



TESES CRIMINAIS

para o Ministério Público

Fernando Vernice dos Anjos

Diretoria da Associação Paulista do Ministério Público

Biênio 2017/2018

Presidente

José Oswaldo Molineiro

1º Vice Presidente

Marcio Sérgio Christino

2º Vice Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Paulo Penteadó Teixeira Júnior

2º Secretário

Tiago de Toledo Rodrigues

1º Tesoureiro

Renato Kim Barbosa

2º Tesoureira

Valéria Maiolini

Diretora de Aposentados

Cyrdemia da Gama Botto

Diretora de Patrimônio

Fabiola Moran Faloppa

Diretora de Relações Públicas

Paula Castanheira Lamenza

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

CONSELHO FISCAL

Titulares

Antônio Bandeira Neto

Enilson David Komono

Pedro Eduardo de Camargo Elias

Suplentes

Daniel Leme de Arruda

Fabiana Dal Mas Rocha Paes

Paulo Juricic

DEPARTAMENTOS

Ass. de Ass. Inst. e Parlamentares

Felipe Locke Cavalcanti - Coordenador

Cyrdemia da Gama Botto - Assessora

Marcelo Rovere - Assessor

Roberto Livianu - Assessor

Ouvidoria

Paulo Juricic

Apoio à 2ª Instância

Renato Eugênio de Freitas Peres

Assessoria Especial da Presidência

Pedro de Jesus Juliotti - Coordenador

Antônio Luiz Benedan

Antônio Visconti

Arthur Cogan

Herberto Magalhães da S. Júnior

Hermano Roberto Santamaria

Irineu Roberto da Costa Lopes

João Benedicto de A. Marques

José Eduardo Diniz Rosa

José Geraldo Brito Filomeno

José Maria de Mello Freire

José Ricardo Peirão Rodrigues

Marino Pazzaglini Filho

Munir Cury

Nair Ciocchetti de Souza

Newton Alves de Oliveira

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Ricardo Prado Pires de Campos

Ruymar de Lima Nucci

Convênios e Eventos

Celeste Leite dos Santos

Célio Silva Castro Sobrinho

Cristiane Melilo D. M. dos Santos

Daniela Domingues Hristov

Fernando Pascoal Lupo

Paula Castanheira Lamenza

Compliance

Marco Antônio Ferreira Lima

Gestão Ambiental

Bárbara Valéria Cury e Cury

Luis Paulo Sirvinskas

Fundo de Emergência

Gilberto Nonaka

Roberto Elias Costa

Ceal

João Claudio Couceiro - Coordenador

Arthur Migliari Júnior - Secretário

Apoio aos Substitutos

Eduardo Luiz Michelan Campana

Neudival Mascarenhas Filho

Norberto Jóia

Aposentados

Ana Martha Smith Corrêa Orlando

Antônio de Oliveira Fernandes

Antônio Sérgio Caldas de C. Aranha

Carlos João Eduardo Senger

Carlos Renato de Oliveira

Edi Cabrera Rodero

Edivon Teixeira

Edson Ramachoti Ferreira Carvalho

Francisco Mario Viotti Bernardes

Irineu Teixeira de Alcântara

João Alves

João Sanches Fernandes

José Benedito Tarifa

José de Oliveira

Maria Célia Loures Macuco

Orestes Blasi Júnior

Oswaldo Hamilton Tavares

Paulo Norberto Arruda de Paula

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Sílvia Regina Brandi Máximo Ribeiro

Ulisses Butura Simões

Acadêmico

Rafael de Oliveira Costa

Cultural

André Pascoal da Silva

Beatriz Helena Ramos Amaral

Gilberto Gomes Peixoto

José Luiz Bednarski

Paula Trindade da Fonseca

Previdência

Deborah Pierri

Goiaci Leandro de Azevedo Júnior

Maria da Glória V. B. G. de Almeida

Cerimonial

Paula Castanheira Lamenza

Patrimônio

João Carlos Calsavara

Paulo Antônio Ludke de Oliveira

Wania Roberta Gnipper Cirillo Reis

Esportes

João Antônio dos Santos Rodrigues

Karyna Mori

Luciano Gomes de Q. Coutinho

Luiz Carlos Gonçalves Filho

Rafael Abujamra

Turismo

Mariani Atchabahian

Romeu Galiano Zanelli Júnior

APMP - Mulher

Daniela Hashimoto

Fabiana Dal Mas Rocha Paes

Fabiola Sucasas Negrão Covas

Maria Gabriela Prado M. Trabulsi

Informática

João Eduardo G. Xavier de Freitas

Paulo Marco Ferreira Lima

Prerrogativas Financeiras

Daniel Leme de Arruda

João Valente Filho

Segurança

Gabriel César Zaccaria de Inellas

Walter Rangel de Franca Filho

Estudos Institucionais

Anna Trotta Yaryd

Claudia Ferreira Mac Dowell

Jorge Alberto de Oliveira Marum

Nathan Glina

Pérsio Ricardo Perrella Scarabel

Rafael Corrêa de Moraes Aguiar

Jurisprudência Cível

Alberto Camina Moreira
José Bazilio Marçal Neto
Luiz Henrique Brandão Ferreira
Otávio Joaquim Rodrigues Filho
Renata Helena Petri Gobbet
Vanessa Therezinha S. de Almeida

Jurisprudência Criminal

Antônio Nobre Folgado
Fábio Rodrigues Goulart
Fernando Augusto de Mello
Gabriel Marson Junqueira
João Eduardo Soave
Luiz Claudio Pastina
Ricardo Brites de Figueiredo

Legislação

Leonardo D'Angelo Vargas Pereira
Luiz Fernando Garcia
Rogério José Filocomo Júnior

Publicações

Aluisio Antônio Maciel Neto
José Carlos de Oliveira Sampaio
José Fernando Cecchi Júnior
Rafael de Oliveira Junior
Rolando Maria da Luz

Relações Públicas

José Carlos Guillem Blat
Rodrigo Canellas Dias

Médico

Luiz Roberto Cicogna Faggioni

Prerrogativas Funcionais

Cassio Roberto Conserino
Geraldo Rangel de França Neto
Helena Cecilia Diniz T. C. Tonelli
Sílvia Reiko Kawamoto

Condições de Trabalho

Alexandre Nunes de Vincenti
Cristina Helena Oliveira Figueiredo
Tatiana Viggiani Bicudo
Vinicius Rodrigues França

Relações Interinstitucionais

Francisco Antônio Gnipper Cirillo
Soraia Bicudo Simões Munhoz

DIRETORES DAS SEDES

REGIONAIS

(Titulares e Adjuntos)

Araçatuba

José Fernando da Cunha Pinheiro
Adelmo Pinho

Bauru

Júlio Cesar Rocha Palhares
Vanderley Peres Moreira

Campinas

Leonardo Liberatti
Ricardo José G. de A. Silveiras

Franca

Carlos Henrique Gasparoto
Joaquim Rodrigues de R. Neto

Guarulhos

Omar Mazloum
Rodrigo Merli Antunes

Marília

Gilson César Augusto da Silva
Isauro Pigozzi Filho

Piracicaba

Fábio Salem Carvalho
João Francisco de Sampaio Moreira

Presidente Prudente

Gilson Sidney Amâncio de Souza
Marcos Akira Mizusaki

Ribeirão Preto

Maria Julia Câmara Facchin Galati
Sebastião Donizete L. dos Santos

Santos

Carlos Alberto Carmello Júnior
Roberto Mendes de Freitas Júnior

São José do Rio Preto

André Luis de Souza
José Marcio Rossetto Leite

Sorocaba

José Júlio Lozano Júnior
Patrícia Augusta de C. Franco Pinto

Taubaté

Manoel Sérgio da Rocha Monteiro
Eduardo Dias Brandão

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO (Titulares e Adjuntos)

ABC

Fernanda Martins Fontes Rossi
Adolfo César de Castro e Assis

Araçatuba

Sérgio Ricardo Martos Evangelista
Nelson Lapa

Araraquara

José Carlos Monteiro
Sérgio de Oliveira Medici

Baixada Santista

Maria Pia Woelz Prandini
Alessandro Bruscki

Bauru

João Henrique Ferreira
Hércules Sormani Neto

Bragança Paulista

Bruno Marcio de Azevedo
Carmen Natalia Alves Tanikawa

Campinas

Carlos Eduardo Ayres de Farias
Fernanda Elias de Carvalho

Franca

Christiano Augusto C. de Andrade

Alex Facciolo Pires

Mogi das Cruzes

Carlos Eduardo da Silva Anapurus
Renato Moreira Guedes

Itapetininga

José Roberto de Paula Barreira
Célio Silva Castro Sobrinho

Jundiá

Mauro Vaz de Lima
Fernando Vernice dos Anjos

Litoral Norte

Alexandre Petry Helena
Constance Caroline A. Alves Toselli

Marília

Jess Paul Taves Pires
Oriel da Rocha Queiroz

Osasco

Fábio Luis Machado Garcez
Wellington Luiz Daher

Botucatu

Renata Gonçalves Catalano
Luiz Paulo Santos Aoki

Piracicaba

Sandra Regina Ferreira da Costa
José Antônio Remédio

Presidente Prudente

Fernando Galindo Ortega
Daniel Magalhães Albuquerque Silva

Ribeirão Preto

José Ademir Campos Borges
Frederico Francis M. de Camargo

Santos

Daury de Paula Júnior
Daniel Isaac Friedmann

São Carlos

Neiva Paula Paccola C. Pereira
Denilson de Souza Freitas

São José do Rio Preto

Wellington Luiz Villar
Júlio Antônio Sobottka Fernandes

Sorocaba

Rita de C. M. Scaranci Fernandes
Luciana Amorim de Camargo

Taubaté

José Benedito Moreira
Daniela Rangel Cunha Amadei

Vale do Ribeira e Litoral Sul

Guilherme Silveira de P. Fernandes
Luciana Marques Figueira Portella

São João da Boa Vista

Donisete Tavares Moraes Oliveira
Sérgio Carlos Garutti

Tribunal de Contas

Celso Augusto Matuck Feres Júnior
Rafael Neubern Demarchi Costa

Teses Criminais para o Ministério Público

Fernando Vernice dos Anjos



Associação Paulista do Ministério Público

São Paulo
2018

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

Teses criminais para o Ministério Público /
[organização] Fernando Vernice dos Anjos. --
São Paulo : APMP - Associação Paulista do
Ministério Público, 2018.

ISBN 978-85-86013-70-6

1. Direito - Metodologia 2. Direito - Pesquisa
3. Ministério público - Brasil 4. Pesquisa -
Metodologia 5. Trabalhos científicos - Redação
técnica I. Anjos, Fernando Vernice dos.

