal (MPF) de ser mentora de organização criminosa que fazia saques fraudulentos do PIS e do abono salarial, benefícios pagos pela Caixa Econômica Federal.

Em habeas corpus dirigido ao STJ, a defesa alegou que a acusada, presa há oito meses, é mãe de uma criança de cinco anos, o que lhe daria o direito de cumprir a prisão preventiva em regime domiciliar, conforme a legislação.

No entanto, citando informações do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) na decisão que indeferiu o pleito da defesa, Humberto Martins ressaltou que "a substituição da custódia cautelar pela domiciliar foi negada em razão de o tribunal ter destacado que o delito teria sido praticado em casa, na presença da criança, circunstância que não inviabilizou a empreitada criminosa por parte da paciente e seu esposo, pai da criança".

Saques fraudulentos ao longo de dois anos

A prisão preventiva foi decretada em outubro de 2020, durante a Operação Abono. O MPF ofereceu denúncia contra a mulher e outras 22 pessoas acusadas de participação no esquema.

De acordo com a acusação, o grupo praticou diversos crimes de estelionato ao longo de dois anos, realizando saques fraudulentos de valores relativos aos benefícios do PIS e do abono salarial.

Ainda segundo o MPF, o grupo efetuava outros saques fraudulentos de recursos existentes em contas bancárias e atuava na obtenção irregular de financiamentos em instituições financeiras, operando com dados pessoais de terceiros e falsificação dos respectivos documentos.

Escritório do crime em casa

Na análise do pedido da defesa, o presidente do STJ mencionou que, segundo o TRF2, na residência da acusada funcionava uma espécie de "escritório do crime", em plena pandemia da Covid-19.

Boletim Criminal **Comentado** 148- Julho 2021

O presidente do STJ destacou o fato de que a decisão do tribunal de segunda instância, contestada no habeas corpus, é de fevereiro, razão pela qual não se justifica a análise do pedido da defesa durante o plantão judiciário deste mês de julho.

Além disso, frisou, o pleito liminar tem o mesmo conteúdo do pedido principal do habeas corpus – hipótese em que a análise deve ser deixada para o órgão colegiado competente, que em momento oportuno discutirá com mais profundidade os argumentos apresentados. A relatora na Sexta Turma será a ministra Laurita Vaz.

[Leia a decisão no HC 679.767](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Em fevereiro de 2018, a 2ª Turma do STF concedeu habeas corpus coletivo (HC 143.641/SP, j. 20/02/2018) no qual figuravam como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional” que ostentassem “a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade”, além das próprias crianças que porventura estivessem na companhia de suas mães.

Analisando o mérito do habeas corpus, os ministros invocaram tanto a legislação nacional quanto a internacional para justificar a concessão da ordem.

Como apontou a decisão, as Regras de Bangkok estabelecem prioridade para soluções judiciais que promovam alternativas ao encarceramento, especialmente nas situações prévias à formação definitiva da culpa. Além disso, temos no plano interno o art. 227 da CF/88, que determina prioridade absoluta para a garantia dos interesses de crianças, e a manutenção de presas sem efetiva necessidade atinge o direito delas, que acabam sofrendo injustamente as consequências da prisão. E, por fim, o quadro revelado no processo demonstrava a necessidade de cumprir a lei sobre as políticas públicas para a primeira infância (Lei 13.257/16), que inclusive alterou o art. 318 do CPP nas disposições relativas à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, permitindo-a para gestantes, mulheres com filho de até doze anos incompletos e homens que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados do filho de até doze anos incompletos.

O suporte fático para a concessão da ordem consistiu na comprovação de que mulheres grávidas e mães de crianças (compreendidas no sentido legal conferido pelo art. 2º do ECA: até doze anos incompletos) estavam sendo submetidas a prisões preventivas em situação degradante, não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto e não contavam com berçários e creches para seus filhos.

Em razão disso, determinou-se “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as

Boletim Criminal Comentado 148- Julho 2021

mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício”. E estendeu-se a ordem de ofício a todas as demais presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, assim como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que estivessem na mesma situação daquelas beneficiadas diretamente pela impetração.

Pois bem, na esteira da decisão proferida pelo STF, a Lei 13.769/18 altera a legislação processual penal para disciplinar a matéria de forma expressa. Para tanto, a lei insere no Código de Processo Penal os artigos 318-A e 318-B.

O art. 318-A estabelece que a prisão preventiva decretada sobre a “mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar”, desde que a presa: I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

A lei processual penal, como vimos, já estabelecia a possibilidade de conceder prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva para gestantes e mulheres com filho de até doze anos de idade incompletos no art. 318, incisos IV e V. Há, porém, uma diferença importante: o caput do art. 318 dispõe que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar, ao passo que o caput do novo art. 318-A dispõe que a prisão preventiva será substituída, a não ser que uma das situações elencadas nos incisos o impeça.

Ao que tudo indica, a intenção do legislador foi criar um poder-dever para o juiz, isto é, somente os crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa e contra o próprio filho ou dependente podem impedir que mulheres gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência a substituição da prisão por cautelar, permanecendo presas cautelarmente. Neste passo, a nova lei é mais pródiga na concessão do benefício do que foi a decisão do STF no habeas corpus coletivo, cujo acórdão reconhece que “situações excepcionalíssimas” podem fundamentar a denegação da prisão domiciliar. Nesta ressalva era possível inserir crimes que, não obstante cometidos sem violência ou ameaça, guardavam acentuada gravidade. O STJ, por exemplo, tem decisões nas quais se refere a situações excepcionalíssimas referentes à prática de tráfico de drogas: “V - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados

Boletim Criminal Comentado 148- Julho 2021

por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas. VI - Na presente hipótese, verifica-se situação excepcionalíssima que impede a concessão do benefício, porquanto a paciente foi presa em flagrante realizando a mercancia e armazenamento de drogas ilícitas em sua própria residência, local onde se encontrava seu filho de 1 ano de idade, consoante consignado no v. acórdão vergastado. Precedentes.” (HC 471.503/RJ, j. 13/11/2018). “O fato de a acusada comercializar entorpecentes em sua própria residência, local onde foi apreendida quantidade relevante de cocaína, já embalada em porções individuais, além de outros petrechos comumente utilizados para o tráfico de drogas, evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não cessaria a possibilidade de novas condutas delitivas no interior de sua casa, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito” (STJ – RHC 96.737/RJ, j. 19/06/2018). “O fato de a acusada realizar a contabilidade do grupo criminoso e transmitir as ordens de seu companheiro – líder da associação, atualmente privado de sua liberdade – evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não seria suficiente para evitar a prática delitiva no interior de sua residência, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito” (RHC 96.157/RS, j. 05/06/2018).

A nosso ver, não andou bem o legislador. Acabou desconsiderando o cometimento de crimes graves como o já mencionado tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à prática do próprio tráfico, fraudes de grande vulto e até mesmo determinadas figuras tipificadas na Lei 13.260/16, que trata do terrorismo.

A prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e com adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ora, como apresentado, o novo dispositivo (art. 318-A) opõe-se abertamente às regras gerais para a concessão de cautelares, ignorando as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva e para garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal.

A substituição automática também acaba por violar o disposto no art. 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo. A obrigação de que o juiz substitua a prisão preventiva pela domiciliar torna evidentemente falha a proteção de que se incumbe o Estado.

Boletim Criminal **Comentado** 148- Julho 2021

Por fim, ainda que se admita a existência de um direito subjetivo da presa à concessão do favor legal, sempre haverá algum espaço para que o magistrado formule um conceito de ordem subjetiva. Assim, por exemplo, há que se analisar se a criança, filha da presa, vive efetivamente sob sua companhia, pois é comum que se encontre sob a guarda de fato ou de direito de uma avó ou mesmo do pai. Em relação à pessoa portadora de deficiência, ela pode, eventualmente, encontrar-se internada em uma clínica, quando, então, os cuidados da detenta serão dispensáveis. Não se pode ignorar, também, o cabimento da preventiva como sanção processual para o caso de descumprimento injustificado do benefício legal.

De forma copiosa, o STJ nos dá razão ao ponderar que, mesmo diante do texto do art. 318-A, as circunstâncias excepcionais mencionadas pelo STF no HC 143.641/SP não podem ser ignoradas.

No caso julgado pela Corte Cidadã (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.

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.

(...)

Boletim Criminal **Comentado** 148- Julho 2021

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 STJ volta a decidir nesse sentido no julgado em comento.

2-Tema: Presidente do STJ afasta prisão que não respeitou entendimento do STF sobre presunção de inocência

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

O presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Humberto Martins, concedeu liberdade a um homem que teve mandado de prisão expedido contra si após ser condenado em segunda instância por tráfico de drogas.

Segundo o ministro, a mais recente [interpretação do Supremo Tribunal Federal \(STF\) sobre a prisão após condenação em segunda instância](#) recomenda que o acusado aguarde em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal.

"Na presente hipótese, em juízo preliminar, verifica-se que a prisão do paciente foi decretada exclusivamente em decorrência de julgados do STF que foram superados com o julgamento de mérito das ações declaratórias de constitucionalidade, motivo pelo qual a ordem deve ser concedida", resumiu Martins.

Oito gramas de maconha no bolso

O homem foi preso em flagrante em 2016 com oito gramas de maconha no bolso, além de dinheiro e um celular. O Ministério Público de Minas Gerais ofereceu a denúncia por tráfico, mas o juízo de primeiro grau entendeu que a quantidade apreendida era compatível com a versão do denunciado, de que a droga se destinava ao seu próprio uso, e decidiu pela pena de advertência.

Boletim Criminal **Comentado** 148- Julho 2021

Após recurso da acusação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) condenou o réu a seis anos e cinco meses, em regime inicial fechado, e o mandado de prisão foi expedido logo em seguida.

A Defensoria Pública de Minas Gerais entrou com o pedido de habeas corpus no STJ alegando que a antecipação da execução da pena viola o entendimento do STF sobre a presunção de inocência.

Cumprimento da pena só após o último recurso

O ministro Humberto Martins afirmou que, depois do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 pelo STF, o STJ passou a seguir a mesma orientação de que a pena só pode começar a ser executada quando esgotados todos os recursos – como expresso no [HC 454.611](#), julgado sob a relatoria do ministro Joel Ilan Paciornik –, em decorrência da interpretação do [artigo 283 do Código de Processo Penal](#) e do [artigo 5º, inciso LVII, da Constituição](#).

"Vale destacar que esse entendimento não importa na soltura imediata de todos os presos que, após o julgamento em segunda instância, foram custodiados sem ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação", lembrou o ministro. Ele esclareceu que, conforme a posição do STF, é preciso analisar cada caso, pois o encarceramento antes do trânsito em julgado ainda é possível quando estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, previstos no [artigo 312 do Código de Processo Penal](#).

Leia a decisão no HC 680.764

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), proibindo a execução da pena pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, logo o 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, desde então, 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

Boletim Criminal **Comentado** 148- Julho 2021

juízo 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.

DIREITO PENAL:

1- Tema: Condenação Criminal. Efeitos Extrapenais. Cassação da Aposentadoria ou da Reserva Remunerada. Interpretação Extensiva da Norma de Regência: Possibilidade?

STJ- PESQUISA PRONTA

O entendimento do STJ é no sentido de que não é possível a cassação da aposentadoria de servidor público como efeito da condenação criminal, mesmo em caso de sentença penal que tenha mencionado a perda do cargo como efeito secundário. Isso porque os efeitos da condenação penal contidos no art. 92 do Código Penal são previstos em relação *numerus clausus*, não sendo, portanto, permitida nenhuma interpretação extensiva. Contudo, tal punição pode ser aplicada na esfera administrativa, após regular processo administrativo disciplinar. (AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54091 – MS)

Clique [aqui](#) para ler a decisão

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O inciso inaugural do art. 92 anuncia efeitos da condenação de natureza administrativa (perda de cargo e função pública) e política (perda de mandato eletivo).

Os efeitos administrativos abrangem os crimes praticados por servidores ocupantes de cargo público ou que desempenham função pública, variando os seus pressupostos de acordo com a espécie de crime praticado pelo agente.

Nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, é imprescindível a aplicação de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano. Já em se tratando de crime comum, a pena aplicada deve ser privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos.

De acordo com o STJ, a substituição da pena de prisão por penas alternativas não impede o efeito da condenação em comento.

Nas duas situações (crime funcional e crime comum), cumpre ao magistrado sentenciante examinar a extensão de sua gravidade para decidir se absolutamente incompatível a permanência do agente nos quadros da Administração.