18-13445

CDU-343.9.018:347.963(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Teses criminais para o Ministério Público :
Pesquisa jurídica : Metodologia : Direito
343.9.018:347.963(81)

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2018

Sumário

Apresentação	9
Prefácio	11
1 - Investigação e provas (Teses Gerais)	13
2 - Afastamento de alegações de nulidades	31
A) Geral	31
B) Investigação e acusação	31
C) Instrução e procedimento	45
D) Julgamento	60
E) Interceptação telefônica, gravação ambiental e registros telefônicos	67
F) Precatória e rogatória	75
G) Citação e intimação	78
H) Aplicação da pena	82
I) Execução da pena e recursos	84
3 - Prisão, liberdade e cautelares não detentivas	91
4 - Medidas protetivas	105
5 - Competência e atribuição judicial do MP	107
A) Competência da Justiça Estadual	107
B) Competência da Justiça Federal	109
C) Outros critérios de fixação de competência	122
D) Atribuição judicial do MP	127
6 - Cálculo de pena (Disposições Gerais)	131
A) 1ª Fase do cálculo	131
B) 2ª Fase do cálculo	138
C) 3ª Fase do cálculo, regime prisional e substituição	144

7 - Concurso de crimes	149
8 - Suspensão condicional do processo	153
9 - Extinção da punibilidade	157
10 - Homicídio doloso e júri	165
A) Tipificação e pena	165
B) Processo	175
11 - Homicídio culposo	195
12 - Lesões corporais e ameaça	199
13 - Furto	203
A) Prova, tipificação e consumação	203
B) Furto privilegiado, qualificado e pena	212
14 - Roubo e latrocínio	219
A) Prova, tipificação e consumação	219
B) Roubo majorado	222
C) Pena e regime prisional	223
D) Latrocínio	226
15 - Extorsão e extorsão mediante sequestro	229
16 - Dano	235
17 - Apropriação indébita	237
18 - Estelionato e outras fraudes	239
19 - Receptação	243
20 - Violação de direito autoral	245
21 - Crimes sexuais	251
22 - Associação criminosa	263
23 - Crimes contra a fé pública	265
24 - Crimes contra a administração pública, de responsabilidade de prefeitos e da Lei de Licitações	271

A) Geral	271
B) Descaminho e contrabando	274
C) Conclusão	277
D) Corrupção ativa e passiva	279
E) Crime de responsabilidade de prefeito	280
F) Peculato	281
G) Falso testemunho	284
H) Crimes da Lei de Licitações	285
I) Outros crimes	287
25 - Violência doméstica (Lei Maria da Penha)	291
26 - Estatuto da Criança e do Adolescente	301
27 - Estatuto do Desarmamento	305
28 - Lei de Drogas	317
A) Prova e tipificação	317
B) Pena base e regime prisional	327
C) Causas de aumento de pena	336
D) Causa de diminuição de pena	341
29 - Código de Trânsito	349
30 - Juizado Especial Criminal	353
31 - Contravenções Penais	355
32 - Crimes Tributários	357
33 - Crimes Ambientais	367
34 - Crimes Eleitorais	371
35 - Outros Crimes	375
36 - Execução Penal	381
A) Execução provisória	381
B) Disciplina	385

C) Progressão/Regressão de regime e livramento condicional	390
D) Trabalho e remição	400
E) Indulto e comutação	401
F) Medida de segurança	408
G) Prisão domiciliar	409
H) Saída temporária	411
I) Outros institutos	412
37 - Teses de arquivamento	417
38 - Hipóteses de não ocorrência de crime contra a honra e de rejeição de queixa-crime	443

Apresentação

O objetivo deste trabalho é organizar, de maneira sistemática, julgados e trechos de doutrina que embasem teses criminais úteis para a prática diária da Promotoria Criminal, abordando tanto os temas mais comuns quanto os mais inusitados que podem vir a ser enfrentados no trabalho forense.

O trabalho tem como objetivo primordial auxiliar o(a) Promotor(a) de Justiça, com o fim de fazer com que o(a) profissional economize tempo, sendo uma primeira fonte de pesquisa quando se deparar com alguma questão controversa ou for levantada eventual tese defensiva.

A compilação serve como um norte, sendo certo que as peculiaridades do caso concreto podem indicar que o mais justo, juridicamente adequado e socialmente produtivo, em determinado caso, seja, justamente, não seguir as orientações compiladas, mesmo quando embasadas em jurisprudência dos Tribunais Superiores.

De todo o modo, quando o entendimento do(a) Promotor(a) de Justiça, com base nas peculiaridades do caso, no interesse público e na sua independência funcional, estiver de acordo com o posicionamento das teses, essas podem ser usadas como argumento de autoridade na redação de manifestações processuais.

Da mesma forma, em caso de dúvida, as teses podem ser um parâmetro para uma tomada embasada de posição ou mesmo para o estudo do posicionamento já existente sobre determinada questão jurídica.

Destaco que procurei não ater a compilação feita à minha opinião, havendo teses, inclusive, com as quais não concordo. Preferi, na verdade, fazer uma compilação o mais abrangente possível, apenas não incluindo algumas teses mais polêmicas ou muito minoritárias.

Da mesma forma, a presente compilação não reflete, necessariamente, o entendimento oficial do Ministério Público de São Paulo, instituição a qual tenho a honra de integrar. Para aferir o entendimento institucional do Ministério Público de São Paulo em questões criminais, recomenda-se a consulta das teses do Setor de Recursos Especiais e Extraordinários Criminais e as decisões da Procuradoria Geral de Justiça nos incidentes do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Ademais, ressalvo que esse trabalho não tem nenhuma pretensão de completude e definitividade, sendo certo que diversas teses podem vir a ser acrescidas e as existentes podem vir a ser aprimoradas ou mesmo excluídas.

Para tanto, serão valiosas e bem vindas eventuais sugestões e contribuições para uma futura versão atualizada e expandida, que poderão ser enviadas para o email fernandoanjos@mpsp.mp.br

Em suma, espero que o trabalho possa ser útil a todos os colegas que atuam na área penal, área mais típica de atuação do Promotor de Justiça. Guiemo-nos pelas palavras de ROBERTO LYRA que proclama que “em todo o mundo, pois, o Promotor Público é o intérprete dos interesses gerais na punição dos criminosos e o responsável direto pela eficácia, pela legalidade e pela humanidade dessa missão.” (*Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2ªed. SAFE: Porto Alegre, 1989, p.57)

Gostaria de agradecer ao distinguidos analistas jurídicos atuantes em Mauá, sobretudo **Sidney Filipe Furlaneto Levorato**, pela grande ajuda na pesquisa de jurisprudência, de modo que faço públicos os meus mais sinceros agradecimentos.

Agradeço, também, a amizade, leitura, sugestões e incentivo para publicação dos ilustríssimos colegas, Doutores **Manuela Schreiber Silva e Sousa, Renato Kim Barbosa e Alexandre Rocha Almeida de Moraes**.

Sou grato também à **Associação Paulista do Ministério Público** pelo esmero na publicação.

Por fim, agradeço ao Professor **Alexandre Rocha Almeida de Moraes** pelo generoso e instigante prefácio, que constitui verdadeiro plano de atuação futura do Ministério Público, fruto de um dos mais destacados expoentes da nova geração do Ministério Público nacional.

Janeiro de 2018

FERNANDO VERNICE DOS ANJOS

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo
Mestre e Doutorando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo
Professor de Direito Penal

Prefácio

Foi com imensa satisfação que recebi e aceitei o convite para apresentar essa relevante coletânea sistematizada de julgados e trechos de doutrina elaborado pelo brilhante colega **Fernando Vernice dos Anjos**.

A publicação demonstra a profunda pesquisa desse professor com sólida vivência acadêmica e que pode fomentar um indispensável debate para construção de teses institucionais, ainda que apresente entendimentos que, a princípio, não se coadunem com os entendimentos já praticados na Instituição.

O trabalho, muito mais do que otimizar e facilitar a vida dos promotores e procuradores de justiça, permite - nessa transição de um modelo de política criminal de precedentes vinculantes - criar estratégias para definição das teses prioritárias do Ministério Público brasileiro.

Com efeito, já dissemos que o Ministério Público precisa e deve discutir, para efetivar sua conformação ao perfil pensado pelo constituinte, sua própria Política Criminal que inclua necessariamente: a) sua participação na Política Criminal através da concepção de uma ciência penal total; b) a construção de uma Política Criminal própria que discuta o trato da segurança pública como bem difuso que merece ser protegido, traçando estratégias para tanto; c) a construção de uma doutrina institucional de investigação criminal e de controle externo da atividade policial, assim como a fixação de parâmetros que permitam aferir sua eficiência e desempenho na diminuição das taxas de criminalidade, modificando-se, pois, toda sua estruturação de fiscalização e prestação de contas; d) a atuação, a partir da implementação de laboratórios de jurimetria, sob a forma de agências que, além de corpo técnico – analistas de dados, peritos etc – seja criada e pensada de acordo com as disfunções sociais e não simplesmente por critérios territoriais.

Concomitantemente, diante do advento da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (NCPC), evidenciou-se uma clara tendência do legislador na busca dos precedentes vinculantes buscando garantir mais segurança jurídica e coerência ao sistema de justiça e ao ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o art. 926 do novo Código de Processo Civil, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O artigo 927 impõe ao Poder Judiciário brasileiro o dever de observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julga-

mento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Aliás, respeitando o princípio republicano, preceitua, em seu §2º, que a “alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”, medida essa que já faz parte, há tempos, da atuação do Ministério Público brasileiro: a interlocução com a sociedade por meio de audiências públicas.

Em suma, é razoável a ilação de que a intenção do legislador brasileiro em aproveitar os fundamentos do *common law* e do *stare decisis*, com o objetivo de privilegiar a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência e garantir a efetividade do processo, notadamente das garantias constitucionais.

Com a mudança cultural de precedentes vinculantes, estar-se-á exigido, tal qual defendemos, maior racionalidade, eis que a existência de precedentes obrigatórios pressupõe, simultaneamente, a atividade constitutiva do legislador e a atividade declaratória do julgador.

Assim, dentre outras relevantes preocupações já apontadas, é premente que o Ministério Público trace estratégias para agir e institucionalizar as teses institucionais condizentes com sua razão de existir e com as causas que defende.

Nada mais propício, portanto, que um trabalho de fôlego como este para fomentar o debate e iniciar essa jornada.

Vale ressaltar, ademais, que a independência funcional não constitui um privilégio pessoal, mas prerrogativa indissociável do dever funcional, para cuja realização se preordena.

Para uma atuação que se coaduna com sua feição democrática – eficiente e transparente na defesa dos interesses das vítimas e interesses sociais decorrentes da prática de crimes, é fundamental praticarmos a ideia de *interdependência funcional*: a partir de uma ampla e democrática construção de teses, agir conciliando a ideia de independência com a o princípio da unidade.

A jornada não é simples, mas é urgente.

O passo inicial para esse debate foi dado a partir dessa relevante obra de **Fernando Vernice dos Anjos**, sabiamente incentivada por nossa APMP.

ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES

Promotor de Justiça

Mestre e Doutor em Direito Penal pela PUC-SP

Professor de Direito Penal

Coordenador a Pós-Graduação em Direito Penal da ESMP

1 - Investigação e provas (Teses Gerais)

Possibilidade de investigação pelo MP

Poderes de investigação do Ministério Público. Os arts. 5º, LIV e LV; 129, III e VIII; e 144, IV, § 4º, da CF não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitadas os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade — sempre presente no Estado Democrático de Direito — do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. (STF. RE 593.727, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 14-5-2015, P, DJE de 8-9-2015, rg.)

Possibilidade do MP investigar notícia anônima de crime, contanto que faça diligências prévias

Informativo nº 855 do STF: 2ª Turma. Instauração de investigação criminal e determinação de interceptações telefônicas com base em denúncia anônima. A Segunda Turma denegou a ordem em "habeas corpus" em que se pretendia o reconhecimento da ilegalidade de ação penal e de interceptações telefônicas iniciadas a partir de denúncias anônimas. No caso, o Ministério Público estadual, após receber diversas denúncias anônimas de prática de crimes e seus possíveis autores, procedeu a investigações preliminares, com a oitiva informal de testemunhas. Diante da verossimilhança das alegações, instaurou procedimento de investigação no qual foi requerida quebra do sigilo telefônico dos envolvidos. Por essa razão, o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de associação criminosa e corrupção ativa (duas vezes), previstos nos arts. 288 e 333 do CP, e de fraude à licitação (cinco vezes), previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993. Os impeetrantes sustentavam que, por terem sido iniciadas a partir de denúncias anônimas — sem a comprovação da realização de diligências preliminares nos autos —, as investigações preliminares (portaria e procedimento investigativo criminal)

e o procedimento relativo às interceptações telefônicas deveriam ser declarados nulos. Alegavam, ainda, que as interceptações telefônicas não teriam atendido às regras e condições estabelecidas pela Lei 9.296/1996. A Turma rememorou entendimento do STF no sentido de que a denúncia anônima é válida, quando as investigações se valem de outras diligências para apurar a “delatio criminis”. Asseverou que a necessidade das interceptações telefônicas foi devidamente demonstrada pelo juiz natural da causa, bem como que havia indícios suficientes de autoria de crimes punidos com reclusão, conforme exigido pelo art. 2º da Lei 9.296/1996. Quanto às prorrogações das interceptações telefônicas, ponderou que a Corte tem admitido a razoável dilação dessas medidas, desde que respeitado o prazo de quinze dias entre cada uma das diligências, o que não caracteriza desrespeito ao art. 5º da Lei 9.296/1996. Ressaltou, por fim, que o indeferimento de diligências pelo magistrado de primeiro grau não configura cerceamento de defesa. Afinal, o art. 400, § 1º, do CPP (§ 1º “As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”) prevê a possibilidade de o juiz indeferir provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que isso implique nulidade da respectiva ação penal. Sustentou que a discussão sobre o acerto ou desacerto dessa decisão exigiria exame aprofundado dos fatos e provas da causa, o que não se mostra viável em “habeas corpus”, que não admite dilação probatória. HC 133148/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21.2.2017. (HC-133148)

(...) (a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da persecutio criminis, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o crimen falsi, por exemplo); (b) nada impede, contudo, que o Poder Público provocado por delação anônima (“disque-denúncia”, por exemplo), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discricção”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da persecutio criminis, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse proce-

dimento estatal em relação às peças apócrifas; e (c) o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua opinio delicti com apoio em outros elementos de convicção que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de sua autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não tenham, como único fundamento causal, documentos ou escritos anônimos. (STF. Inq 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Celso de Mello, j. 11-5-2005, P, DJ de 11-11-2005.)

Informativo nº 483 do STJ: Conforme os autos, por meio de e-mail anônimo encaminhado à Ouvidoria-Geral do Ministério Público estadual, fiscais de renda e funcionários de determinada empresa estariam em conluio para obter informações de livros fiscais, reduzindo ou suprimindo tributos estaduais e obrigações acessórias, causando lesão ao erário. Em decorrência desse fato, o MP determinou a realização de diligências preliminares para a averiguação da veracidade do conteúdo da denúncia anônima. A Turma, reiterando jurisprudência assente no STJ, entendeu que, embora tais informações não sejam idôneas, por si só, a dar ensejo à instauração de inquérito policial, muito menos de deflagração de ação penal, caso sejam corroboradas por outros elementos de prova, dão legitimidade ao início do procedimento investigatório. Assim, no caso, não há nenhum impedimento para o prosseguimento da ação penal, muito menos qualquer ilicitude a contaminá-la, uma vez que o MP agiu em estrito cumprimento de suas funções. Ademais o Parquet, conforme entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal, possui prerrogativa de instaurar procedimento administrativo de investigação e conduzir diligências investigatórias (art. 129, VI, VII, VIII e IX, da CF; art. 8º, § 2º, I, II, IV, V e VII, da LC n. 75/1993 e art. 26 da Lei n. 8.625/1993). Aduziu ainda que, hodiernamente, adotou-se o entendimento de que o MP possui legitimidade para proceder, diretamente, à colheita de elementos de convicção para subsidiar a propositura de ação penal, só lhe sendo vedada a presidência do inquérito, que compete à autoridade policial. Quanto à agravante do art. 12, II, da Lei n. 8.137/1990, não se deve aplicá-la ao caso, pois o próprio artigo restringe seu âmbito de incidência ao delito previsto nos arts. 1º, 2º, 4º, 5º e 7º da referida lei, excluindo expressamente o art. 3º da sua abrangência. Como no caso a imputação é a funcionário público, haveria bis in idem na imposição da mencionada agravante a fato que constitui elemento de crime funcional previsto no art. 3º, II, da Lei n. 8.137/1990. Preceden-

tes citados: HC 159.466-ES, DJe 17/5/2010, e RHC 21.482-RS, DJe 12/4/2010. RHC 24.472-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 15/9/2011.

Informativo nº 478 do STJ: No habeas corpus, sustenta a impetração a nulidade da ação penal, alegando que tanto a denúncia quanto a condenação basearam-se exclusivamente em dados colhidos em correspondência apócrifa, ou seja, denúncia anônima mediante e-mail e, por isso, ela deveria ser considerada prova ilícita. No entanto, segundo o Min. Relator, ao contrário do que afirma a impetração, os autos demonstram que o Ministério Público Federal, legitimado para averiguar a regularidade dos contratos administrativos denunciados, somente formou sua opinião delicti depois de verificar a existência de elementos mínimos e colher, de forma idônea, todos os dados informativos, para então determinar a instauração da investigação criminal. Por outro lado, a condenação da paciente por fraude à licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/1993) fundou-se em acervo probatório composto por depoimento de testemunhas e dos réus, informações prestadas pela Superintendência do Incra, cópia do procedimento administrativo de licitação sob suspeita e outros documentos; todos comprovaram que somente uma empresa foi contactada para fornecer orçamento prévio, servindo de base para a elaboração de edital licitatório, e, depois, a mesma empresa foi vencedora, apesar de não poder participar do certame por estar em dívida com a Receita Federal. Dessa forma, concluiu o Min. Relator que, pelos documentos constantes dos autos, não há, de plano, comprovação que possa evidenciar ser a exordial acusatória ou a sentença condenatória embasadas apenas em denúncia anônima. Assim, até por ser inviável ampla dilação probatória em HC, não há como acatar a irresignação da impetração. Diante do exposto, a Turma denegou a ordem em consonância com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República. Precedentes citados: HC 44.649-SP, DJ 8/10/2007, e HC 93.421-RO, DJe 9/3/2009. HC 191.797-PA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21/6/2011.

O ônus da prova é de quem alega

“(…) A regra concernente ao onus probandi, ao encargo de provar, é regida pelo princípio actori incumbit probatio, vale dizer, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Se o acusador afirma que Mévio furtou, o ônus da prova lhe cabe, mesmo porque, enquanto não definitivamente condenado, o réu é presumidamente inocente. Se este alega que a pretensa res furtiva era sua, compete-lhe a prova (...) Se o réu invoca um álibi, o ônus da prova é seu. Se argúi legítima defesa, estado de necessidade, etc., o ônus probandi é inteiramente seu (...) Se ale-

gar e não provar, a decepção também será sua (...)” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. v. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 356).

Inquérito policial que foi arquivado em razão de excludente de ilicitude pode ser desarquivado, e ensejar ação penal, se existentes novas provas

A decisão que determina o arquivamento de inquérito policial, a pedido do Ministério Público e determinada por juiz competente, que reconhece que o fato apurado está coberto por excludente de ilicitude, não afasta a ocorrência de crime quando surgirem novas provas, suficientes para justificar o desarquivamento do inquérito, como autoriza a Súmula 524/STF. (STF. HC 95.211, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10-3-2009, 1ª T, DJE de 22-8-2011.)

Informativo nº 796 do STF: 2ª Turma. O arquivamento de inquérito policial em razão do reconhecimento de excludente de ilicitude não faz coisa julgada material. Esse o entendimento da Segunda Turma, que, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” em que se pleiteava o reconhecimento da coisa julgada material e a extinção de ação penal. No caso, em razão da suposta prática do delito de homicídio tentado (CP, art. 121, § 2º, IV, c/c art. 14, II), foram instaurados dois inquéritos — um civil e um militar — em face do ora paciente e de corréus. O inquérito policial militar fora arquivado em 21.10.1993, a pedido do Ministério Público, que entendera que os agentes teriam agido em estrito cumprimento de dever legal. Já no inquérito policial civil, o paciente fora denunciado em 23.12.1998 e, instruída a ação penal, condenado à pena de 10 anos de reclusão. O Colegiado, inicialmente, destacou que, à época em que proferida a decisão determinando o arquivamento do inquérito policial militar, a Justiça Castrense seria competente para processar e julgar o paciente pelo delito em questão, já que somente com o advento da Lei 9.299/1996 teria sido deslocado o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis para o tribunal do júri. Por outro lado, consoante o Enunciado 524 da Súmula do STF, decisão proferida por juiz competente, em que tivesse sido determinado o arquivamento de inquérito a pedido do Ministério Público, em virtude de o fato apurado estar coberto por causa excludente de ilicitude, não obstaría o desarquivamento quando surgissem novas provas, reiterado o que decidido no HC 95.211/ES (DJe de 22.8.2011). A decisão da Justiça Militar, na hipótese em comento, não afastara o fato típico ocorrido, mas sim sua ilicitude, em razão do estrito cumprimento

do dever legal, que o Ministério Público entendera provado a partir dos elementos de prova de que dispunha até então. Nesse diapasão, o eventual surgimento de novos elementos de convicção teria o condão de impulsionar a reabertura do inquérito na justiça comum, a teor do art. 18 do CPP (“Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”). Na espécie, a simples leitura das provas constantes dos autos apontaria uma nova versão para os fatos delituosos, em consequência do prosseguimento das investigações na justiça comum, não havendo impedimento legal para a propositura da nova ação penal contra o paciente naquela seara. Vencido o Ministro Teori Zavascki (relator), que entendia estar configurada a coisa julgada material. (HC 125101/SP, Rel. orig. Min. Teori Zavascki, Rel. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, j. 25.8.2015.)