Segundo decidiu o STJ, é possível considerar, para a perda de cargo, emprego ou função pública, que o crime foi cometido com violação de dever para com a Administração Pública mesmo em

situações nas quais o agente público não tenha se valido do cargo. O tribunal julgou válido este efeito da condenação sobre um policial militar condenado a menos de quatro anos de pena privativa de liberdade por ter cometido um roubo tentado. Embora não estivesse ele no exercício do cargo no momento da conduta, tratou-se de evidente violação do dever para com a Administração Pública (REsp 1561248/GO, DJe 01/12/2015).

Na mais recente decisão sobre o tema, deliberou a Corte não ser possível a cassação da aposentadoria de servidor público como efeito da condenação criminal, mesmo em caso de sentença penal que tenha mencionado a perda do cargo como efeito secundário. Isso porque os efeitos da condenação penal contidos no art. 92 do Código Penal são previstos em relação *numerus clausus*, não sendo, portanto, permitida nenhuma interpretação extensiva. Esse entendimento não é novo na Corte, como se percebe do julgado abaixo:

“1. O art. 92 do Código Penal apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a perda da aposentadoria e, por se tratar de norma penal punitiva, não admite analogia *in malam partem*” (AgInt no REsp 1.529.620/DF, j. 20/09/2016). Nem se aplica se o agente público estiver em cargo diverso daquele no exercício do qual cometeu 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” (HC 482.458/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22/10/2019).

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: divergência sobre tipificação do crime contra o consumidor, com reflexo na tramitação de inquérito policial.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

Processo SEI n.º 29.00xx.005xx87.2021.x4 – Promotoria de Justiça de São José dos Campos

Suscitante: 18º Promotor de Justiça de São José dos Campos

Suscitado: 17º Promotor de Justiça de São José dos Campos

Assunto: divergência sobre tipificação do crime contra o consumidor, com reflexo na tramitação de inquérito policial.

Cuida-se de procedimento instaurado por meio do *Sistema Eletrônico de Informações – SEI* e que tem por objeto a análise de *notitia criminis* recebida do PROCON na Secretaria das Promotorias de Justiça Criminais de São José dos Campos e inicialmente distribuído à 17ª Promotoria de Justiça local. Segundo consta, o PROCON de São José dos Campos recebeu reclamação de consumidor dando conta de que o fornecedor *L. L. Izidoro (ME)*, localizado na Avenida Cidade Jardim, 5408, naquela cidade, estaria expondo à venda produtos fora do prazo de validade, outros com ausência de tal informação e outros ainda com supressão da data de validade. Houve fiscalização no estabelecimento, resultando a lavratura do Auto de Infração (AIM) n. 2188684, que imputou ao fornecedor a exposição à venda de embalagens de cerveja com a data de validade vencida e outras embalagens da mesma bebida que não informavam o respectivo prazo de validade. Apurou-se que o fornecedor, que utilizava a denominação *Distribuidora de Bebidas Quebra Gelo*, figura como sócio das empresas *Distribuidora de Bebidas Q. G. C. J. Ltda.*, estabelecida na Avenida Cidade Jardim, 5408, e *Distribuidora de Bebidas Q. G. R. G. Ltda.*, sediada na Rua João Adão, 330, ambas na mesma cidade (ofício 2280183).

Boletim Criminal **Comentado** 148- Julho 2021

O Douto 17º Promotor de Justiça, considerando que os fatos configuravam o crime do art. 66 do Código de Defesa do Consumidor, infração de menor potencial ofensivo, encaminhou o procedimento à 18ª Promotoria de Justiça, com atribuição perante o JECRIM (despacho 2280486).

O Ilustre Promotor de Justiça recipiente, contudo, reputando revogados os arts. 66 e 67 do CDC pela Lei n. 8.137/90, devolveu o procedimento à 17ª Promotoria (decisão 2396334).

Recebendo o expediente, o 17º Promotor de Justiça insistiu na caracterização de conduta tipificada no art. 66 do CDC, aplicável à coletividade de consumidores, e não do crime do art. 7º, inc. VII, da Lei n. 8.137/90, que exige efetivo resultado em desfavor de consumidor determinado. Assim, devolveu o expediente à 18ª Promotoria para adoção das providências necessárias ou para que fosse suscitado conflito de atribuições (despacho 2496920).

O 18º Promotor de Justiça suscitou, então, o presente conflito de atribuições, insistindo na revogação dos arts. 66 e 67 do CDC por lei posterior (decisão 2724193).

Este, em resumo, o relatório.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que a vinda da causa a esta Chefia Institucional está fundamentada no art. 115 da Lei Complementar Estadual nº 734/93, encontrando-se configurado, portanto, o conflito negativo 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, pág. 486-487).

Pondere-se, não obstante, que em sede de conflito de atribuições não cumpre à Procuradoria-Geral de Justiça efetuar um juízo a respeito da existência de prova da materialidade ou indícios de autoria da infração penal objeto do expediente. O exame deve se cingir à definição sobre qual é o membro do Ministério Público a quem incumbe funcionar nos autos.

Pois bem.

Com a devida vênia do Douto Suscitado, assiste razão ao Douto Suscitante, ao menos em parte.

Não se desconhece a clássica dicotomia entre as normas do Código de Defesa do Consumidor e as contidas pela posterior Lei n. 8.137/90, que estão, ambas, em plena vigência. O art. 7º, inc. VII, desta última Lei, protege o consumidor individualmente identificado, diante de propaganda que tenha sido o motivo determinante da pactuação; e a Lei nº 8.078/90 tutela o viés de segurança e confiança nas relações de consumo, prevendo, em seu art. 66, um delito fluido cujo sujeito passivo é toda a coletividade potencialmente afetada.

Aqui, contudo, os autos veiculam, em tese, o crime previsto no art. 7º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90, combinado com o art. 18, § 6º, I e II, do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de crime de perigo abstrato, que se perfaz independentemente das condições do produto: a configuração da impropriedade está no simples exaurimento do prazo de validade ou no desacordo com as normas de apresentação, independentemente do advento de qualquer resultado e mesmo da produção de prova pericial.

Assim, aliás, tem decidido o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. (ARTIGO 7º, INCISO IX, DA LEI 8.137/1990). INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. EXPOSIÇÃO À VENDA DE PRODUTOS COM A DATA DE VALIDADE VENCIDA. EXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO QUE A MERCADORIA SE ENCONTRAVA EM EXPOSIÇÃO AO CONSUMO COM O PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO. PROVA IDÔNEA DA MATERIALIDADE DELITIVA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Da leitura do artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, percebe-se que se trata de delito não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. **Na espécie, o laudo pericial acostado aos autos, ao explicitar a data de validade das mercadorias apreendidas no estabelecimento comercial, é**

suficiente para a comprovação do delito em tela, uma vez que, nos termos do artigo 18, § 6º, são impróprios ao uso e consumo os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos. 3. Se a própria legislação consumerista considera imprestáveis para utilização os produtos com a data de validade expirada, revela-se totalmente improcedente o argumento de que seria necessária a realização de exame pericial de natureza diversa da que foi realizada na hipótese, sendo suficiente a constatação de que o prazo de validade do produto já se encontrava expirado no momento da apreensão. 4. Recurso improvido (STJ - RHC 42499/SP – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – 5ª Turma – Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 10/12/2013, DJe 03/02/2014, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ART. 7.º, INCISO IX, DA LEI N.º 8.137/90. BEM EXPOSTO AO COMÉRCIO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. PRODUTO AGROTÓXICO VENCIDO. LAUDO PERICIAL DISPENSÁVEL, NO CASO. ORDEM DENEGADA. 1. A antiga jurisprudência desta Egrégia Corte era no sentido de que o delito tipificado no art. 7.º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, é crime formal e de perigo abstrato, ou seja, que não exige lesão ou dano, contentando-se com a mera potencialidade lesiva. 2. Não se descure, entretanto, que no dia 06/10/2009, quando do julgamento do REsp 1112685/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, esta Turma modificou seu anterior entendimento, “para estabelecer que nos crimes previstos no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 é indispensável a realização de perícia, quando possível sua realização, a fim de se atestar se o produto é ou não impróprio para o consumo” (DJe 29/03/2010). 3. Tal alteração se deu após o julgamento do HC 90.779- 2/PR, Rel. Min. CARLOS BRITTO (DJ de 24/10/2008) pela Primeira Turma do Pretório Excelso. No referido writ, os Pacientes foram denunciados em razão da produção de desinfetantes para uso geral, desodorante sanitário e sabão em pedra em desconformidade com as normas e regulamentos de fabricação e distribuição, situação fática que exigiu perícia para comprovar a lesividade ao consumidor. **4. No presente caso, o Paciente, representante de empresa, expôs à venda 08 litros do produto denominado “Score” (embalagem de 01 litro), e 04 galões do produto chamado “Contain” (embalagem de 05 litros), todos com as respectivas datas de validade vencidas. A hipótese dos autos, portanto, é diversa da que se exigiu perícia para aferição da lesividade do produto. Na espécie trata-se de comercialização de agrotóxico, que por si só, sem maiores discussões, é produto**

perigoso ao manuseio humano. Não só isso, repita-se, os produtos tinham prazo de validade vencido. À luz do art. 18, § 6.º, do Código de Defesa do Consumidor, “São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos”. 6. Despicienda, portanto, nesta hipótese, a perícia, pois absolutamente “desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial” (REsp 1060917/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5.ª Turma, DJe 13/04/2009). 7. Habeas corpus denegado. (HC 115650/SP – 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 26/10/2010, DJe 22/11/2010).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. ART. 7º, INCISO IX, DA LEI 8.137/90 C/C O ART. 16, § 6º, INCISO I, DA LEI 8.078/90. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL. DESNECESSIDADE. RECURSO

DESPROVIDO. I - A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em sua essência e circunstâncias. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito, e caracterizam situação configuradora de desrespeito ao princípio do devido processo legal (precedentes).II - Na hipótese, a exordial acusatória descreve pormenorizadamente a conduta imputada ao recorrente, destacando que, realizada vistoria no estabelecimento comercial de sua propriedade, foram encontradas diversas mercadorias impróprias para o consumo, que foram, inclusive, detalhadas na peça acusatória, permitindo a compreensão dos fatos e possibilitando o exercício do direito de defesa, razão pela qual o não acolhimento do pleito referente a inépcia da denúncia é medida que se impõe. III - O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus constitui medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (precedentes). IV - **In casu, o recorrente foi denunciado por manter em seu estabelecimento comercial produtos (alimentos) impróprios ao consumo, uma vez que com validade vencida ou sem nenhuma especificação, tendo sido feito pela perícia a constatação fotográfica dos produtos em questão.**

Por outro lado, a conduta do comerciante que expõe à venda a matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX da Lei n. 8.137/90 c/c o art. 18, § 6º, inciso I, da Lei n. 8.078/90, sendo despcienda, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de se reste último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido (precedentes do STJ e do c. Pretório Excelso). Recurso ordinário desprovido” (STJ, Recurso em *Habeas Corpus* n. 73.064/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 16/02/2017).

Na mesma linha o Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA, ENTENDENDO A D. MAGISTRADA TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO CONCRETO – PRETENSÃO DE REFORMA – ADMISSIBILIDADE. A exposição à venda de produtos com a data de validade vencida ou com especificação, peso ou composição em desacordo com as prescrições legais é considerado crime de perigo presumido, que dispensa a realização de exame pericial para comprovar a sua impropriedade, sendo suficiente, como ocorreu no caso dos autos, a constatação dos objetos em questão. Precedentes do C. STJ e desta Egrégia Corte. **Comprovada a materialidade do delito tipificado no art. 7º, incisos II e IX, da Lei nº 8.137/90, c.c. art. 18, § 6º, inciso I, da Lei nº 8.078/90.** Recebimento da denúncia de rigor (Recurso em Sentido Estrito n. 0021344-54.2017.8.26.0224, Rel. Des. Marcelo Gordo, j. em 5/9/2018).

Como está claro, trata-se de conclusão **apriorística**, que poderá, eventualmente, ser contrastada com a definição jurídica dos fatos que vier a ser formulada pelo *dominus litis*. Mas, com a máxima vênia do Douto Promotor de Justiça que primeiro declinou das atribuições, o que há nos autos, até agora, indica francamente para o crime previsto no art. 7º, incisos II e IX, da Lei nº

Boletim Criminal **Comentado** 148- Julho 2021

8.137/90, c.c. art. 18, § 6º, inciso I, da Lei nº 8.078/90, que comina pena de dois e cinco anos e detenção e escapa à competência atribuída ao JECRIM, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95.