Validade do depoimento de policiais que participaram das diligências ou da prisão

Esta Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de os policiais que participaram das diligências ou da prisão em flagrante serem ouvidos como testemunha. (STF. RHC 108.586, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 9-8-2011, 1ª T, DJE de 8-9-2011.)

Possibilidade de laudo pericial durante inquérito sem quesitos da defesa

A determinação de elaboração de laudo pericial na fase do inquérito, sem prévio oferecimento de quesitos pela defesa, não ofende o princípio da ampla defesa. Posterior juntada e oportunidade de manifestação da defesa e oferecimento de quesitos. (STF. AI 658.050 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12-4-2011, 2ª T, DJE de 29-4-2011.)

Indícios são aptos a basear condenação

Processo penal. Presunção hominis. Possibilidade. Indícios. Aptidão para lastrear decreto condenatório. Sistema do livre convencimento motivado. (...) O julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qua-

lificação penal da conduta. (STF. HC 103.118, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20-3-2012, 1ª T, DJE de 16-4-2012.)

“indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado.” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.318)

“Como a indução é um processo lógico de raciocínio, e é prestigiada pela própria lei, os indícios devem ser levados na devida conta tanto na fase pré-processual como até mesmo no curso da instrução criminal, se concludentes e harmônicos com os demais elementos da instrução. Em certos casos, aliás, os indícios são até mesmo os únicos meios possíveis de provas, como nos crimes cometidos às ocultas, como nos de corrupção; ademais, há também inúmeros crimes que não deixam vestígios materiais nem provas diretas.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. Indício é prova. In: http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2016_indicioprova.pdf, acesso em 09 de junho de 2017)

Valor da delação do corréu

“A delação do co-réu tem induvidoso valor probatório quando se oferece como um dos elementos do conjunto da prova em que se funda o decreto condenatório” (STJ. Ac. nº HC 16.774, 6ª T, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 03-12-2001)

Incapacidade civil não acarreta, por si só, à inimputabilidade penal

A circunstância de o agente apresentar doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico) pode até justificar a incapacidade civil, mas não é suficiente para que ele seja considerado penalmente inimputável. É indispensável que seja verificado se o réu, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico). (...) A marcha processual deve seguir normalmente em caso de dúvida sobre a integridade mental do acusado, para que, durante a instrução dos autos, seja instaurado o incidente de insanidade mental, que irá subsidiar o juiz na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu. (STF. HC 101.930, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27-4-2010, 1ª T, DJE de 14-5-2010.)

Possibilidade de aproveitamento na persecução penal dos dados bancários/fiscais fornecidos pelo contribuinte à administração tributária

Informativo nº 577 do STJ: Os dados bancários entregues à autoridade fiscal pela sociedade empresária fiscalizada, após regular intimação e independentemente de prévia autorização judicial, podem ser utilizados para subsidiar a instauração de inquérito policial para apurar suposta prática de crime contra a ordem tributária. De fato, a Primeira Seção do STJ, ao apreciar o REsp 1.134.665-SP (DJe 18/12/2009), submetido ao rito do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial para fins de constituição de crédito tributário é autorizada pela Lei n. 8.021/1990 e pela LC n. 105/2001, normas procedimentais cuja aplicação é imediata. Contudo, conquanto atualmente o STJ admita o intercâmbio de informações entre as instituições financeiras e a autoridade fiscal para fins de constituição de crédito tributário, o certo é que tal entendimento não se estende à utilização de tais dados para que seja deflagrada a persecução penal. Isso porque, como é cediço, o sigilo bancário é garantido no art. 5º da CF, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (art. 93, IX). Na hipótese, todavia, consta do termo de constatação, retenção e intimação, firmado por auditor fiscal da Receita Federal, que a sociedade empresária apresentou diversas notas fiscais e cópias dos extratos bancários das contas por ela movimentadas após ser regularmente intimada. (STJ. RHC 66.520-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 2/2/2016, DJe 15/2/2016).

Possibilidade de uso de elementos do inquérito para influenciar a decisão da causa

(...) Como se constata da r. sentença condenatória, o magistrado não se baseou exclusivamente em depoimentos colhidos no inquérito policial, mas, também, nas declarações prestadas em juízo pela testemunha (...). Consoante já decidiu esta Suprema Corte, “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo” (RE 425.734 AgR/MG, de minha relatoria, DJ de 28-10-2005). (STF. RHC 99.057, rel. min. Ellen Gracie, j. 6-10-2009, 2ª T, DJE de 6-11-2009). No mesmo sentido, STF. HC 104.669, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26-10-2010, 1ª T, DJE de 18-11-2010.

Relevância da prova obtida na fase policial

"A prova policial só deve ser desprezada, afastada, como elemento válido e aceitável de convicção, quando totalmente ausente prova judicial confirmatória ou quando desmentida, contrariada ou nulificada pelos elementos probantes colhidos em juízo através de regular instrução. Havendo, porém, prova produzida no contraditório, ainda que menos consistente, pode e deve aquela ser considerada e chamada para em conjunto com esta, compor quadro probante suficientemente nítido e preciso (RJTERGS 150/143-3)." (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p.89)

Validade da prova do inquérito não infirmada no processo

Validade da prova feita na fase do inquérito policial, quando não infirmada por outros elementos colhidos na fase judicial. (STF. HC 82.622, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 8-4-2003, 2ª T, DJ de 8-8-2003). No mesmo sentido, STF. HC 104.212, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 3-8-2010, 1ª T, DJE de 22-10-2010.

Dispensabilidade do inquérito para oferecimento da denúncia

(...) o CPP estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. (STF. RE 468.523, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 1º-12-2009, 2ª T, DJE de 19-2-2010). No mesmo sentido, STF. HC 96.617, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23-11-2010, 1ª T, DJE de 13-12-2010, STF. Inq 2.677, Rel. Min. Ayres Britto, j. 12-8-2010, P, DJE de 22-10-2010, STF. Inq 2.245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28-8-2007, P, DJ de 9-11-2007.

Possibilidade do deferimento de medida cautelar patrimonial de sequestro sem anterior intimação da defesa

Informativo nº 513 do STJ: Sexta Turma. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CAUTELAR DE SEQUESTRO. DEFERIMENTO DO PEDIDO SEM PRÉVIA INTIMAÇÃO DA DEFESA. Não acarreta nulidade o deferimento de medida cautelar patrimonial de sequestro sem anterior intimação da defesa. Na hipótese de sequestro, o contraditório será diferido em prol da integridade do patrimônio e contra a sua eventual dissipação. Nesse caso, não se caracteriza qualquer cerceamento à defesa, que tem a oportunidade de impugnar a determinação judicial,

utilizando os meios recursais legais previstos para tanto. RMS 30.172, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 4/12/2012.

Possibilidade de membro do MP, sem qualquer atribuição na ação penal instaurada, ser testemunha por ter participado de diligência

Não se cuida, na espécie, de pretensão de inquirição, como testemunha, de membro do Ministério Público encarregado da persecução penal — circunstância essa que a jurisprudência, inclusive desta Suprema Corte, já esclareceu ser incompatível com a de acusador —, mas de procurador do Trabalho que, no âmbito de suas atribuições administrativas e civis, participou da força tarefa em que as irregularidades imputadas aos pacientes foram constatadas, sem qualquer ingerência ou atuação na formação da opinio delicti, assim como sem qualquer atribuição ou capacidade postulatória (CPP, art. 257, I) ou de custos legis (CPP, art. 257, II) na ação penal instaurada, não podendo ser aqui considerado parte na ação penal, o que obstaría o seu depoimento. Equipara-se a hipótese à inquirição de agente policial presente às diligências e investigações, a qual, em sede processual penal, é tranquilamente admitida. (STF. HC 112.586, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22-5-2012, 1ª T, DJE de 21-8-2012.)

Desaparecido os vestígios em delitos materiais, de conduta e resultado, é possível comprovação da materialidade por testemunhas

A jurisprudência do STF é firme no sentido de que, nos delitos materiais, de conduta e resultado, desde que desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal pode suprir o auto de corpo de delito. (STF. HC 103.683, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 9-11-2010, 1ª T, DJE de 25-11-2010.)

Possibilidade de substituição de testemunha não localizada

A recente Reforma Processual Penal alterou capítulos inteiros e inúmeros dispositivos do CPP. No contexto dessa reforma, a Lei 11.719/2008 deu nova redação a inúmeros artigos e revogou diretamente outros. Entre os dispositivos cujo texto foi alterado, encontra-se o art. 397, que previa a possibilidade de o juiz deferir a substituição de testemunha que não fosse localizada. A ausência de previsão específica do CPP acerca do direito à substituição não pode ser interpretada como

“silêncio eloquente” do legislador. A busca por um provimento jurisdicional final justo e legítimo não pode ser fulminado pelo legislador, sob pena de o processo não alcançar sua finalidade de pacificação da lide. A prova testemunhal é uma das mais relevantes no processo penal. Por essa razão, o juiz pode convocar, de ofício, testemunhas que considere importantes para a formação do seu convencimento. Daí por que não se pode usurpar o direito da parte de, na eventualidade de não ser localizada uma das testemunhas que arrolou para comprovar suas alegações, substituí-la por outra que considere apta a colaborar com a instrução. É inadmissível a interpretação de que a “vontade do legislador”, na Reforma Processual Penal, seria no sentido de impedir quaisquer substituições de testemunhas no curso da instrução, mesmo quando não localizada a que fora originalmente arrolada. Tal interpretação inviabilizaria uma prestação jurisdicional efetiva e justa, mais próxima possível da “verdade material”. Perfeitamente aplicável, à espécie, o art. 408, III, do CPC, tendo em vista que a testemunha substituída não foi localizada em razão de mudança de endereço. O fato de a testemunha arrolada em substituição ser conhecida desde a época do oferecimento da denúncia não impede seu aproveitamento, quando houver oportunidade legal para tanto. No caso, não é possível vislumbrar fraude processual ou preclusão temporal para o arrolamento da testemunha substituta, tendo em vista que a testemunha que não foi encontrada existe e prestou depoimento na fase policial. Sua não localização no curso da instrução abre a possibilidade legal de sua substituição. (STF. AP 470 AgR-segundo, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23-10-2008, DJE de 30-4-2009.)

Possibilidade de produção de prova testemunhal antecipada determinada com base em possível esquecimento de detalhes dos fatos pelo decurso do tempo

Informativo nº 851 do STF: 2ª Turma. Produção antecipada de prova e pressupostos - 2 A Segunda Turma, em conclusão e por maioria, indeferiu a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia reconhecer a ilegalidade de audiência realizada em ação penal em que o paciente figurou como réu. No caso, o paciente foi denunciado pela suposta prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor, delito previsto no art. 302 da Lei 9.503/1997. Como estava foragido, foi citado por edital, com a consequente suspensão do processo (CPC/1973, art. 366). O juízo determinou, em seguida, a realização de audiência de produção antecipada de prova. Na impetração, o réu alegava haver cerceamento de defesa em virtude de, na mencionada audiência, a antecipação de prova ter como único fundamento o decurso do tempo v. Informativo 844. A Turma entendeu que a an-

tecipação da prova testemunhal configura medida necessária, pela gravidade do crime praticado e possibilidade concreta de perecimento, haja vista que as testemunhas poderiam se esquecer de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo. Afirmou que a antecipação da oitiva das testemunhas não revela nenhum prejuízo às garantias inerentes à defesa. Afinal, quando o processo retomar seu curso, caso haja algum ponto novo a ser esclarecido em favor do réu, basta se proceder à nova inquirição. Portanto, segundo decisão da Turma, o magistrado de origem utilizou-se da prudência necessária, a fim de resguardar a produção probatória e, em última análise, o resultado prático do processo penal. Vencidos os ministros Ricardo Lewandowski (relator) e Dias Toffoli, que concediam a ordem. Pontuavam não haver fundamento concreto a indicar a imprescindibilidade da produção antecipada de prova. HC 135386/DF, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 13.12.2016.

Possibilidade de antecipação da colheita da prova testemunhal nas hipóteses em que as testemunhas são policiais

Informativo nº 549 do STJ: Pode ser deferida produção antecipada de prova testemunhal – nos termos do art. 366 do CPP – sob o fundamento de que a medida revelar-se-ia necessária pelo fato de a testemunha exercer função de segurança pública. O atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma acabam se perdendo em sua memória, seja pela frequência com que ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sendo inviável a exigência de qualquer esforço intelectual que ultrapasse a normalidade para que estes profissionais colaborem com a Justiça apenas quando o acusado se submeta ao contraditório deflagrado na ação penal. Esse é o tipo de situação que justifica a produção antecipada da prova testemunhal, pois além da proximidade temporal com a ocorrência dos fatos proporcionar uma maior fidelidade das declarações, possibilita o registro oficial da versão dos fatos vivenciados pelo agente da segurança pública, o qual terá grande relevância para a garantia da ampla defesa do acusado, caso a defesa técnica repute necessária a repetição do seu depoimento por ocasião da retomada do curso da ação penal. Precedente citado: HC 165.659-SP, Sexta Turma, DJe 26/8/2014. RHC 51.232-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 2/10/2014.

Informativo nº 595 do STJ: Tratou-se de recurso ordinário em habeas corpus em que pretendeu o impetrante a declaração de nulidade da decisão que determinou

a produção antecipada de provas na forma do art. 366 do CPP, ante a ausência de fundamento concreto para a produção, incidindo ao caso a Súmula 455 do STJ. Do artigo anteriormente mencionado, pode-se concluir que, na hipótese de ser desconhecido o paradeiro do acusado após a sua citação por edital, fica o Juiz autorizado a determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, visando justamente resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do prazo que o processo permanecerá suspenso. Se, de um lado, pondera-se que a produção antecipada de provas poderia representar prejuízo à ampla defesa, visto que não oportunizaria ao acusado o exercício da autodefesa, não se desconhece que, cuidando-se de prova testemunhal, evidencia-se certa urgência em sua colheita, haja vista o possível esquecimento dos fatos pelos depoentes durante o período em que o processo permanece, por força da norma referida, sobrestado. Este Superior Tribunal firmou o entendimento segundo o qual o simples argumento de que as testemunhas poderiam esquecer detalhes dos fatos com o decurso do tempo não autorizaria, por si só, a produção antecipada de provas, sendo mister fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. É que, muito embora esse esquecimento seja passível de concretização, não poderia ser utilizado como mera conjectura, desvinculado de elementos objetivamente deduzidos. Nesse sentido, a súmula n. 455 do STJ: "A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo". Contudo, o enunciado na súmula anteriormente mencionada deve ser interpretado criteriosamente. Tem-se que, a prova testemunhal é, se comparada a outros meios de prova, mais urgente, de maneira que a tardança em coletá-la compromete, definitivamente, a prestação jurisdicional, com reflexos nos fins a que se destina a jurisdição penal. Ademais, o atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma acabam se perdendo em sua memória, seja pela frequência com que ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sem que isso configure violação à garantia da ampla defesa do acusado, caso a defesa técnica repute necessária a repetição do seu depoimento por ocasião da retomada do curso da ação penal. De mais a mais, não se pode olvidar que a realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa, visto que, além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, o comparecimento eventual do réu – e a conseqüente retomada do curso processual – lhe permitirá requerer a produção das provas que julgar necessárias para sua defesa e, ante argumentos idôneos, poderá até mesmo lograr a repetição da prova produzida antecipadamen-

te. RHC 64.086-DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, por maioria, j. 23/11/2016, DJe 09/12/2016.

Informações bancárias de ente da administração pública não estão abrangidas pelo sigilo bancário, podendo ser requisitadas pelo MP

Informativo nº 572 do STJ: Quinta Turma DIREITO PROCESSUAL PENAL. REQUISICÃO PELO MP DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS DE ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Não são nulas as provas obtidas por meio de requisição do Ministério Público de informações bancárias de titularidade de prefeitura municipal para fins de apurar supostos crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública. É pacífico na doutrina pátria e na jurisprudência dos Tribunais Superiores que o sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade/privacidade, consagrado no art. 5º, X e XII, da CF. No entanto, as contas públicas, ante os princípios da publicidade e da moralidade (art. 37 da CF), não possuem, em regra, proteção do direito à intimidade/privacidade e, em consequência, não são protegidas pelo sigilo bancário. Na verdade, a intimidade e a vida privada de que trata a Lei Maior referem-se à pessoa humana, aos indivíduos que compõem a sociedade e às pessoas jurídicas de direito privado, inaplicáveis tais conceitos aos entes públicos. Ademais, entendeu o STF que as “Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal” (MS 33.340-DF, Primeira Turma, DJe de 3/8/2015). Decisão monocrática citada: STJ, RCD no HC 301.719-CE, DJe 13/3/2015. (STJ. HC 308.493-CE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/10/2015, DJe 26/10/2015).

Possibilidade do compartilhamento de provas decorrentes de quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico em investigação criminal com inquérito civil público

Informativo nº 815 do STF: 1ª Turma. A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, deu provimento a agravo regimental em que se discutia a possibilidade de compartilhar provas colhidas em sede de investigação criminal com inquérito civil público, bem como outras ações decorrentes dos dados resultantes do

afastamento do sigilo financeiro e fiscal e dos alusivos à interceptação telefônica — v. Informativos 780 e 803. O Colegiado, ao assentar a viabilidade do compartilhamento de provas, reiterou o que decidido no Inq 2.424 QO-QO/RJ (DJe de 24.8.2007) e na Pet 3.683 QO/MG (DJe de 20.2.2009), no sentido de que “dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova”. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin, que negavam provimento ao agravo regimental. O relator afirmava que, em face do contido no art. 5º, XII, da CF, não se poderia estender o afastamento do sigilo a situações concretas não previstas. Já o Ministro Edson Fachin destacava que o compartilhamento de provas não seria, peremptoriamente, vedado, porém sua regularidade deveria ser examinada de acordo com o caso concreto. Inq 3305 AgR/RS, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, j. 23.2.2016.

Validade do depoimento sem dano nos crimes sexuais contra criança e adolescente

Informativo nº 556 do STJ: Não configura nulidade por cerceamento de defesa o fato de o defensor e o acusado de crime sexual praticado contra criança ou adolescente não estarem presentes na oitiva da vítima devido à utilização do método de inquirição denominado “depoimento sem dano”, precluindo eventual possibilidade de arguição de vício diante da falta de alegação de prejuízo em momento oportuno e diante da aquiescência da defesa à realização do ato processual apenas com a presença do juiz, do assistente social e da servidora do Juízo. Em se tratando de crime sexual contra criança e adolescente, justifica-se a inquirição da vítima na modalidade do “depoimento sem dano”, em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento aceito no STJ, inclusive antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (HC 226.179-RS, Quinta Turma, DJe 16/10/2013). Ademais, o STJ tem entendido que a inércia da defesa, em situações semelhantes à presente, acarreta preclusão de eventual vício processual, mormente quando não demonstrado o prejuízo concreto ao réu, incidindo, na espécie, o art. 563 do CPP, que acolheu o princípio pas de nullité sans grief (HC 251.735-RS, Sexta Turma, DJe 14/4/2014). RHC 45.589-MT, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 24/2/2015, DJe 3/3/2015.

Possibilidade de compartilhamento de provas em razão de acordo internacional de cooperação

Informativo nº 553 do STJ: Não há ilegalidade na utilização, em processo penal em curso no Brasil, de informações compartilhadas por força de acordo internacional de cooperação em matéria penal e oriundas de quebra de sigilo bancário determinada por autoridade estrangeira, com respaldo no ordenamento jurídico de seu país, para a apuração de outros fatos criminosos lá ocorridos, ainda que não haja prévia decisão da justiça brasileira autorizando a quebra do sigilo. Em matéria penal, deve-se adotar, em regra, o princípio da territorialidade, desenvolvendo-se na justiça pátria o processo e os respectivos incidentes, não se podendo olvidar, outrossim, de eventuais tratados ou outras normas internacionais a que o país tenha aderido, nos termos dos arts. 1º do CPP e 5º, caput, do CP. Tem-se, assim, que a competência internacional é regulada ou pelo direito internacional ou pelas regras internas de determinado país, tendo por fontes os costumes, os tratados normativos e outras regras de direito internacional. Dessa forma, se a juntada da documentação aos autos se deu por força de pedidos de cooperação judiciária internacional baseados no Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, tendo sido apresentada devidamente certificada, de modo a se comprovar a autenticidade e a regularidade na sua obtenção, não há que se falar em ilegalidade no compartilhamento das provas oriundas da quebra do sigilo bancário realizado em outro país. HC 231.633-PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/11/2014, DJe 3/12/2014.