Diante disso, conhece-se desta remessa para declarar que a atribuição para oficiar no procedimento é do Douto Suscitado, 17º Promotor de Justiça de São José dos Campos.

Visando, porém, a evitar menoscabo ao princípio da independência funcional, pois diversa a opinião delitiva afirmada, designa-se outro Promotor de Justiça para atuar nos autos.

Faculta-se ao Ilustre Promotor de Justiça designado observar o 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.

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

São Paulo, 25 de junho de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº149, 8/2021
(semana nº 1)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal **Comentado** 149- Agosto

2021

ESTUDOS DO CAOCRIM

Tema: Lei 14.188/2021- que define o programa de cooperação "Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica"

Valéria Diez ScaranceFernandes

Promotora de Justiça (MPSP)

Coordenadora do Núcleo de Gênero do MPSP

Thiago Pierobom de Ávila

Promotor de Justiça (MPDFT)

Rogério Sanches Cunha

Promotor de Justiça (MPSP)

INTRODUÇÃO

No dia 28/07/2021 houve a sanção da Lei n. 14.188/21, que define o programa de cooperação “Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica” como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher e altera o art. 12-C da Lei n. 11.340/2006 para prever a possibilidade de o risco atual ou iminente à integridade psicológica (não apenas à integridade física) justificar o deferimento de medida protetiva de urgência. Na seara criminal, as alterações mais relevantes foram a criação de uma modalidade qualificada de lesão corporal em contexto de violência doméstica contra a mulher (Código Penal, art. 129, § 13) e o novo crime de violência psicológica (Código Penal, art. 147-B). O presente artigo tem por objetivo analisar as repercussões jurídicas da nova lei.

1 QUALIFICADORA DA LESÃO CORPORAL COMETIDA CONTRA A MULHER POR RAZÕES DA CONDIÇÃO DO SEXO FEMININO

A lesão corporal leve, até o advento da Lei n. 14.188/2021, tinha duas modalidades no art. 129 do Código Penal. A simples, do *caput*, punida com detenção de 3 meses a 1 ano, e a qualificada, do § 9º, quando 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, esta punida com detenção de 3 meses a 3 anos. Esta última era qualificada pela relação com a vítima, não pelo resultado. Nestas duas figuras (*caput* e § 9º), o

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

legislador objetiva a proteção de pessoas de ambos os sexos.

Com a novel lei, o art. 129 passa a contar com mais um parágrafo (§ 13), com a seguinte redação:

Art. 129. [...]

§ 13. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro anos).

Como se nota, trata-se de nova qualificadora da lesão corporal de natureza leve, mirando como vítima somente a mulher ferida no ambiente doméstico e familiar, ou ainda por preconceito, menosprezo ou discriminação quanto ao sexo.

O conceito de violência doméstica ou familiar é obtido da leitura do art. 5º da Lei n. 11.340/2006, definida como qualquer ação ou omissão baseada no gênero contra a mulher, em três contextos relacionais: relações domésticas, familiares e íntimas de afeto:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas.

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

A agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. Inclui-se a agressão do patrão em face da empregada doméstica, contra colegas de república ou contra pessoa temporariamente agregada à unidade doméstica. A respeito, temos a lição de Damásio de Jesus e Hermelino de Oliveira (2007, *online*):

Não se pode afirmar que essas normas foram expressas visando à proteção da empregada doméstica. De ver-se, entretanto, que não se pode dizer que a excluíram de sua incidência, até porque o mandamento constitucional proíbe a violência no âmbito das relações familiares. (...) Para que se possa opinar sobre a questão proposta, é também necessário lembrar o conceito legal de empregado doméstico como sendo 'aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas' (art. 1.º da Lei 5.859, de 11 de dezembro de

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

1972²). Essa prestação de serviços no seio das famílias e no ambiente residencial é que justifica o tratamento legal dado à relação de trabalho doméstico e sua forma de proteção (...). A propósito, os escritores nunca desprezaram os empregados domésticos. No passado, encontramos a figura do mordomo fiel, que muito se prestou a tantas peças literárias, sendo, amiúde, a chave do deslinde de histórias policiais misteriosas. Hoje, diante das transformações da família e da vida moderna, a figura da empregada da casa passou a ser objeto de peças teatrais, algumas de muito sucesso, aparecendo como protagonista principal do enredo, tal o seu envolvimento com a vida das pessoas da residência. De se concluir, pois, que ela merece a proteção da Lei 11.340/2006.

As empregadas domésticas estão sujeitas a uma dupla discriminação, de gênero e de classe social (esta última normalmente com um forte recorte de raça). Esta forma de trabalho doméstico é uma continuidade da colonialidade de gênero e raça sobre as mulheres negras (ANDRADE; TEODORO, 2020).

Nesses ambientes, são comuns as abordagens sexuais e o STJ já decidiu pela aplicação da Lei Maria da Penha em crime de assédio sexual contra empregada doméstica. Assim:

Assédio sexual. Lei Maria da Penha. Crime cometido contra empregada doméstica. Condição de vulnerabilidade comprovada. Coabitação entre agressor e vítima. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Requisitos atendidos. Competência do juízo especializado. Omissão. Inocorrência. Rediscussão do julgado. Impossibilidade. Aclaratórios rejeitados.

(STJ, EDcl no Habeas Corpus nº 500.314/PE, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15/08/2019)

A violência no âmbito da família engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção). Nesse sentido, já decidiu o STJ:

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

² A Lei 5.859/72 foi revogada pela Lei Complementar 150/2015, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico e cujo artigo 1º estabelece que se considera empregado doméstico “aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”.

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

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.

(STJ, AgRg no AREsp 1.626.825/GO, rel. Min. Felix Fischer, j. 05/05/2020)

Ao incauto pode parecer que apenas nesta terceira situação fica dispensada a coabitação entre os envolvidos. Mas não. Na linha do entendimento sumulado pelo STJ na Súmula 600: “Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima”.

Ainda de acordo com o parágrafo único do art. 5º da Lei n. 11.340/2006, as relações pessoais nele enunciadas independem de orientação sexual. Notável a inovação trazida pela lei nesse dispositivo legal, ao prever que também a mulher homossexual, quando vítima de ataque perpetrado pela parceira, no âmbito da família ou relação íntima de afeto encontra-se sob a proteção do diploma legal protetivo. Na hipótese de relação homoafetiva entre homens, não tem aplicação a Lei Maria da Penha, pois não se trata de violência de gênero.

A lei também se aplica às mulheres transexuais, ou seja, pessoas que têm identidade de gênero de mulher. Nesse sentido:

A Lei Maria da Penha pode ser aplicada a mulheres transexuais e/ou travestis, independentemente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil. (Enunciado n. 30 da COPEVID)

A Lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do art. 5º, da Lei n. 11.340/2006. (Enunciado n. 46 do FONAVID)

Note-se que, embora a norma explicativa (Código Penal, art. 121, § 2º-A, inc. I) contenha a expressão *violência doméstica e familiar*, deve ser lida como *violência doméstica ou familiar*, pois nada impede que o fato ocorra no âmbito doméstico sem que haja vínculo familiar (como a empregada doméstica)³, nem há óbice a que ocorra fora do âmbito doméstico entre familiares (como a irmã sem coabitação). Tal decorre da própria definição do art. 5º da Lei n. 11.340/2006, que se refere expressamente aos crimes cometidos no âmbito da unidade doméstica e no âmbito da família.

No caso do menosprezo e da discriminação à condição de mulher, o tipo se torna aberto, pois

³ A Lei Complementar n. 150/2015, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico, estabelece, no art. 27, parágrafo único, inciso VII, a possibilidade de rescisão por culpa do empregador quando este praticar qualquer das formas de violência contra mulheres de que trata o art. 5º da Lei n. 11.340/2006.

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

compete ao julgador estabelecer, diante do caso concreto, se o crime teve como móvel a discriminação derivada da condição feminina. Para a adequada compreensão e aplicação da norma, deve-se analisar as circunstâncias do fato, à luz dos estudos sobre as relações de gênero.

Nesse sentido, estabelece o Enunciado n. 25 da COPEVID: “Configura a qualificadora do feminicídio do art. 121, § 2º-A, inc. II, do Código Penal o contexto de: tráfico de mulheres, exploração sexual, violência sexual, mortes coletivas de mulheres, mutilação ou desfiguração do corpo, exercício de profissões do sexo, entre outras”. Outro exemplo de feminicídio não-íntimo presente na legislação de outros países (Colômbia, Nicarágua, Venezuela) é a situação de se ofender a mulher como forma de humilhar um adversário, como no conflito de grupos criminosos.

De uma forma geral, costuma-se indicar como ataque ou discriminação de gênero o ataque ao feminino ou ao fato de a mulher descumprir “papeis tradicionais”, ou mesmo ocupar espaços tradicionalmente reservados aos homens. Exemplos: a agressão a uma mulher porque está com roupas curtas, porque teve relacionamento com homem casado, porque se recusou a amamentar uma criança, a universitária porque “paquerou” dois homens, a uma mulher porque se recusou a sair com um desconhecido, além de outros exemplos.

Importante mencionar, outrossim, que o corte de cabelo forçado de mulher configura violência de gênero. Assim:

Caso dos autos em que o corte de cabelo, como realizado, sem autorização e de forma vexatória, com gravação de vídeo e exposição, constitui lesão corporal, tendo provocado clara alteração desfavorável no aspecto físico e exterior da vítima.

(TJ-RS, APR 70083288860 RS, rel. Des. Luiz Mello Guimarães, 2ª Câ. Crim., j. 17/12/2019)

É interessante notar que, incidentes as circunstâncias do § 9º bem como alguma das qualificadoras dos §§ 1º, 2º ou 3º do art. 129, o § 10 determina que se imponha a pena da respectiva qualificadora, aumentada em 1/3 (um terço) em razão da violência doméstica. A Lei n. 14.188/2021, no entanto, não inseriu disposição semelhante. A qualificadora do § 13, aplicável no caso de lesão corporal simples, cede, se for o caso, seu lugar aos §§ 1º, 2º ou 3º, e não há disposição que determine o aumento da pena porque a lesão, qualificada na forma daqueles dispositivos, foi praticada no âmbito doméstico ou familiar contra a mulher ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Nesse caso, a circunstância especial deve ser considerada na aplicação da pena-base, considerando-se que a violência doméstica contra a mulher possui uma reprovabilidade mais acentuada que a violência doméstica contra homem, exatamente por reforçar a discriminação de gênero, que fomenta uma violência mais incisiva sobre um grupo vulnerável.

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

Em nenhuma situação se admite o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), seja em razão da sua proibição para crimes cometidos com violência ou grave ameaça, seja em face da sua não aplicação para delitos contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (art. 28-A, §2º, IV, do CPP).

Em tese, pela pena mínima, seria admissível a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). Todavia, para os crimes praticados em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, o art. 41 da Lei n. 11.340/2006 proíbe a suspensão condicional do processo (v. Súmula 536 do STJ). Para as situações de lesão corporal por menosprezo ou discriminação à mulher, fora do contexto da Lei n. 11.340/2006, em tese seria cabível o benefício, todavia deve-se atentar para a presença dos requisitos subjetivos, diante da motivação discriminatória. A interpretação sistemática com o art. 41 da Lei n. 11.340/2006 e com o art. 28-A, § 2º, inc. IV, do CPP, sinaliza que crimes com motivação discriminatória possuem uma gravidade mais acentuada, de forma que os motivos e as circunstâncias do crime não autorizam a concessão do benefício (Lei n. 9.099/1995, art. 89, *caput*, c/c Código Penal, art. 77, II). Por exemplo, há diretriz para a não utilização da suspensão condicional do processo para a resolução de casos de racismo, “pois desproporcional e incompatível com a infração penal dessa natureza, violadora de valores sociais” (MPSP, Aviso n. 206/2020 da PGJ)⁴.

Em relação à ação penal, vale lembrar que tanto a lesão corporal leve (*caput*), quanto a lesão corporal em contexto de violência doméstica (§ 9º) praticada contra vítima homem, são crimes sujeitos à ação pública condicionada à representação, por força do art. 88 da Lei n. 9.099/1995. Quando se tratar do crime do § 13 em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, a ação penal será pública incondicionada, diante do regramento do art. 41 da Lei n. 11.340/2006. Todavia, na hipótese de crime de lesão corporal do § 13 fora do contexto de violência doméstica, por menosprezo ou discriminação à condição da mulher, não será possível realizar-se analogia *in malam partem*; portanto, a ação penal será pública condicionada à representação.