Possibilidade da utilização do reconhecimento fotográfico realizado na fase policial para embasar a denúncia oferecida

Informativo nº 514 do STJ: Sexta Turma. DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECONHECIMENTO DO RÉU POR FOTOGRAFIA. Para embasar a denúncia oferecida, é possível a utilização do reconhecimento fotográfico realizado na fase policial, desde que este não seja utilizado de forma isolada e esteja em consonância com os demais elementos probatórios constantes dos autos. Precedentes citados: HC 186.916-SP, DJe 11/5/2011, e HC 105.683-SP, DJe 3/5/2011. HC 238.577-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 6/12/2012.

Possibilidade da utilização do reconhecimento fotográfico realizado na fase policial para embasar a condenação

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Extorsão mediante sequestro e roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. (...). 3. Reconheci-

mento fotográfico no âmbito do inquérito corroborado por outras provas dos autos. Possibilidade. 4. Elementos do tipo “extorsão mediante sequestro” devidamente configurados. (...) 8. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STF. RHC 117980 / SP, rel. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 03/06/2014, processo eletrônico DJe-120 divulg 20-06-2014 public 23-06-2014)

Necessidade de procuração com poderes especiais para oposição de exceção de suspeição pelo réu

Informativo nº 560 do STJ: É exigível procuração com poderes especiais para que seja oposta exceção de suspeição por réu representado pela Defensoria Pública, mesmo que o acusado esteja ausente do distrito da culpa. Segundo o art. 98 do CPP “Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas”. A recusa do magistrado por suspeição imputa parcialidade do juiz que não declarou sua suspeição ou impedimento quando supostamente deveria tê-lo feito de ofício, vinculando pessoalmente o excipiente acerca das alegações que podem, inclusive, representar crime contra a honra. Assim, a manifestação da inequívoca vontade da parte interessada na recusa do magistrado por meio da subscrição da petição pela própria parte ou, quando representada em juízo, por meio de procuração com poderes especiais, é exigência legal que não pode ser dispensada, sob pena de negativa de vigência ao comando expresso da norma. A propósito, a regularidade da representação processual é garantia da própria parte, evitando que o representante atue contra a vontade do representado. Ademais, não pode ser confundida com substituição da parte que se encontra ausente (ou foragido). Com efeito, ainda que independa de mandato para o foro em geral (art. 128, XI, da LC 80/1994), o defensor público não atua na qualidade de substituto processual, mas de representante processual, devendo juntar procuração sempre que a lei exigir poderes especiais, não havendo falar em violação qualquer do direito de acesso ao Poder Judiciário. REsp 1.431.043-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/4/2015, DJe 27/4/2015.

Em casos peculiares e de forma fundamentada poderá ser dispensada a oitiva das vítimas que não auxiliem ao esclarecimento dos fatos

Informativo nº 823 do STF: 1ª Turma. Homicídio e desnecessidade da oitiva de todas as vítimas. Não há direito absoluto à produção de prova. Em casos comple-

xos, há que confiar no prudente arbítrio do juiz da causa, mais próximo dos fatos, quanto à avaliação da pertinência e relevância das provas requeridas pelas partes. Assim, a obrigatoriedade de oitiva da vítima deve ser compreendida à luz da razoabilidade e da utilidade prática da colheita da referida prova. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma não conheceu de “habeas corpus” em que se pretendia a oitiva da totalidade das vítimas sobreviventes de incêndio ocorrido em boate. O Colegiado assentou que o magistrado, em observância ao sistema da persuasão racional, motivara a dispensa da oitiva de todas as vítimas do homicídio tentado. Segundo o juiz de origem, a produção dessa prova, diante da peculiaridade do caso concreto, acarretaria, em síntese, a necessidade de mais de 954 horas de audiência para a tomada de declarações das 638 vítimas, a nova exposição delas ao cenário traumático em que os fatos teriam se desenvolvido e a repetição de relatos que não auxiliariam no esclarecimento dos fatos. Além disso, o paciente deixara de requerer, na resposta à acusação, a oitiva de todas as vítimas. A Turma acrescentou, ainda, que o rito especial do tribunal do júri limita o número de testemunhas a serem inquiridas e, ao contrário do procedimento comum, não exclui dessa contagem as testemunhas que não prestam compromisso legal. Anotou, também, que a inobservância do prazo para o oferecimento da denúncia não contamina o direito de apresentação do rol de testemunhas. A exibição desse rol, tanto pela acusação quanto pela defesa, não se submete a prazo preclusivo, visto que referidas provas devem ser requeridas, por expressa imposição legal, na denúncia e na defesa preliminar. Desse modo, não há vinculação temporal à propositura da prova, mas sim associação a um momento processual. A aludida atuação se sujeita, na realidade, à preclusão consumativa. Logo, por não vislumbrar ilegalidade, não se concedeu a ordem de ofício. HC 131158/RS, rel. Min. Edson Fachin, j. 26.4.2016.

2 - Afastamento de alegações de nulidades

A) Geral

Não há nulidade sem prejuízo

“Constitui seguramente a viga mestra do sistema de nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.” “Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: pas nullité sans grief.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As Nulidades no Processo Penal. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.25)

B) Investigação e acusação

Possibilidade de uso de algemas, se fundamentado

O uso de algemas durante audiência de instrução e julgamento pode ser determinado pelo magistrado quando presentes, de maneira concreta, riscos à segurança do acusado ou das pessoas ao ato presentes. (STF. Rcl 9.468 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 24-3-2011, P, DJE de 11-4-2011.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. SÚMULA Nº 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. USO DE ALGEMAS JUSTIFICADO. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE CONDIÇÕES. CONSTRANGIMENTO NÃO CARACTERIZADO. 1. Não caracteriza afronta à Súmula nº 11 do Supremo Tribunal Federal o uso de algemas, se tal medida for justificada. 2. A concessão de liberdade provisória, mediante compromisso, não caracteriza constrangimento ilegal. 3. Ordem denegada. (STJ. HC 138349, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) (8175), j. 27/10/2009, DJE 07/12/2009.)

Ação Penal - Nulidade – Interrogatório efetuado antes da colheita dos depoimentos das testemunhas - Ato processual realizado antes da alteração legislativa - Validade - Inexistência de qualquer prejuízo ao acusado - Nulidade afastada - Súmula Vinculante nº 11 - Juiz que mantém o réu algemado - Inexistência de descumprimento da súmula - Decisão justificada - Furto - Réu confesso - Apreensão dos bens subtraídos em seu poder - Condenação mantida - Dosimetria da pena - Confissão judicial - Compensação com os maus antecedentes e reincidência - Pena determinada no mínimo legal - Redução pelo crime tentado mantida, tendo em conta o iter percorrido – Preliminares rejeitadas e apelo parcialmente provido. No que concerne à manutenção da algema, não se deve acolher o reclamo. A MMA. Juíza justificou a necessidade de o acusado permanecer algemado. Somente poderia ser aventado o desrespeito à Súmula caso não houvesse a devida justificação e, por isso, acredito que deve ser rejeitada a preliminar. (TJ/SP. 2ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal, Processo n.º 990.09.156392-7, j. 07.12.2009, Rel. Des. Almeida Sampaio).

O fato de a fundamentação ser usada em modelo nada quer dizer, eis que será examinado aqui se era caso de manter-se o uso de algemas, ou não. Neste tanto, afasto a preliminar argüida. O réu estava preso em plenário por força de prisão preventiva. Afirma-se que o réu teria sido acusado de ter praticado possivelmente crime há mais de uma década antes dos fatos, porém, a própria Defesa traz a colação do fato de que ele teria sido acusado em envolvimento em homicídio já no ano de 2007. Ora, a prisão do réu foi mantida, evidentemente, até o plenário, não competindo mais aqui discussão sobre ela, prisão esta que teve os mesmos motivos inspiradores do uso de algema em plenário. O uso de algemas em plenário não tem o condão de, por si só, levar à condenação de ninguém. Dizer-se que a algema é um símbolo de pré-condenação é algo que se afasta da realidade, posto que, se assim fosse, seriam nulos todos os júris de réus presos, já que a prisão pré-existente também seria motivo, neste raciocínio, para causar tal impressão nos jurados. Nem se diga que a mera escolta também não poderia ser usada com o mesmo raciocínio, ou ainda com uniforme prisional. Vale dizer para quem entende que o uso de algemas em réus presos levaria a um pré-julgamento, também deverá entender, por imperativo de lógica, que o uso de escolta, ou de banco dos réus, ou de uniforme prisional, tudo isto, deveria ser banido, e mais, que o próprio decreto de prisão preventiva ou por força de flagrante também, já que todos estes fatos indicam não um pré-julgamento, mas a situação de preso do réu, situação nos dias que correm excepcional, mas que ao existir, vêm por isto mesmo motivada, e tais motivos implicam, inclusive, no legal constrangimento de ter

a liberdade tolhida, inclusive, com algemas, para proteção até mesmo dos participantes do Tribunal do Júri. A afirmação da Defesa de que nenhum Juiz leigo julga com isenção réus algemados cai por terra diante de tais considerações. Fri-se-se que o próprio Magistrado, de forma capaz e responsável, explicitou não ter escolta suficiente no local, e estar o Tribunal do Júri dentro do mesmo prédio do Poder Judiciário, onde estão abrigadas Varas Cíveis e, inclusive, de Infância e Juventude, além de posto bancário. Nem se diga que se deveria ter certeza absoluta de ato de fuga ou violência por parte do réu. Se assim fosse, somente poderiam ser algemados réus depois que fugissem ou tentassem. “Em suma, bem motivado o uso de algemas. (TJ/SP. 16ª Câmara Criminal Apelação nº 990.08.188191-8, j. 27.10.2009, rel. Des. Edison Brandão.)

De fato, não merece acolhida, uma vez que justificada, por escrito, na ata de julgamento, pelo Juiz que o presidiu, a impossibilidade de retirada das algemas, por conta de concreta motivação envolvendo segurança pessoal de funcionários, testemunhas, advogados e público em geral. Com efeito, vislumbra-se da referida ata, a afirmativa jurisdicional para a manutenção das algemas, uma vez que durante o julgamento seriam ouvidas testemunhas cujos relatos poderiam influir no ânimo do réu, devendo prevalecer o princípio constitucional da razoabilidade, isto é, o denominado bom senso, observado pelo julgador a quo. Assim, houve aplicação do artigo 474, § 3º do Código de Processo Penal à espécie, ante a potencial periculosidade do apelante e paralela precariedade das condições de segurança no local-policiamento. (TJ/SP. 5ª Câmara Criminal, j. 10.12.2009, Apelação n.º 990.09.206866-0, Rel. Des. Marcos Zanuzzi.)

A realização da reprodução simulada dos autos pode ser indeferida pelo Juiz se esse não achar relevante para dirimir dúvidas

1. O artigo 7º do CPP confere à autoridade policial a faculdade de proceder à reconstituição do crime ou reprodução simulada dos fatos. Nada impede que o juiz, no exercício dos poderes instrutórios, a determine se achar relevante para dirimir dúvidas (CPP, art. 156). 2. Por seu turno, o artigo 184 do CPP dispõe que [s] salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”. Tem-se aí juízo de conveniência tanto da autoridade policial, quanto do magistrado, no que tange à relevância, ou não, da prova resultante da diligência requerida. O Supremo Tribunal Federal não pode, em lugar do juiz, aferir a importância da prova para o caso concreto. (Precedentes). 3. A decisão que

indeferiu a diligência está amplamente fundamentada no sentido de sua desnecessidade, não havendo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (STF. RHC 88320, Rel. Min. Eros Grau, 2ª T, j. 25-04-2006, DJ 26-05-2006.)

Conforme já assentou esta Corte Superior de Justiça, não há constrangimento ilegal no indeferimento de produção de provas, quando o magistrado o faz fundamentadamente, por considerá-las infundadas, desnecessárias ou protelatórias, como na hipótese em tela, em que ficou reconhecido que a reconstituição mostrava-se impertinente e protelatória, por ter sido formulada após aproximadamente doze anos do crime, às vésperas do julgamento pelo Júri, e sem qualquer fato novo a justificá-la. (STJ. HC 209.838, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 05/11/2013, DJe 19/11/2013)

Simple notitia criminis não caracteriza constrangimento ilegal

A simples notitia criminis não caracteriza, por si só, constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente, sanável via habeas corpus, especialmente quando não há qualquer informação de que o paciente esteja na iminência de ser preso. (STF. HC 119.172, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 1º-4-2014, 2ª T, DJE de 5-5-2014.)

Irregularidades no inquérito policial, por si só, não ensejam nulidade da ação penal

Informativo 824 do STF: 2ª Turma. É incabível a anulação de processo penal em razão de suposta irregularidade verificada em inquérito policial. Esse o entendimento da Segunda Turma, que, ao reafirmar a jurisprudência assentada na matéria, negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pleiteava a anulação de atos praticados em inquérito policial presidido por delegado alegadamente suspeito. Precedentes citados: RHC 43.878/SP (DJU de 5.4.1967) e HC 73.271/SP (DJU de 4.10.1996). (RHC 131450/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3.5.2016.)

O inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação de nulidade da ação penal. (STF. HC 83.233, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 4-11-2003, 2ª T, DJ de 19-3-2004.)

Desrespeito ao prazo para conclusão de inquérito policial, estando o acusado solto, não tem consequências processuais

O prazo de que trata o art. 10, caput, do CPP é impróprio, não prevendo a lei qualquer consequência processual, máxime a preclusão, se a conclusão do inquérito ocorrer após trinta dias de sua instauração, estando solto o réu. O tempo despendido para a conclusão do inquérito assume relevância para o fim de caracterizar constrangimento ilegal, apenas se o paciente estiver preso no curso das investigações ou se o prazo prescricional tiver sido alcançado nesse interregno e, ainda assim, continuarem as investigações. (STF. HC 107.382, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26-4-2011, 1ª T, DJE de 17-5-2011.)

As irregularidades relativas ao reconhecimento pessoal não ensejam nulidade, uma vez que as formalidades previstas no art. 226 do CPP são meras recomendações legais

Reconhecimento pessoal (art. 226 do CPP). A lei processual penal não exige, mas recomenda a colocação de outras pessoas junto ao acusado, devendo tal procedimento ser observado sempre que possível. (STF. RHC 119.439, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25-2-2014, 2ª T, DJE de 5-9-2014.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO. RECONHECIMENTO PESSOAL. VIOLAÇÃO DO ART. 226 DO CPP. CONDENAÇÃO FUNDADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. MERA IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. COERÊNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...) 2. Tendo a condenação do réu sido fundamentada no depoimento das vítimas e dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante e na contradição existente entre os depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa, não há falar em nulidade pela não observância das exigências contidas no art. 226 do Código de Processo Penal. 3. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o procedimento para reconhecimento da autoria delitiva configura mera irregularidade, porquanto não se revela uma obrigação, mas sim recomendação, de modo que se mostra válida a realização por meio diverso, mormente quando não

constitui fonte única de prova a acarretar a condenação. Precedentes. 4. Seguindo o princípio pas de nullité sans grief, adotado pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 563, não comprovado efetivo prejuízo ao réu, não há que se declarar a nulidade do processo (...) 8. Habeas corpus não conhecido. STJ. HC 198846/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 27/10/2015, DJE 16/11/2015.

Investigações não concluídas ou falta de relatório policial não impedem oferecimento de denúncia

Segunda preliminar. Constatação, pelo Ministério Público, da existência de indícios de autoria e materialidade de crimes. Oferecimento da denúncia. Investigações não concluídas. Ôbice inexistente. Ausência do relatório policial. Peça dispensável para efeito de oferecimento da denúncia. (STF. Inq 2.245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28-8-2007, DJ de 9-11-2007.)

Não há arquivamento implícito e não se aplica o princípio da indivisibilidade à ação penal pública, de forma que o não oferecimento de denúncia em relação a um dos crimes investigados não impede oferecimento posterior

Praticados dois roubos em sequência e oferecida a denúncia apenas quanto a um deles, nada impede que o Ministério Público ajuíze nova ação penal quanto ao delito remanescente. Incidência do postulado da indisponibilidade da ação penal pública que decorre do elevado valor dos bens jurídicos que ela tutela. Inexiste dispositivo legal que preveja o arquivamento implícito do inquérito policial, devendo ser o pedido formulado expressamente, a teor do disposto no art. 28 do CPP. Inaplicabilidade do princípio da indivisibilidade à ação penal pública. (STF. RHC 95.141, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6-10-2009, 1ª T, DJE de 23-10-2009)

Possibilidade de cooperação entre as Polícias Federal e Estadual

Alegada nulidade da investigação penal pelo fato de a polícia judiciária estadual haver recebido cooperação da Polícia Federal. Inocorrência. Mútua assistência técnica entre a Polícia Federal e as polícias estaduais, além do fornecimento recíproco de dados investigatórios e o intercâmbio de informações entre referidos organismos policiais: medidas que se legitimam em face do modelo constitucional de federalismo cooperativo. (STF. RHC 116.000 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 25-3-2014, 2ª T, DJE de 30-10-2014)

Desnecessidade de oferecimento de quesitos pela Defesa em perícia realizada em inquérito

A determinação de elaboração de laudo pericial na fase do inquérito, sem prévio oferecimento de quesitos pela defesa, não ofende o princípio da ampla defesa. Posterior juntada e oportunidade de manifestação da defesa e oferecimento de quesitos. (STF. AI 658.050 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12-4-2011, 2ª T, DJE de 29-4-2011)

Impossibilidade de vista de inquérito para o não indiciado, havendo segredo de justiça

Violação da Súmula Vinculante 14. Inocorrência. (...) Não há como conceder vista do inquérito policial (...) pela simples razão de o agravante não figurar como indiciado, além é claro de o feito tramitar sob a etiqueta do segredo de justiça. (STF. Rcl 9.789 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18-8-2010, P, DJE de 3-9-2010)

A participação de membro do MP na investigação não acarreta impedimento ou suspeição

(...) a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória não acarreta, por si só, seu impedimento ou sua suspeição para o oferecimento da denúncia, e nem poderia ser diferente à luz da tese firmada pelo Plenário, mormente por ser ele o dominus litis e sua atuação estar voltada exatamente à formação de sua convicção. (STF. HC 85.011, Rel. p/ o ac. Teori Zavascki, j. 26-5-2015, 1ª T, DJE de 22-6-2015.)

Entrega espontânea de documentos por ex-companheira de investigado não configura quebra do sigilo bancário

Informativo nº 581 do STJ: Não configura quebra de sigilo bancário e fiscal o acesso do MP a recibos e comprovantes de depósitos bancários entregues espontaneamente pela ex-companheira do investigado os quais foram voluntariamente deixados sob a responsabilidade dela pelo próprio investigado. De fato, o STJ, em observância aos arts. 5º, XII, e 93, IX, da CF, é categórico em afirmar que “a quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente” (HC 258.460-SP, Sexta Turma, DJE

18/8/2014). O sigilo bancário é um dever jurídico imposto às instituições financeiras para que estas não divulguem informações acerca das movimentações financeiras de seus clientes, tais como aplicações, depósitos, saques etc. Tal imposição legal deriva do próprio art. 1º da LC n. 105/2001, que assim dispõe: “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. Semelhante ao dever jurídico imposto às instituições financeiras, o art. 198 do CTN proibiu a Fazenda Pública e seus servidores públicos a divulgação de qualquer informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades. Assim, tanto as instituições financeiras quanto a Administração Pública Direta ou Indireta não estão autorizadas a fornecer dados financeiros e/ou fiscais que detenham em razão do exercício de suas atividades e funções, salvo, conforme autorização do art. 5º, XII, da CF, mediante autorização judicial devidamente motivada. O caso, contudo, não se refere a sigilo bancário e/ou fiscal, não estando, pois, abrangido pelo direito fundamental consagrado no art. 5º, XII, da CF. Isso porque não houve, em momento algum, quebra ilegal de sigilo bancário e/ou fiscal pelo Parquet, pois os dados fornecidos não se encontravam mais sob a tutela de instituições financeiras e/ou da Administração Pública – às quais são impostas a obrigatoriedade de proteção do sigilo bancário e fiscal – mas, sim, tratava-se de recibos que foram voluntariamente deixados pelo próprio investigado sob a responsabilidade de sua companheira, tendo esta, espontaneamente, entregue tais documentos ao MP. Ademais, o STJ já se pronunciou, em situação que guarda correlação jurídica com a tese exposta, que, inexistindo hipótese de quebra efetiva de sigilo bancário, desnecessária se faz a respectiva autorização judicial (REsp 1.497.041-PR, 6ª T, DJe 9/12/2015). RHC 34.799-PA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17/3/2016, DJe 20/4/2016).

Ausência de defensor técnico na lavratura do flagrante não gera nulidade

A documentação do flagrante prescinde da presença do defensor técnico do conduzido, sendo suficiente a lembrança, pela autoridade policial, dos direitos constitucionais do preso de ser assistido, comunicando-se com a família e com profissional da advocacia, e de permanecer calado. (STF. HC 102.732, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 4-3-2010, P, DJE de 7-5-2010.)