Verifica-se que a nova legislação traz uma significativa exasperação da pena, que passa a ser de 1 a 4 anos. Aparentemente, a elevação é feita para se assegurar que a lesão corporal tenha pena mais elevada que a violência psicológica. Esta elevação de pena pode trazer alguns efeitos positivos na prática. Por exemplo, a antiga pena mínima de três meses do § 9º virtualmente inviabilizava a efetiva aplicação do art. 152, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, introduzido pela Lei Maria da Penha, que prevê que “Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá

⁴ Registre-se o entendimento dos autores de que seria conveniente, do ponto de vista político-criminal, a construção *de lege ferenda* de um acordo processual com perspectiva de gênero, que viesse acolher os interesses da vítima em ser protegida e indenizada, e os da sociedade em uma adequada resposta aos crimes de violência doméstica contra a mulher, incluindo-se, por exemplo, a obrigação de realizar acompanhamento perante grupos reflexivos para homens e de respeitar medidas protetivas de urgência.

Boletim Criminal **Comentado** 149- Agosto

2021

determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”. Isso porque o breve tempo de pena não permitia a inclusão do apenado em programa reflexivo, que usualmente exigem alguns meses para sua realização (além do eventual tempo em lista de espera). Agora, estas intervenções serão mais factíveis na execução penal.

2 ART. 147-B DO CÓDIGO PENAL: VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena — reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

2.1 Considerações iniciais

Embora a Lei Maria da Penha contemple a violência psicológica no art. 7º, inc. II, até a entrada em vigor da Lei n. 14.188/2021 não havia no ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal correspondente. Era contraditório constar expressamente essa forma de violência em uma das leis mais conhecidas e importantes do país, que a define como uma “violação dos direitos humanos” (art. 6º) e, ao mesmo tempo, a conduta correspondente não configurar necessariamente um ilícito penal. Diversas condutas consistentes em violência psicológica – como manipulação, humilhação, ridicularização, rebaixamento, vigilância, isolamento – não configuravam, na imensa maioria dos casos, infração penal. Apesar de serem ilícitos civis, não configuravam crime. Não raras vezes, vítimas compareciam perante autoridades para registrar boletins de ocorrência por violência psicológica e eram informadas de que a conduta não configurava infração penal (sequer contravenção).

A ausência de tipificação também dificultava o deferimento de medidas protetivas de urgência, pois, embora os tribunais superiores e o art. 24-A da Lei Maria da Penha permitam a medida protetiva civil autônoma, ainda há, lamentavelmente, muita resistência em se conceder instrumentos de proteção divorciados da infração penal, de um registro de boletim de ocorrência ou procedimento criminal.

Com a inserção do art. 147-B no Código Penal, essa lacuna é preenchida e passa a ser crime praticar violência psicológica contra a mulher. Tutela-se, no novel crime, o direito fundamental “a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Convenção de Belém do Pará, Decreto n. 1.973/1996, art. 3º), em especial a liberdade da ofendida de viver sem medo, traumas ou fragilidades emocionais impostos dolosamente por terceiro.

Boletim Criminal **Comentado** 149- Agosto

2021

A pena cominada ao delito admitiria a aplicação de ambos os benefícios da Lei n. 9.099/1995 (transação penal e suspensão condicional do processo). Para o contexto de violência doméstica contra a mulher são vedados estes benefícios, cf. art. 41 da Lei n. 11.340/2006 (Súmula 536 do STJ) e, para os demais casos, caberá avaliar a presença dos requisitos subjetivos. Eventualmente admitida a transação penal, fica inviabilizado o acordo de não persecução penal, nos exatos termos do art. 28-A, § 2º, inc. I, do CPP.

De qualquer forma, tão ou mais importantes do que as consequências jurídicas para o agressor, deve o operador ficar atento para garantir a proteção da mulher, estabelecendo-se medidas que assegurem sua segurança, intimidade, privacidade, mesmo que a infração admita algum benefício despenalizador. De certo modo, pecou o legislador.

2.2 Sujeitos do crime

O crime é comum, razão pela qual pode ser cometido por qualquer pessoa, homem ou mulher.

Quanto ao sujeito passivo, o crime é próprio, só podendo figurar como ofendida a mulher. Como mencionado acima, inclui-se na tutela penal a mulher transgênero, ainda que não tenha se submetido a cirurgia de redesignação sexual ou alterado o nome e sexo no registro civil. Basta que se trate de pessoa com identidade de gênero feminina.

2.3 Conduta, resultado e nexos de causalidade

O legislador, de forma curiosa, iniciou a descrição típica indicando o resultado e, em seguida, traz uma relação exemplificativa de condutas que podem causar o resultado. O resultado típico é “causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões”. O resultado central é “causar dano emocional à mulher”, já que as locuções seguintes são predicados alternativos do dano emocional.

As condutas executivas vêm em seguida: mediante ameaça (promessa de mal injusto e grave), constrangimento (insistência importuna), humilhação (rebaixamento moral), manipulação (manobra para influenciar a vontade), isolamento (impedimento da convivência com outras pessoas), chantagem (pressão sob ameaça de utilização de fatos criminosos ou imorais, verdadeiros ou falsos), ridicularização (escarnecimento, zombaria, que não passa de uma forma de humilhação), limitação do direito de ir e vir (restrição da livre movimentação) ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação. Por esta última fórmula analógica estende-se o tipo a quaisquer outras condutas que possam interferir na saúde psicológica e no exercício de se decidir. Portanto, o rol de comportamentos é meramente exemplificativo.

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

Nota-se que a redação do tipo penal é muito semelhante à do art. 7º, inc. II, da Lei n. 11.340/2006.⁵ Há, contudo, determinados meios de praticar a violência psicológica que não foram repetidos no art. 147-B. De fato, o dispositivo da lei especial menciona, por exemplo, vigilância constante, perseguição contumaz e violação de intimidade, que propositalmente não compõem o tipo penal da violência psicológica para evitar sobreposição com o comportamento incriminado no art. 147-A do CP (crime de perseguição ou *stalking*).

A violência psicológica é uma forma de *slow violence*, uma violência cumulativa que gera, de forma silenciosa e invisível, uma progressiva redução da esfera de autodeterminação da mulher, com abalos emocionais significativos. São exemplos de danos psicológicos as crises de choro, angústia, *flashbacks* (rememoração constante), pesadelos, insônia, irritabilidade, distúrbios alimentares, hipervigilância (v.g., medo de andar em locais públicos), dores crônicas, medo de iniciar novos relacionamentos afetivos, incapacidade de tomar decisões relevantes, perda de concentração e memória, redução da capacidade laborativa (absenteísmo, desemprego), indução ao alcoolismo e outros (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007; OMS, 2012; RIBEMBOIM, 2012; CAMPOS; ZANELLO, 2016; SAAD, TEIXEIRA, 2017; PINHEIRO, 2019). Usualmente, uma sucessão de pequenos atos de controle coercitivo e manipulação reduzem a capacidade de resistência da vítima para adaptar-se à situação de violência, que ao final vem paralisar sua reação. Portanto, um dos maiores desafios da violência psicológica é dar-lhe visibilidade, pois a própria vítima usualmente tem dificuldades de reconhecer que está diante de uma situação abusiva, apesar das evidentes consequências negativas à sua qualidade de vida. Como destacam Silva, Coelho e Caponi (2007, p. 101):

Difícilmente, a vítima procura ajuda externa nos casos de violência psicológica. A mulher tende a aceitar e justificar as atitudes do agressor, protelando a exposição de suas angústias até que uma situação de violência física, muitas vezes grave, ocorra. [...] A prevenção da violência psicológica pode ser pensada como uma estratégia de prevenção da violência de modo geral, isto é, não só da violência familiar, mas também da institucional e social. O fato de uma pessoa crescer e desenvolver-se numa família violenta pode repercutir na forma de aprendizado de solução de problemas, produzindo um padrão de comportamento violento.

Pesquisa realizada por Carvalho e Oliveira (2017, p. 7) documentou que “a violência doméstica comumente afeta a saúde mental das mulheres vitimadas”, em alguns locais indicando que até 48%

⁵. Conferir: “Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...] II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”.

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

das mulheres que sofreram violência doméstica indicam ter sua saúde mental afetada. Comparando as mulheres que sofreram e as que não sofreram violência doméstica, os autores elaboraram o quadro abaixo correlacionando o agravo ao estado emocional da mulher em razão da violência doméstica (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 8):

	Violência Doméstica nos últimos 12 meses	
	Não	Sim
Frequentemente consegue se concentrar	65,6%	51,1%
Frequentemente consegue dormir bem	68,6%	56,7%
Frequentemente consegue tomar decisões	74,3%	58,3%
Frequentemente se sente estressada	42,8%	60,6%
Frequentemente se sente feliz	74,5%	50,6%

O dano psíquico e a violência psicológica não se confundem. Segundo Machado (2013, p. 189), a “violência psíquica seria causadora de uma patologia médica; enquanto a psicológica não poderia gerar qualquer tipo de patologia somática, estando restrita ao campo do sofrimento não qualificável enquanto doença”. No mesmo sentido é a lição de Pinheiro (2019, p. 178):

[...] o dano psíquico implica a existência, nele mesmo, de um “transtorno mental”, como consta da classificação internacional de doenças (DSM, CID) [...] o dano psíquico distingue-se do sofrimento por inserir em seu conceito a noção de lesão às faculdades mentais, incluindo o afetivo, enquanto o dano moral não implica em conformação patológica. As vítimas de agressões crônicas, como é o caso da maioria das mulheres que sofre violência doméstica, apresentam níveis mais baixos de sintoma de Transtorno de Estresse Pós-traumático (TEPT), em relação à violação sexual (sintoma agudo).

Como aprofundaremos adiante (seção 2.8), caso advenha uma patologia médica haverá o crime de lesão corporal à saúde psicológica; para o dano emocional (sem a correspondente patologia) é que

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

haverá o crime do art. 147-B. O dano emocional corresponde a um sofrimento emocional significativo, a infligência dolosa de dor e angústia, com potencial de influenciar o desenvolvimento cognitivo, social, emocional e afetivo da mulher.

Comentando o tema do dano psíquico (como forma de lesão corporal à saúde psicológica), Saad e Teixeira (2017) discutem a conveniência de as ciências psicológicas elaborarem uma tabela de dano emocional que discrimine os diversos graus: levíssimo, leve, moderado, grave e total. O novo tipo penal deixa de transcrever a hipótese de “diminuição da autoestima” (disposta no art. 7º, inc. II, da Lei n. 11.340/2006), indicando que a configuração criminal da conduta exigiria algo a mais que apenas essa redução da autoestima, como um dano levíssimo, portanto alcançado pelo princípio da fragmentariedade do Direito Penal. Todavia, o novo crime de violência psicológica não exige um estado total e catatônico de dano psicológico, mas uma interferência significativa na integridade psicológica, de forma que outras modalidades de dano leve e moderado podem ser contempladas. Em suas modalidades mais graves, é possível a configuração do transtorno de estresse pós-traumático (CID 10 F43.1), que é forma de lesão à saúde psicológica (e não o crime do art. 147-B).

Estudos na psicologia e nas neurociências indicam que a persistência da violência psicológica, consistente nos comportamentos já indicados no art. 7º, inc. II, da Lei n. 11.340/2006 e, agora, no art. 147-B, gera o incremento do risco de danos psicológicos (v. CAMPOS; ZANELLO, 2016). Nesse sentido (RIBEMBOIM, 2012, p. 71):

[...] a violência afeta o desenvolvimento cognitivo, social, emocional e afetivo da mulher. São comuns os sentimentos de insegurança e impotência, a fragilização das relações sociais decorrentes de seu isolamento, e os estados constantes de tristeza, ansiedade e medo.

Novidade no Brasil, a tipificação da violência psicológica tem correspondentes no direito comparado. Por exemplo, em Portugal, desde 2007, há o crime de “violência doméstica”, previsto no art. 152 do Código Penal, que pune com pena de 1 a 5 anos de prisão a conduta de “Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais”. Ou seja, a conduta de infligir maus tratos psíquicos é uma modalidade autônoma do crime de violência doméstica. Na Espanha, o art. 153 do Código Penal também tipifica um crime semelhante de violência psicológica, consistente em “causar menoscabo psíquico” ou “ou bater ou maltratar outra pessoa sem causar ferimentos” no âmbito das relações íntimas de afeto.

Na Inglaterra, o § 76 do Serious Crime Act 2015 criou o delito de “*controlling or coercive behaviour in an intimate or family relationship*”. O crime exige, basicamente, comportamento repetitivo ou contínuo de controle e um “efeito sério” sobre a vítima. Na França, há o crime de “assédio moral

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

conjugal”, previsto no art. 222-33-2-1 do Código Penal, que exige atos repetidos que tenham o efeito de degradar suas condições de vida gerando uma alteração da saúde física ou mental.

Em 2016, refletindo sobre a eventual criação de um tipo penal de violência doméstica, Ela Wiecko Wolkmer de Castilho afirmava que esse crime seria desejável, dada a insuficiência do crime de lesão corporal para abranger todas as modalidades de dano psicológico e a necessidade de se “atender à demanda da Organização dos Estados Americanos pela produção de estatísticas desagregadas por espécies de violências, como violência intrafamiliar, sexual e psicológica, entre outros” (CASTILHO, 2016, p. 58).

Por outro lado, em países anglófonos que introduziram a criminalização do controle coercitivo, argumenta-se que haveria uma inabilidade do Direito, tanto na teoria quanto na prática, em efetivamente reconhecer a complexidade da violência psicológica, gerando eventualmente consequências negativas à própria mulher. Por exemplo, Walklate e Fitz-Gibbons (2021, p. 1) alertam para o risco de “responsabilizar as mulheres que são vítimas por essas mesmas experiências [de controle coercitivo] e dar sustentação ao poder do Estado patriarcal em responder a tal violência”. Portanto, a nova legislação deve ser aplicada com esta mesma cautela de não trazer nova invisibilidade a experiências de violência psicológica pelas mulheres, frustrando expectativas de proteção.

O tipo penal não se restringe aos âmbitos afetivo, doméstico e familiar de que trata a Lei Maria da Penha (art. 5º, inc. I, II e III). Abrange outras formas de violência contra a mulher ocorridas no âmbito estatal ou comunitário. O art. 147-B é mais amplo, aplicando-se a diversas formas de violência de gênero contra a mulher, na linha do que estabelece a Convenção de Belém do Pará (Decreto n. 1.973/1996), que dispõe no art. 2º:

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
- b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

O crime pode ocorrer, portanto, em estabelecimentos de ensino, serviços de saúde (violência

Boletim Criminal **Comentado** 149- Agosto

2021

obstétrica), templos religiosos, locais públicos, ambientes de trabalho, serviços de atendimento à mulher. E, além das tradicionais condutas de controle, isolamento, humilhação por parte de parceiros, a descrição ampla do tipo penal permite, por exemplo, que se considerem violência psicológica condutas como a de autoridade policial que ridiculariza e humilha a mulher durante atendimento ou a pressiona a não registrar ocorrência e a “fazer as pazes com o agressor”, desde que se gere um dano emocional.

Condutas como ameaças, humilhações ou insultos que não derivem das relações de gênero podem configurar outras infrações penais, como constrangimento ilegal, ameaça ou injúria.

2.4 Voluntariedade

O crime é doloso quanto à conduta de praticar atos de violência psicológica. O agressor, com consciência e vontade, ameaça, constrange, humilha, manipula, isola, chantageia, ridiculariza, limita o direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação.

Entendemos que, em relação ao resultado, este pode ocorrer tanto a título de dolo quanto de culpa. Na maioria das situações, os atos de violência psicológica serão praticados com a finalidade imediata de afirmar o autoritarismo masculino, por puro exercício de poder e suposta superioridade, de forma que o agente prevê o resultado (dano emocional) e lhe é indiferente, o que configura o dolo eventual. Sendo a violência psicológica um ilícito jurídico (desde 2006, com o advento da Lei Maria da Penha), o seu potencial de gerar dor, sofrimento e angústia à mulher, no contexto das relações domésticas, familiares e íntimas de afeto é um verdadeiro fato notório. Portanto, aquele que pratica dolosamente tais atos de ameaça, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação da liberdade ou similares, não poderá afirmar que não sabia que tais condutas tinham o potencial de causar danos emocionais. O contexto de abusividade relacional será indicativo posição de indiferença quanto ao resultado.

Essa conclusão de dolo quanto à conduta e dolo/culpa quanto ao resultado não deve causar espécie. Já está presente em delitos diversos (mas semelhantes), como na lesão corporal. O ofensor responde pelo crime de lesão corporal de natureza grave quando da conduta resultar os eventos descritos nos §§1º e 2º do art. 129, em regra não importando se queridos ou não pelo agente, desde que previsível (que não se confunde com previsto).

2.5 Consumação e tentativa

O crime se consuma com a provocação do dano emocional à vítima. Cuida-se de delito material. Como dito, esse resultado, contudo, pode ser perseguido ou não pelo agente.

O tipo penal do art. 147-B não exige habitualidade (reiteração de condutas), consumando-se com apenas um ato, cuja gravidade concreta já cause um dano emocional significativo. Certamente,

Boletim Criminal **Comentado** 149- Agosto

2021

relações abusivas e violentas que se prolongam no tempo gerarão danos emocionais e, portanto, configurarão o delito. Nessa situação, não sendo possível separar atos individualizados de danos emocionais específicos, o conjunto dos atos abusivos será considerado como uma conduta única. Caso haja reiteradas condutas de violência psicológica, não é necessário que todas sejam imputadas individualmente, sob pena de inviabilizar a denúncia do Ministério Público. Basta que se faça referência ao período aproximado em que ocorreram as condutas e que os danos emocionais sejam comprovados. Este entendimento já é utilizado pelos Tribunais para o caso de estupro reiterados no âmbito doméstico contra pessoa vulnerável (v.g., STJ, RHC 129.490/BA, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 25/05/2021). A prescrição será regulada pela prática do último ato de violência psicológica individualizado.

Embora a tentativa seja, em tese, possível, é improvável sua configuração. Na prática, ou se tem a execução de atos como humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ou há somente preparação para sua prática. Difícilmente alguém já em atos de execução do crime é impedido de provocar o dano emocional por circunstâncias alheias à sua vontade.

2.6 Ação penal

A ação penal é pública incondicionada, não dependendo o Ministério Público do pedido- autorização da vítima.

2.7 Standard probatório

A prova do resultado pode ser feita pelo depoimento da ofendida, por depoimentos de testemunhas, relatórios de atendimento médico, relatórios psicológicos ou outros elementos que demonstrem o impacto do crime para o pleno desenvolvimento da mulher, o controle de suas ações, o abalo de sua saúde psicológica ou algum impedimento à sua autodeterminação. Considerando que o resultado do crime não é a lesão à saúde psíquica, mas o dano emocional (dor, sofrimento ou angústia significativos), laudos técnicos não são necessários.

Importante alertar que a instrução probatória não pode ser campo fértil para revitimização e indevida invasão da vida privada, com detalhamentos desnecessários acerca do dano emocional, do grau de humilhação, da dor sofrida, 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.

A prova deverá ter por fim 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.

Em que pese na esfera penal não se admitir a presunção do resultado, vale lembrar que, segundo o STJ, em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher não há necessidade de prova do dano à esfera moral para efeito de reparação civil, tratando-se de dano moral presumido,

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

decorrente da própria conduta violenta (*propter rem*). Com efeito, a Terceira Seção Tribunal da Cidadania 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 (STJ, REsp 1.643.051/MS, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 28/02/2018). 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 do dever jus-fundamental de criar “mecanismos para coibir a violência no âmbito [das] relações [de família]” (CF, art. 226, § 8º), tem avançado na maximização dos princípios e das regras do 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. Ou seja, o Tribunal da Cidadania presume que a prática de atos de violência doméstica e familiar contra a mulher gera abalos emocionais significativos, a justificar a fixação de danos morais.

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.

Embora a decisão do STJ trate da violência no âmbito doméstico, o mesmo entendimento deve ser aplicado às demais formas de violência de gênero contra a mulher. Assim, na hipótese de violência psicológica cometida por médico, professor ou autoridade, por exemplo, também deve haver o direito à reparação nos termos da decisão. Aliás, é importante mencionar que a vítima tem capacidade postulatória para solicitar a reparação, como salienta Erica Canuto (2021, p. 68):

Registre-se um ponto interessante: é que, de maneira inédita, o Superior Tribunal de Justiça também deu capacidade postulatória à mulher para formular o pedido de indenização por danos morais *in re ipsa*. Então, ela pode pedir no Boletim de Ocorrência no termo de declarações ou em qualquer outro expediente que conste da ação penal, e mesmo que o Ministério Público não formule o pedido, há suprimento da postulação.

2.8 Conflito aparente de normas

O crime o art. 147-B tem como resultado causar dano emocional, ou seja, dor, sofrimento ou

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

angústia. Como já destacado acima, se houver lesão à saúde psicológica comprovada por exame e demonstrado nexo de causalidade (indicando o respectivo CID), haverá o crime do art. 129 do Código Penal. Quando leve, será o §13. Mas pode ser grave, quando, por exemplo, causar a incapacidade da vítima para exercer suas ocupações habituais por mais de trinta dias, lembrando que se entende por ocupação habitual qualquer atividade corporal costumeira, tradicional, não necessariamente ligada a trabalho ou ocupação lucrativa, devendo ser lícita, não importando se moral ou imoral, podendo ser intelectual, econômica, esportiva etc. Também haverá lesão grave se a doença psicológica gerar ideia suicida, diante do risco à vida.

O preceito secundário do art. 147-B contém subsidiariedade expressa: aplicam-se as penas da violência psicológica se a conduta não caracteriza crime mais grave. Dessa forma, um estupro, por exemplo, que sem nenhuma dúvida provoca intenso dano emocional, absorve este crime, e a magnitude dos efeitos psicológicos na vítima deve ser analisada na imposição da pena-base, em razão das circunstâncias do crime.⁶

Todavia, é possível que o novo crime do art. 147-B venha absorver infrações penais menos graves. Será o caso, por exemplo dos crimes de ameaça, constrangimento ilegal ou mesmo da contravenção penal de vias de fato, que inegavelmente carrega o sentido comunicativo de humilhação e constrangimento, uma demonstração de poder sobre a vítima. Como visto acima, em outros países, a agressão física sem lesão é expressamente indicada como modalidade do crime de violência psicológica em ambiente doméstico.

Da mesma forma, o dano simples poderá ser absorvido pela violência psicológica. Usualmente, no contexto doméstico e familiar, a conduta de destruir objetos no interior da residência não tem por finalidade primária gerar prejuízo patrimonial, mas sim ser uma exibição de poder e autoridade, representando a possibilidade de dispor sobre a existência de objetos com valor emocional à mulher (ligados à esfera privada, o *locus* atribuído à mulher). Não raro o dano doméstico possui um sentido comunicativo de ameaça e constrangimento, de forma que o comportamento agressivo significa que o ofensor tem o poder de dispor sobre tudo que está na casa, inclusive da própria mulher, vista como um objeto que pertence ao homem e não deve questionar sua autoridade. Especialmente se o dano é praticado na presença da mulher, se tratará de inegável evento estressante, com potencial de gerar danos emocionais. Nesses contextos, em regra, o agente

⁶ O STJ admite a avaliação dessa circunstância na aplicação da pena-base: “Em relação às consequências do delito, a Corte de origem decidiu pela sua reprovabilidade, uma vez que uma das vítimas ficou nervosa e vomitando, após os fatos, tendo sido, inclusive, submetida a tratamento psicológico por cinco meses. Ora, o aumento da pena-base no tocante à referida vetorial deve ser mantido, porquanto o órgão julgador utilizou de dados concretos acerca de eventuais danos psicológicos e comportamentais que teriam sofrido a vítima, o que demonstra a alteração na vida da ofendida a partir dos gravíssimos crimes praticados, transcendendo a normalidade” (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1.702.782/SC, j. 22/09/2020).

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

danifica objetos de estima da vítima, relacionados ao seu trabalho (roupas, relatório de trabalho, utensílios) ou aos seus filhos, como uma forma de demonstração de poder. O ataque não é patrimonial, mas à autoestima e autonomia da mulher.

A situação mais delicada de avaliação de concurso de crimes será frente ao crime de perseguição ou *stalking* (art. 147-A), especialmente porque este delito é sujeito a ação penal pública condicionada à representação (§ 3º), apesar de ter pena mais elevada que a violência psicológica, diante de causa de aumento de pena (§ 1º, II).

Como já sinalizado, os núcleos verbais de violência psicológica indicados no art. 7º, inc. II, da Lei n. 11.340/2006 foram divididos entre estes dois delitos, de forma que as condutas de vigilância constante, perseguição contumaz e violação de intimidade serão reconduzidas ao crime de perseguição, enquanto as condutas de constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem e ridicularização, que geraram danos emocionais, serão reconduzidas ao crime de violência psicológica. O crime de perseguição exige reiteração (ao menos dois episódios), enquanto o crime de violência psicológica não exige a reiteração. O crime de violência psicológica exige geração de dano emocional, enquanto o crime de perseguição não exige este resultado específico, mas sim uma ameaça à integridade física ou psíquica, restrição à capacidade de locomoção ou invasão ou perturbação à esfera de liberdade ou privacidade. Apesar de a restrição à liberdade de locomoção estar presente em ambos os delitos, no crime de perseguição ela não é a conduta imediata do agente, e sim o resultado, ou seja, a própria vítima limita sua circulação pelo receio da conduta persecuidora do ofensor.