Possibilidade de quebra de sigilo bancário de contas públicas por requisição pelo MP

Informativo nº 879 do STF: A Segunda Turma, em conclusão, negou provimento a recurso ordinário em habeas corpus em que se pretendia trancar ação penal instaurada para apurar crimes de desvio de verbas públicas, lavagem de dinheiro e fraudes em licitações. Argumentou-se que as provas seriam ilícitas, pois teriam sido colhidas por meio de quebra de sigilo bancário solicitada por ofício encaminhado pelo Ministério Público (MP), sem autorização judicial, a gerente de instituição financeira. O Tribunal de origem entendeu que as contas públicas, por força dos princípios da publicidade e da moralidade [CF, art. 37 (1)], não têm, em geral, direito à intimidade e à privacidade. Por conseguinte, não são abrangidas pelo sigilo bancário. A defesa alegou que não estaria em discussão a publicidade inerente às contas públicas, conforme consignado no acórdão recorrido, mas sim a violação ao direito fundamental à intimidade da pessoa humana. Sustentou que a ação penal movida contra os recorrentes estaria edificada em provas obtidas por meio inidôneo, pois a autorização judicial é indispensável para a quebra de sigilo bancário (Informativo 844). O Colegiado asseverou que o sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos. Diante da existência de indícios da prática de ilícitos penais envolvendo verbas públicas, cabe ao MP, no exercício de seus poderes investigatórios [CF, art. 129, VIII (2)], requisitar os registros de operações financeiras relativos aos recursos movimentados a partir de conta-corrente de titularidade da prefeitura municipal. Essa requisição compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias sucessivas, ainda que realizadas por particulares, e objetiva garantir o acesso ao real destino desses recursos públicos. Decidir em sentido contrário implicaria o esvaziamento da própria finalidade do princípio da publicidade, que é permitir o controle da atuação do administrador público e do emprego de verbas públicas. RHC 133118/CE, rel. Min. Dias Toffoli, j. 26.9.2017.

Não gera nulidade o mesmo Promotor acompanhar lavratura do auto de prisão em flagrante e oferecer denúncia

Habeas corpus. Processual penal. Alegação de nulidade do auto de prisão em flagrante, do inquérito policial, da denúncia e da condenação dos pacientes. Denúncia oferecida pelo mesmo promotor de justiça que teria investigado e acom-

panhado a lavratura do auto de prisão em flagrante e demais atos processuais. Não ocorrência. Habeas corpus denegado. O fato de o promotor de justiça que ofereceu a denúncia contra os pacientes ter acompanhado a lavratura do auto de prisão em flagrante e demais atos processuais não induz a qualquer ilegalidade ou nulidade do inquérito e da consequente ação penal promovida, o que, aliás, é perfeitamente justificável em razão do que disposto no art. 129, VII, da Constituição da República. (STF. HC 89.746, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12-12-2006, 1ª T, DJ de 9-2-2007.)

Ausência de lacre em todos os documentos e bens não torna automaticamente ilegítima a prova obtida em busca e apreensão

Informativo nº 608 do STJ: Discute-se a validade da prova colhida em procedimentos de busca e apreensão em que não foi utilizado o lacre em todos os documentos e bens apreendidos. Inicialmente, consigne-se que a disciplina das nulidades, no processo penal é regida pelo art. 563 do CPP, segundo o qual "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". É assente, ainda, na jurisprudência desta Corte e do STF que a demonstração do prejuízo é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta. Ante a presunção de validade e legitimidade dos atos praticados por funcionários públicos, compete à defesa demonstrar de forma concreta o descumprimento das formalidades legais e essenciais do ato e, especificamente, que o material apreendido e eventualmente não lacrado foi corrompido ou adulterado, de forma a causar prejuízo à defesa e modificar o conteúdo da prova colhida. Por fim, à mingua de exigência legal específica, a ausência de lacre em todos os documentos e bens apreendidos – que decorreu da grande quantidade de material – desacompanhada de maiores dados concretos sobre efetiva interferência dos agentes públicos ou da acusação sobre as provas colhidas –, não tem o condão de nulificar o ato e a ação penal. RHC 59.414-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 27/6/2017, DJe 3/8/2017.

Simple notitia criminis não caracteriza constrangimento ilegal

A simple notitia criminis não caracteriza, por si só, constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente, sanável via habeas corpus, especialmente quando não há qualquer informação de que o paciente esteja na iminência de ser preso. (STF. HC 119.172, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 1º-4-2014, 2ª T, DJE de 5-5-2014.)

Nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado

(...)7. Nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, basta a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, como constatado na hipótese. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior. (...) 9. Habeas corpus em parte prejudicado e, no mais, não conhecido. (STJ. HC 129.216, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T, j. 18/12/2014, DJe 05/02/2015.)

Deficiência da denúncia em relação à imputação precisa de conduta fica prejudicada com a ampla cognição de provas e superveniência de sentença de mérito

A suscitada invalidade formal da denúncia atribuída à imprecisão na individualização da conduta imputada ao recorrente perde relevo com a superveniência de sentença de mérito proferida por julgador imparcial, precedida de ampla cognição das provas e fatos da causa, sob o crivo do contraditório, concluindo-se pela responsabilidade criminal do recorrente e pela absolvição de coacusado. (STF. RHC 120.751, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25-2-2014, 1ª T, DJE de 18-3-2014.)

A representação não exige forma especial, de modo que a postura da vítima a evidenciar a vontade de ver processado o agente justifica a atuação do Ministério Público

Nos crimes de ação penal pública condicionada, como a ameaça, descabe impor forma especial relativamente à representação. A postura da vítima, a evidenciar a vontade de ver processado o agente, serve à atuação do Ministério Público. (STF. Inq 3.714, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15-9-2015, 1ª T, DJE de 29-9-2015)

O oferecimento da representação, condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada, não exige requisito formal, podendo ser suprida pela manifestação expressa da vítima ou de seu representante, no sentido do prosseguimento da ação penal contra o autor. (STF. HC 88.387, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 10-10-2006, 1ª T, DJ de 6-11-2006)

(...) CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REPRESENTAÇÃO. FORMA SACRAMENTAL. INEXIGIBILIDADE. (...). 2 - Nos crimes de ação pública, condicionada à representação, esta independe de forma sacramental, bastando que fique demonstrada, como na espécie, a inequívoca intenção da vítima e/ou seu representante legal, nesta extensão, em processar o ofensor. Decadência afastada. 3 - Ordem conhecida em parte e, nesta extensão, denegada.” (STJ. HC 20.401, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 17.06.02, DJU 05.08.02, Seção 1, P. 414).

“Não há, contudo, regras formais rígidas para o oferecimento da representação. É absolutamente pacífico o entendimento doutrinário e pretoriano no sentido de que essa condição específica da ação penal se satisfaz com a manifestação inequívoca de vontade do ofendido de ver o autor processado, o que dispensa, como é mais do que cediço, qualquer outro formalismo (Demercian e Maluly, 2001, p. 145; Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães, 1995, pp 66-67; Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro, 1979, v. IV, pp. 39-40; Tourinho Filho, 1996, vol. I, p.90; Fernando de Almeida Pedroso, 1997, pp. 40-42; José Antonio Paganella, 1997, pp. 130-131; Mirabete, 1991, p. 112; STF, RT 730/588 E 650/285). Até mesmo o registro da notitia criminis num boletim de ocorrência já foi admitido como meio eficaz para a caracterização da intenção de ver autorizada a persecutio criminis” (RT 454/360; 643/393).” (DEMERCIAM, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.130).

Para o recebimento da denúncia é necessária apenas a probabilidade do alegado

Não se exige, na primeira fase da persecutio criminis, que a autoria e a materialidade da prática de um delito sejam definitivamente provadas, uma vez que a verificação de justa causa para a ação penal pauta-se em juízo de probabilidade, e não de certeza. (STJ. HC 100.296, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T, DJe de 01/02/2010).

Inépcia da denúncia por corrupção ativa não leva à necessária rejeição da acusação quanto à corrupção passiva

Informativo nº 551 do STJ: O reconhecimento da inépcia da denúncia em relação ao acusado de corrupção ativa (art. 333 do CP) não induz, por si só, o tranca-

mento da ação penal em relação ao denunciado, no mesmo processo, por corrupção passiva (art. 317 do CP). Conquanto exista divergência doutrinária acerca do assunto, prevalece o entendimento de que, via de regra, os crimes de corrupção passiva e ativa, por estarem previstos em tipos penais distintos e autônomos, são independentes, de modo que a comprovação de um deles não pressupõe a do outro. Aliás, tal compreensão foi reafirmada pelo STF no julgamento da Ação Penal 470-DF, extraindo-se dos diversos votos nela proferidos a assertiva de que a exigência de bilateralidade não constitui elemento integrante da estrutura do tipo penal do delito de corrupção (AP 470-DF, Tribunal Pleno, DJe 19/4/2013). Não se desconhece o posicionamento no sentido de que, nas modalidades de recebimento ou aceitação da promessa de vantagem indevida, haveria bilateralidade da conduta, que seria precedida da ação do particular que a promove. Contudo, mesmo em tais casos, para que seja oferecida denúncia em face do autor da corrupção passiva é desnecessária a identificação ou mesmo a condenação do corruptor ativo, já que o princípio da indivisibilidade não se aplica às ações penais públicas. Ademais, a exclusão do acusado de corrupção ativa ocorreu apenas em razão da inépcia da denúncia, decisão que não faz coisa julgada material, permitindo que o órgão acusatório apresente outra peça vestibular quanto aos mesmos fatos sem os vícios outrora reconhecidos. Assim, não havendo qualquer decisão de mérito transitada em julgado que tenha afastado cabalmente a prática de corrupção ativa por parte do agente que teria oferecido ou prometido vantagem indevida a funcionário público, impossível o trancamento da ação quanto ao delito previsto no art. 317 do CP. (RHC 52.465-PE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/10/2014).

Impossibilidade de arquivamento implícito de crime praticado por agente não denunciado

Informativo nº 540 do STJ: Na ação penal pública, o MP não está obrigado a denunciar todos os envolvidos no fato tido por delituoso, não se podendo falar em arquivamento implícito em relação a quem não foi denunciado. Isso porque, nessas demandas, não vigora o princípio da indivisibilidade. Assim, o Parquet é livre para formar sua convicção incluindo na increpação as pessoas que entenda terem praticados ilícitos penais, mediante a constatação de indícios de autoria e materialidade. Ademais, há possibilidade de se aditar a denúncia até a sentença. Precedentes citados: REsp 1.255.224-RJ, 5ª T, DJe 7/3/2014; APn 382-RR, Corte Especial, DJe 5/10/2011; e RHC 15.764-SP, 6ª T, DJ 6/2/2006, RHC 34.233-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6/5/2014.

Deferimento de medida cautelar em procedimento de