Ainda assim, há aparente sobreposição dos crimes, especialmente em relação à conduta de ameaçar, presente na descrição de ambos os delitos. No crime do art. 147-A, a conduta será de perseguir reiteradamente (que é de ação múltipla, podendo realizar-se por diversas condutas, ainda que isoladamente atípicas) e o resultado será a ameaça à integridade física ou psicológica. No crime do art. 147-B, a ameaça será a conduta, com o resultado do dano emocional. O critério diferenciador dos delitos é a habitualidade (perseguição) e a ocorrência ou não de dano emocional (violência psicológica).

Em tese, será possível o concurso efetivo destes dois crimes, quando cometidos em contextos distintos. Logo, se o casal, por exemplo, está separado, e o ofensor persegue reiteradamente a vítima através de ameaças, que a intimidam, restringem sua liberdade de locomoção e geram um dano emocional à vítima (sofrimento, angústia significativos), estando presente o mesmo contexto fático, considerando que ambos os delitos estão inseridos no mesmo título “dos crimes contra a liberdade pessoal”, será possível que o crime mais grave (a perseguição) venha absorver o menos grave (a violência psicológica), sendo o dano emocional avaliado na fixação da pena base. Com a necessária atenção de que a perseguição é condicionada à representação da vítima e a violência

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

psicológica é incondicionada. Caso não exercido o direito em relação ao crime de ação penal pública condicionada, pode o Estado perseguir o crime que seria absorvido.

Não será possível aplicar-se a agravante da violência contra a mulher, prevista no Código Penal, art. 61, inc. I, alínea “f”, pois esta já é elementar do crime de violência psicológica, que apenas pode ser praticado contra a mulher.

3 ALTERAÇÃO DO ART. 12-C DA LEI N. 11.340/2006 (AFASTAMENTO DO AGRESSOR DO LAR, DOMICÍLIO OU LOCAL DE CONVIVÊNCIA COM A OFENDIDA)

Verifica-se que a Lei n. 14.188/2021 acrescentou ao *caput* do art. 12-C da Lei n. 11.340/2006 a locução “ou psicológica”. A alteração é pequena, mas muito significativa, pois deixa claro que o risco à integridade psicológica também é hipótese suficiente (e necessária) de deferimento das medidas protetivas de urgência.

Praticada uma infração penal que se insira no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 5º da Lei n. 11.340/2006), é possível ao juiz conceder medidas protetivas de urgência buscando impedir que a ofendida seja alvo de novos atos de violência.

Uma das medidas estabelecidas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006 é o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (inc. II). Segundo o disposto no *caput* do citado dispositivo, a medida deve ser aplicada pelo juiz, sendo que, no geral, segue-se o trâmite estabelecido nos art. 10 a 12 e 18 a 21 da Lei n. 11.340/2006, dos quais destacamos especificamente o inc. III do art. 12, e o *caput* do art. 18, segundo os quais, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial remeter, no prazo de quarenta e oito horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida para a concessão de medidas protetivas de urgência, e, recebido o expediente, caberá ao juiz decidir no mesmo prazo.

Ocorre que o caso concreto pode estar rodeado de circunstâncias que tornem o prazo legal muito extenso, aumentando o risco de ineficácia da medida eventualmente concedida. Para contornar esse cenário de proteção deficiente, a Lei n. 13.827/2019 incluiu na Lei Maria da Penha o art. 12-C, para prever a possibilidade de autoridades policiais, subsidiariamente ao magistrado, concederem medidas protetivas de urgência. Este dispositivo é objeto de vívida discussão teórica quanto à admissibilidade de delegação de funções jurisdicionais a autoridades policiais.

Em resumo, o dispositivo reconhece a situação em que a atualidade ou a iminência de risco à vida ou à integridade física ou psicológica da vítima impõe o imediato afastamento do agressor do lar. Risco atual é o que está em curso, como no caso de uma lesão corporal que pode se reiterar. Iminente é o risco que está prestes a ocorrer, como em uma ameaça em que haja elementos

Boletim Criminal **Comentado** 149- Agosto

2021

indicando a possibilidade concreta de que o agente pode cometer o mal injusto e grave que promete.

O advérbio **imediatamente** não deixa dúvida: constatada a atualidade ou a iminência do perigo à vida ou à integridade física ou psicológica, a medida protetiva deve ser concedida no mesmo instante, sem hiato temporal. Por isso, uma vez registrada a ocorrência, deve a autoridade policial providenciar **incontinenti** a remessa do pedido de medida protetiva à autoridade judicial, não se aplicando o prazo de quarenta e oito horas estabelecido no art. 12, inc. III. Da mesma forma, a autoridade judicial deve decidir **imediatamente**, não dentro do prazo de quarenta e oito horas que estabelece o art. 18.

De fato, não faria sentido inserir na lei um dispositivo que determina a imediata concessão da medida se o trâmite do pedido devesse permanecer submetido à regra existente anteriormente. Dessa forma, os mencionados prazos de quarenta e oito horas se aplicam apenas às situações em que não se trata de perigo atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

O art. 12-C permite que outros agentes, além da autoridade judicial, concedam a medida protetiva de afastamento do lar ou da convivência com a ofendida. Não se trata, todavia, de atuação simultânea, mas sim subsidiária, como se extrai claramente do dispositivo legal.

Com efeito, no caso de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da vítima, a lei estabelece que, em primeiro lugar, a autoridade judicial aplique a medida de afastamento. Caso o local não seja sede de comarca, isto é, caso se trate de um município (normalmente de pequeno porte) que não conte com varas judiciais e faça parte de comarca instalada em outro município, a medida pode ser concedida pelo delegado de polícia, que, aliás, ao receber a comunicação do crime tem mais condições de avaliar, ainda que superficialmente, as condições físicas e psicológicas da vítima e a real situação a que está submetida. Finalmente, caso o município não seja sede de comarca e, por alguma circunstância, não haja delegado disponível no momento da comunicação do crime, a medida pode ser concedida pelo policial.

Neste ponto, indaga-se: qual a extensão do vocábulo **policial** empregado pela lei?

Não há nenhuma dúvida de que o policial civil (investigador ou quem exerce função semelhante) está inserido na permissão legal. Trata-se, afinal, da primeira figura que se apresenta naturalmente ante a ausência do delegado de polícia. Mas, dado o caráter genérico da expressão adotada pelo legislador, e tendo em vista a situação de extrema urgência que fundamenta a concessão da medida, é razoável concluir que qualquer policial civil ou militar (ou mesmo federal, embora dificilmente ocorra crime de violência doméstica de atribuição federal) que tome conhecimento do crime pode determinar o afastamento do lar, respeitada, evidentemente, a ordem de

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

subsidiariedade a que já nos referimos. Em termos práticos, a norma apenas possui aplicabilidade às comarcas de interior e de difícil acesso. Em havendo sistema de processo eletrônico, que permita a imediata comunicação ao magistrado, há sempre preferência para a decisão em sede jurisdicional.

Essa conclusão se reforça pelo disposto no § 1º do art. 12-C, segundo o qual a medida decretada pelo delegado de polícia ou pelo policial deve ser comunicada em no máximo vinte e quatro horas ao juiz, que, em igual prazo, deve decidir se a mantém ou se a revoga. Nota-se, portanto, que a decisão tomada pela autoridade policial ou por quem a substitui não se torna definitiva sem o aval quase imediato da autoridade judicial competente, o que minimiza os riscos de que uma medida eventualmente equivocada prejudique gravemente quem foi afastado do lar. Deve-se ter em mente que o art. 12-C traz uma distinção de gravidade em relação à já normalmente delicada situação de violência doméstica e familiar: o atual ou iminente perigo para a vida ou a integridade física ou psicológica da vítima, o que nos auxilia a compreender por que o legislador decidiu atribuir a diversos agentes públicos o poder de impor imediatamente o afastamento do agressor do lar conjugal. A premência da situação justifica o diferimento da análise judicial.

A nova regra também tem um relevante efeito enquanto parâmetro decisório aos magistrados. Infelizmente, diversas pesquisas documentavam uma postura restritiva do sistema de justiça no deferimento das medidas protetivas de urgência, minimizando a gravidade de atos de violência psicológica, como insultos reiterados, atos de ridicularização ou isolamento da vítima de sua família ou amigos, bem como adotando uma postura “familista” em se evitar o afastamento do homem do lar (v. DINIZ; GUMIERI, 2016; PASINATO et al., 2016). Muitas vezes, exigia-se uma “quase-feminicídio” para o deferimento da medida protetiva de urgência, remetendo-se o tema do afastamento do lar para a vara de família no caso de conflitos sem violência física. Por outro lado, a situação de o casal se separar e continuar vivendo sob o mesmo teto, em contexto conflitivo verbal, já é documentada como um fator de risco de feminicídio (ÁVILA et al., 2020).

Agora, a lei expressamente indica que o risco à integridade psicológica da mulher, mesmo sem atos de violência física, exige o imediato afastamento do ofensor do lar. Ou seja, se o relacionamento se deteriorou em atos abusivos de violência psicológica, ainda que “apenas” mediante palavras, deve haver o imediato afastamento do ofensor do lar, privilegiando-se o princípio da precaução e a proteção preventiva à integridade psicológica da mulher. Questões patrimoniais são secundárias e serão discutidas futuramente perante o juízo de família. Um casal apenas pode permanecer residindo sob o mesmo teto se ambos estiverem de acordo com esta convivência pacífica. Os índices alarmantes de violência contra a mulher no contexto brasileiro exigem que se faça uma opção política de privilegiar a precaução neste tema: na dúvida, protege-se.

Boletim Criminal **Comentado** 149- Agosto

2021

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova legislação sinaliza quanto à maior gravidade da lesão corporal em contexto de violência de gênero e dá maior visibilidade à violência psicológica, tanto na esfera criminal quanto para o deferimento de medidas protetivas de urgência.

Todavia, cumpre ressaltar que a elevação de penas ou criação de crimes, isoladamente, não possuem o condão de trazer automaticamente efeito dissuasório da prática de novos atos de violência contra as mulheres. É essencial que as novas normas penais sejam aplicadas dentro do espírito holístico da Lei Maria da Penha, que prevê a necessidade de concretização de políticas públicas de prevenção e proteção à mulher. Não se deve cair na ilusão do populismo punitivo, ofuscando a centralidade das políticas públicas de prevenção à violência contra as mulheres, que são o coração da Lei Maria da Penha.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daphne de Emílio Circunde Vieira; TEODORO, Maria Cecília Máximo. A colonialidade do poder na perspectiva da interseccionalidade de raça e gênero: análise do caso das empregadas domésticas no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 556-577, 2020. Disponível em <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i2.6855>. Acesso em: 6 jul. 2021.

ÁVILA, Thiago Pierobom de et al. Políticas públicas de prevenção ao feminicídio e interseccionalidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 375-407, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i2.6800>. Acesso em: 7 jul. 2021.

CAMPOS, Ioneide de Oliveira; ZANELLO, Valeska. Saúde mental e gênero: o sofrimento psíquico e a invisibilidade das violências. *Vivência – Revista de Antropologia*, n. 48, p. 105-118, 2016. Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/11505/8096>. Acesso em: 7 jul. 2021.

CANUTO, Erica. *Princípios especiais da Lei Maria da Penha e a garantia dos direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica e familiar*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CARVALHO, José Raimundo; OLIVEIRA, Victor Hugo. *Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher PCSVDFMulher: Relatório Executivo II, Primeira Onda, 2016: Violência Doméstica e seu Impacto no Mercado de Trabalho e na Produtividade das Mulheres*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2017.

Boletim Criminal Comentado 149- Agosto

2021

CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. Violência psicológica. In: BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo Gaudêncio (Org.). *A mulher e a Justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos*. Brasília; AMAGIS, 2016, p. 35-61.

DINIZ, Debora; GUMIERI, Sinara. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012. In: PARESCHI, Ana Carolina Cambreses et al. (Orgs.). *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. (Coleção Pensando a segurança pública, v. 6). Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, Disponível em: https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-2/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pensando/pensando-a-seguranca-publica_vol-6.pdf. Acesso em: 7 jul. 2021.

JESUS, Damásio de; SANTOS, Hermelino de Oliveira. *A Empregada Doméstica e a Lei “Maria da Penha”*. 2007. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/empregada-domestica-e-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 06 jul. 2021.

MACHADO, Isadora Vier. Da dor do corpo à dor da alma: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha. 2013. Tese. Orientadora: Prof.^ª Dr.^ª Miriam Pillar Grossi. (Doutorado em Ciências Humanas) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/107617>. Acesso em: 7 jul. 2021.

MPSP. *Aviso n. 206/2020 da PGJ*. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Noticias_CAO_Criminal/recomenda%C3%A7%C3%A3o%2001%20cg%20pgj.pdf. Acesso em: 06 jul. 2021.

OMS – Organização Mundial de Saúde. *Prevenção da violência sexual e da violência pelo Parceiro íntimo contra a mulher: ação e produção de evidências*. 2012. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44350/9789275716359_por.pdf Acesso em: 6 jul. 2021.

PASINATO, Wania et al. Medidas protetivas para as mulheres em situação de violência doméstica. In: PARESCHI, Ana Carolina Cambreses et al. (Org.). *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. (Coleção Pensando a segurança pública, v. 6). Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. Disponível em: https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-2/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pensando/pensando-a-seguranca-publica_vol-6.pdf. Acesso em: 7 jul. 2021.

PINHEIRO, Carla. *Manual de psicologia jurídica*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RIBEMBOIM, Clara Goldman (Coord.). *Referências técnicas para atuação de psicólogas (os) em Programas de Atenção à Mulher em situação de Violência*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia,

Boletim Criminal **Comentado** 149- Agosto

2021

2012. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/05/referencias-tecnicas-para-atuacao-de-psicologas.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2021.

SAAD, Cynthia Ramos do Amaral; TEIXEIRA, Márcia Regina Ribeiro. O que os olhos não veem, a lei alcança? O dano psíquico na aplicação da Lei Maria da Penha. In: BRASIL. *Tendências em Direitos Fundamentais: possibilidades de atuação do Ministério Público*. v. 2. Brasília: CNMP, 2017, p. 369-405. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/TENDENCIA_EM_DIREITO_2017_-_WEB.pdf. Acesso em: 7 jul. 2021.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, v. 11, n. 21, p. 93-103, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-32832007000100009>. Acesso em: 3 jul. 2021.

WALKLATE, Sandra; FITZ-GIBBON, Kate. Why criminalise coercive control? The complicity of the criminal law in punishing women through furthering the power of the state. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*. Advance online publication. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.5204/ijcsd.1829> Acesso em: 6 jul. 2021.

CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº150, 8/2021
(semana nº 2)

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Júnior

Assessores

Fernanda Narezi P. Rosa

Ricardo José G. de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira

Manoella Guz

Roberto Barbosa Alves

Yolanda Alves Pinto Serrano

Walfredo Cunha Campos

Analistas Jurídicos

Ana Karenina S. Rodrigues

Victor Gabriel Tosetto

Boletim Criminal Comentado 150- Agosto

2021

AVISO

O Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM e o Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil - IEPTB informam que o preenchimento do campo "valor atualizado" do *Sistema Resgate de Valores* é obrigatório, havendo a possibilidade de repetir o valor indicado na certidão de multa penal encaminhada para protesto. A ausência de preenchimento desse campo tem acarretado a devolução do apontamento.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Lei 14.192/21 – Violência Política contra a Mulher

Foi publicada a Lei 14.192/21, estabelecendo normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher, nos espaços e atividades relacionados ao exercício de seus direitos políticos e de suas funções públicas, e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais e dispõe sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral.

A nova Lei anuncia que serão garantidos os direitos de participação política da mulher, vedadas a discriminação e a desigualdade de tratamento em virtude de sexo ou de raça no acesso às instâncias de representação política e no exercício de funções públicas. As autoridades competentes priorizarão o imediato exercício do direito violado, conferindo especial importância às declarações da vítima e aos elementos indiciários.

De acordo com o art. 3º, considera-se violência política contra a mulher toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher. Constituem igualmente atos de violência política contra a mulher qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em virtude do sexo.

Buscando concretizar o fim nela anunciado, a Lei 14.192/21 promove mudanças no ordenamento eleitoral. Vejamos.

O **art. 243 do Código Eleitoral** recebeu o **inc. X**, nova forma não tolerada propaganda:

I - de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes;

II - que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis;

III - de incitamento de atentado contra pessoa ou bens;

Boletim Criminal Comentado 150- Agosto

2021

IV - de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública;

V - que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza;

VI - que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

VII - por meio de impressos ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda;

VIII - que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito;

IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

X - que deprecie a condição de mulher ou estimule sua discriminação em razão do sexo feminino, ou em relação à sua cor, raça ou etnia. **(Redação dada pela Lei nº 14.192, de 2021)**

Foi alterado o crime do art. 323 do Código Eleitoral, agora apresentando a seguinte arquitetura:

Art. 323. Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado: **(Redação dada pela Lei nº 14.192, de 2021)**

Penal - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Parágrafo único. Revogado. **(Redação dada pela Lei nº 14.192, de 2021)**

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos. **(Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)**

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até metade se o crime: **(Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)**

I - é cometido por meio da imprensa, rádio ou televisão, ou por meio da internet ou de rede social, ou é transmitido em tempo real; **(Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)**

II - envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia. **(Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)**

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto

2021

Passa a ser crime, previsto no art. 326-B do Código Eleitoral, assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo. A pena é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. O seu parágrafo único diz que a pena aumenta-se em 1/3 (um terço), se o crime é cometido contra mulher:

I - gestante;

II - maior de 60 (sessenta) anos;

III - com deficiência."

As penas cominadas nos arts. 324, 325 e 326 estão sujeitos as causas de aumento do art. 327, que agora tem novas hipóteses majorantes, a saber:

Aumentam-se de 1/3 (um terço) até metade, se qualquer dos crimes é cometido: **(Redação dada pela Lei nº 14.192, de 2021)**

I - contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro;

II - contra funcionário público, em razão de suas funções;

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da ofensa.

IV - com menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia; **(Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)**

V - por meio da internet ou de rede social ou com transmissão em tempo real. **(Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)**

2- Tema: Audiência de Oitiva de Testemunha. Ausência do Órgão Acusatório: Nulidade?

STJ- PESQUISA PRONTA

O entendimento vigente do STJ é no sentido que a simples ausência do órgão acusatório, devidamente cientificado, em audiências para a oitiva de testemunhas, não enseja a nulidade da ação penal, sendo adotando o *princípio do pas de nullité sans grief*, nos moldes do artigo 563 do Código de Processo Penal: "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". Nesse sentido:

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto

2021

STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1712039 / RO:

“Nos termos do posicionamento jurisprudencial firmado neste Superior Tribunal de Justiça, a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato, quando não restar devidamente demonstrada a ocorrência de prejuízos. Precedentes.” (STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1712039 / RO - Rel. Ministro JORGE MUSSI, Data do Julgamento: 03/05/2018, Data da Publicação/Fonte DJe 9/5/2018).

STJ, Quinta Turma, AgRg no AREsp 1191886 / PE

“No caso dos autos, conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvidas as testemunhas, o certo é que o próprio artigo 212 do Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, outrossim, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, o que revela a inexistência do prejuízo suportado pelo apenado, sendo certo que o togado de origem não atuou como acusador, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente. Ademais, a defesa teve a oportunidade de formular às testemunhas os questionamentos que entendeu pertinentes para o embasamento de sua tese, razão pela qual eventual nulidade somente poderia ser reclamada pela parte ausente ao ato. Nessa toada, sabe-se que o artigo 565 do Código de Processo Penal preceitua que 'nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse'.” (STJ, Quinta Turma, AgRg no AREsp 1191886 / PE, - Rel. Ministro JORGE MUSSI, Data do Julgamento: 06/12/2018, Data da Publicação/Fonte DJe 14/12/2018).

3- Tema: Modelo de razões de agravo em execução- remição pela leitura

Para ter acesso ao modelo: **Clique [aqui](#)**.

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto

2021

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1 -Tema: Cabe à Justiça Federal julgar crime de esbulho possessório de imóvel financiado pelo Minha Casa Minha Vida

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu a competência da Justiça Federal para processar e julgar crime de esbulho possessório de imóvel financiado pelo programa **Minha Casa Minha Vida**. Para o colegiado, enquanto o imóvel estiver vinculado ao programa, cuja compra envolve subsídio federal e posse indireta da Caixa Econômica Federal (CEF), persistirá a competência federal.

O conflito foi suscitado no STJ pelo juízo federal de Campo dos Goytacazes (RJ), após o juízo estadual declinar da competência para analisar o caso de uma mulher que teria sido forçada por invasores, mediante ameaças e intimidações, a deixar o imóvel financiado no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida.

Para o juízo estadual, por ser o programa habitacional implementado pela CEF, mediante contratos de mútuo, o crime ofende bens, interesses e serviços da União. Além disso, argumentou que o banco estatal tem direito à reintegração de posse de imóveis comprados pelo programa.

O juízo federal, no entanto, sustentou que a vítima do crime é quem tem a posse direta do bem – no caso, a particular obrigada a deixar o imóvel.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O delito em discussão está descrito no **artigo 161, parágrafo 1º, inciso II, do Código Penal**, que tipifica a conduta de invadir terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório, com violência ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas.

De acordo com a doutrina, o sujeito passivo será o proprietário ou possuidor (legítimos) do imóvel cuja área é alterada em suas divisas. Os possuidores indiretos de terra podem ser sujeitos passivos de qualquer dos delitos de usurpação descritos no art. 161 do CP, facultando-lhes a lei a propositura de queixa-crime (RT 515/381).

Segundo a relatora do conflito de competência, ministra Laurita Vaz, "o crime de esbulho possessório pressupõe uma ação física de invadir um terreno ou edifício alheio, no intuito de impedir a utilização do bem pelo seu possuidor. Portanto, tão somente aquele que tem a posse direta do imóvel pode ser a vítima, pois é quem exercia o direito de uso e fruição do bem".

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto

2021

Na hipótese de imóvel alienado fiduciariamente, a ministra ressaltou que, enquanto o devedor fiduciante permanecer na posse direta, só ele poderá ser vítima do crime. Apenas se o credor fiduciário passar a ter a posse direta do bem é que será ele a vítima.

Entretanto, Laurita Vaz ponderou que o fato de o credor fiduciário não ser a vítima do crime não exclui o seu interesse jurídico no afastamento do esbulho, uma vez que o possuidor indireto, no âmbito civil, da mesma forma que o possuidor direto, tem legitimidade para propor a ação de reintegração de posse, prevista no [artigo 560 do Código de Processo Civil](#) – hipótese de legitimação ativa concorrente.

No caso em análise, a relatora comentou que a CEF, na condição de credora fiduciária e possuidora indireta, tem legitimidade para propor eventual ação de reintegração de posse do imóvel esbulhado na Justiça civil, tanto quanto a vítima do crime – ou seja, a possuidora direta e devedora fiduciante.

"Essa legitimação ativa concorrente da empresa pública federal, embora seja na esfera civil, é suficiente para evidenciar a existência do seu interesse jurídico na apuração do referido delito. E, nos termos do [artigo 109, inciso IV, da Constituição](#), a existência de interesse dos entes nele mencionados é suficiente para fixar a competência penal da Justiça Federal", declarou. ([CC 179467-clique para consulta processual](#)).

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto

2021

DIREITO PENAL:

1-Tema: Perda do cargo de PM condenado por tortura é referendada pelo Superior Tribunal de Justiça

MPSP- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO MPSP

Caso denunciado pelo MPSP levou a duas condenações

Em decisão da última segunda-feira (2/8), o Superior Tribunal de Justiça manteve a perda do cargo de policial militar condenado por tortura. Além disso, o agente público foi condenado a três anos e dois de prisão em regime inicial semiaberto. Outro réu no caso recebeu pena de dois anos e quatro meses, também no regime semiaberto.

Segundo a denúncia, em abril de 2016 a vítima, um homem que estava em um ponto de ônibus da cidade de Rio Claro, foi abordado pelos réus, sendo que um deles estava armado. Ele foi jogado ao chão e amarrado, recebendo golpes na cabeça e na boca. Após questionarem se a vítima sabia sobre um roubo de carro, os condenados mantiveram-na amarrada e sendo agredida. Os crimes só foram interrompidos quando o patrão do homem apareceu e esclareceu sobre sua inocência.

O Ministério Público denunciou os réus por tortura, mas o juízo de primeira instância desclassificou a acusação para os crimes de abuso de autoridade e lesão corporal, sentenciando os envolvidos a cinco e quatro meses de detenção em regime semiaberto, respectivamente. A decisão fez com que o MPSP recorresse e obtivesse o aumento das penas.

Clique [aqui](#) para acesso ao inteiro teor do acórdão

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Determina o § 5.º do art. 1º., da Lei 9.455/97 (Lei de Tortura) que a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Temos aqui uma consequência administrativa da condenação por crimes tipificados nesta lei. Diferentemente do que ocorre nos arts. 91 e 92 do CP (em que se exige manifestação expressa do juiz a respeito dos efeitos da condenação), aqui os efeitos são automáticos, não sendo necessário que constem da sentença.

Esse é o entendimento da 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma negou o pedido de um policial militar que pretendia anular a perda do cargo e da interdição de exercício. A relatora foi a Ministra Laurita Vaz. De acordo com a ministra, não é necessário fundamentar na sentença de

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto

2021

condenação por crime de tortura (Lei 9.455/97) a perda do cargo, função ou emprego público. O efeito é automático. Outro efeito automático e obrigatório da condenação é a interdição para a prática de outra função pública por período duas vezes mais longo do que o tempo da pena privativa de liberdade. O policial alegou afronta ao art. 93, IX, da CF. Segundo o inciso, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. O policial foi condenado a três anos e seis meses de reclusão em regime fechado pela prática do crime de tortura. A relatora explicou que a necessidade de motivação para a perda do cargo, função ou emprego público é estabelecida no art. 92, I, c.c. o art. 92, parágrafo único, ambos do CP. Na Lei de Tortura, o efeito é automático da condenação e não depende de fundamentação (HC 92.247). É a mesma orientação que vem sendo aplicada pela 6.ª Turma do tribunal: “A perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura, não sendo necessária fundamentação concreta para a sua aplicação” (AgRg no AgRg no AREsp 1.079.767/SE, DJe 27/10/2017).

Há doutrina no sentido de que, no caso do § 2.º, em que o agente é submetido a pena de detenção, a perda do cargo não deve ser automática, pois, diante das circunstâncias fáticas, a medida pode se revelar desproporcional em relação ao ato praticado.

Reconhece-se o acerto do legislador ao limitar o tempo de interdição (o dobro da pena aplicada), por não existir no nosso ordenamento nenhuma pena de caráter perpétuo. Logo, decorrido o prazo, o condenado poderá assumir novo cargo, emprego ou função, porém jamais reintegrar-se na situação anterior (apesar do silêncio da lei, trata-se de decorrência lógica do art. 93, parágrafo único, do CP).

2- Tema: Substituição da pena por homicídio ao volante, antes da Lei 14.071/2020, não pode ser afastada sem motivação concreta

STJ- PUBLICADO EM NOTÍCIAS DO STJ

Não há impedimento legal para a substituição da pena de reclusão por sanções restritivas de direitos no crime de homicídio culposo na direção de veículo, cometido sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa causadora de dependência, antes do início da vigência da Lei 14.071/2020. Assim, para afastar a substituição nessas situações, a decisão judicial precisa estar fundamentada nos elementos do caso concreto.

Esse foi o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar habeas corpus impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que considerou não ser socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto

2021

direitos no caso de um motorista acusado de matar um motociclista em 2018, após a ingestão de álcool.

A Lei 14.071/2020 acrescentou o [artigo 312-B ao Código de Trânsito Brasileiro \(CTB\)](#), dispondo que, quando os crimes de homicídio culposo e lesão corporal de natureza grave ou gravíssima forem cometidos após o uso de álcool pelo motorista, não se aplica o [artigo 44, inciso I, do Código Penal \(CP\)](#), que estabelece condições para a substituição da pena.

Condenado a cinco anos de reclusão e suspensão da habilitação por três meses, o réu alegou ser primário, possuir bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita; assim, teria direito à substituição prevista no [artigo 312-A do CTB](#).

Substituição de pena é possível

Ao proferir seu voto, a relatora do habeas corpus, ministra Laurita Vaz, destacou que, como regra, é possível a substituição da reclusão por penas restritivas de direito quando a reprimenda for maior do que quatro anos, na hipótese de crimes culposos, conforme previsão do CP.

A magistrada ponderou que o impedimento estabelecido no artigo 312-B do CTB não se aplica ao caso analisado, já que o crime foi praticado em 2018, antes da edição da lei que criou o dispositivo.

Ela ressaltou que o tribunal de origem não deixou clara a sua motivação para afastar o direito do motorista, pois não indicou se ele trafegava acima da velocidade permitida ou se a quantidade de álcool era exagerada, limitando-se a "consignar circunstâncias inerentes às elementares do tipo para afastar a medida, quais sejam, a gravidade da conduta e a influência de álcool".

Segundo a relatora, as provas demonstraram que a luz traseira da moto da vítima estava desligada no momento da colisão – circunstância que beneficia o réu. Além disso, apontou, o TJSP reconheceu que a conduta do motorista "não extrapolou a culpabilidade inerente ao próprio tipo penal, bem como as consequências são próprias ao limite do delito".

Individualização da pena

A ministra lembrou que, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), a vedação, a priori, da conversão da prisão por sanções restritivas de direitos não pode ser admitida, por violar o princípio da individualização da pena. É preciso que haja motivação relacionada às circunstâncias do caso concreto.

Para ela, o TJSP entendeu que a substituição da pena não seria socialmente recomendável apenas pelo fato de que o réu ingeriu bebida alcoólica, "sem declinar conjuntura extraordinária" que justificasse a decisão. Com isso – concluiu Laurita Vaz –, a corte local "esvaziou o permissivo legal que garantia a referida substituição a condenados pelo delito do [artigo 302, parágrafo 3º, do CTB](#),

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto

2021

de forma apriorística – ou seja, empregou fundamento que constituiria igual óbice a todos os réus nessa situação, indistintamente". ([HC 673337](#)- clique para consulta processual)

Leia o acórdão no HC 673.337.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Publicada no Diário Oficial da União de 14 de outubro de 2020, para se tornar eficaz depois de decorridos 180 dias da publicação (vigente desde o dia 12 de abril de 2021), além de várias modificações na esfera administrativa, como ampliação do prazo de validade da CNH, aumento da pontuação para suspensão do direito de dirigir, entre outras mudanças, a Lei nº 14.071/20 trouxe importante modificação na parte criminal do Código de Trânsito, mais precisamente no tratamento dado aos crimes de homicídio culposo (CTB, art. 302, § 3º) e lesão corporal culposa grave ou gravíssima (CTB, art. 303, § 2º), qualificados pela influência do álcool ou embriaguez do condutor, por qualquer substância psicoativa que determine dependência. Reza o art. 312-B:

"Art. 312-B. Aos crimes previstos no § 3º do art. 302 e no § 2º do art. 303 deste Código não se aplica o disposto no **inciso I do caput do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** (Código Penal)."

A intenção do legislador, anunciada e repetida pelo Congresso e pelo Executivo Federal, é não mais permitir a aplicação de penas restritivas de direitos se o condutor estiver sob influência do álcool ou de outra substância psicoativa ao incorrer nos crimes dos arts. 302, § 3º e 303, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97).

Trata-se de medida de política criminal importante, pois, apesar de todos os alertas e campanhas educativas, e não obstante o agravamento das punições nas esferas administrativa e criminal, tais crimes, decorrentes da combinação de álcool (e outras drogas) e direção de veículos automotores, têm triplicado as taxas de mortalidade em nosso Estado.

A nova norma é mais rigorosa, valendo somente para casos futuros, ocorridos a partir de sua vigência, respeitando o disposto no art., 5º, XL, da Constituição Federal. Foi o que decidiu o STJ no caso em comento.

A modificação certamente terá reflexos na seara do acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A). Hoje o ANPP pode, em tese, ser aplicado em crimes violentos no trânsito, com base, inclusive, em Enunciado do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Criminal - **GNCCRIM**:

ENUNCIADO 23 (ART. 28-A, § 2º) 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

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto

2021

um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.

Com a nova Lei, nasce campo fértil para não mais se admitir o ANPP nesses casos. O homicídio culposo, estando o motorista embriagado, jamais admitiu o benefício em razão da sua pena mínima superior a 4 anos. A lesão culposa, nas mesmas circunstâncias, em que pese a pena mínima autorizar o ajuste, a proibição de penas alternativas pode ser um argumento a mais para fundamentar a recusa por parte do órgão do Ministério Público. Recomendamos, contudo, sempre fundamentar o eventual não oferecimento do ANPP com base nas circunstâncias do caso concreto.

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto 2021

MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP

1-Tema: análise de promoção de arquivamento do inquérito policial

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28

Autos n.º 1502xxx-5x.2021.8.26.0664 – MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Votuporanga

Investigado: J.S.L.

Assunto: análise de promoção de arquivamento do inquérito policial

Trata-se de investigação criminal iniciada para apuração da conduta de J.S.L., ocorrida antes de 28 de abril de 2021 na Rua Benedita Terra Pimentel, 1048, Valentim Gentil, na Comarca de Votuporanga. Segundo consta, o investigado viveu em união estável com C.F.A., de quem se separou em fevereiro de 2021. Não concordando com a conduta da ex-mulher, que é usuária de drogas, o investigado passou a frequentar, sem autorização, a casa dela, perturbando-a durante todo o dia (fls. 5).

Relatado o inquérito, o Douto Promotor de Justiça natural requereu a extinção da punibilidade do investigado, tendo em vista a revogação do art. 65 da Lei das Contravenções Penais pela recente Lei n. 14.132/2021, que introduziu o art. 147-A no Código Penal (fls. 26).

Discordando da manifestação do Ministério Público, o Meritíssimo Juiz do feito considerou que a conduta em questão está prevista no art. 147-A do CP, não se configurando a retroatividade alegada (fls. 27).

Vieram os autos, nos termos do art. 28 do CPP, a esta Procuradoria Geral.

Boletim Criminal Comentado 150- Agosto 2021

Este o relatório.

O arquivamento deve ser mantido, ainda que por razões diversas daquelas invocadas pelo Douto Promotor de Justiça.

A Lei n. 14.132/2021, que revogou expressamente o art. 65 da LCP, não determinou a *abolitio criminis* para todas as condutas anteriormente previstas. É que, como se sabe, a *abolitio* não se confunde com a continuidade normativo-típica: “enquanto aquela exprime o desejo do legislador de não mais criminalizar determinada conduta (como aconteceu com o adultério), nessa o caráter criminoso do fato é mantido, mas apenas em outro dispositivo penal (foi o que se deu com o atentado violento ao pudor, que estava previsto no artigo 214 do Código Penal, e que foi deslocado para o artigo anterior, o qual prevê o estupro). Ocorre aqui uma simples alteração topográfica do delito” (Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e Flávio Daher, *Curso de Direito Penal*, I, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 150).

É o que ocorre na hipótese em questão. As condutas pretéritas de perturbação da tranquilidade, desde que praticadas de forma reiterada, com acinte e motivo reprovável, e que tenham gerado uma perturbação da esfera de liberdade ou privacidade da vítima, estão previstas na norma atual e não foram banidas pelo legislador. E disso, exatamente, reclamou a vítima, dizendo que o investigado “frequenta a casa dela e a perturba o dia todo” (fls. 5).

Assim, com a necessária vênua do Ilustre Promotor de Justiça, a *abolitio criminis* não poderia servir de fundamento para a extinção da punibilidade do agente.

Observa-se, contudo, que a inovação legislativa configurou, ao menos em parte, *novatio legis in mellius*: trata-se, agora, de ilícito que se procede mediante representação, nos termos do § 3º do art. 147-A do CP.

Neste ponto, a ofendida, que havia registrado a ocorrência em 28 de abril de 2021, voltou à Delegacia de Polícia em 30 de junho e apresentou retratação formal, dizendo que pretendia o arquivamento do feito (fls. 19). Sendo assim, não pode o Ministério Público se sobrepor à vontade da vítima para considerar a possibilidade de oferecer ação penal.

Boletim Criminal **Comentado** 150- Agosto 2021

De mais a mais, não se vislumbra a conformação típica de qualquer dos ilícitos mencionados. É que as declarações dos envolvidos convergem para uma justa indignação do investigado com a ex-mulher, mãe de seus filhos, pelo uso indiscriminado de drogas diante das crianças (fls. 19 e 21).

Diante do exposto, não havendo representação da ofendida, nem prova da realização dos elementos típicos, insiste-se na promoção de arquivamento, com renovada vênua do Douto Magistrado.

São Paulo, 29 de julho de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça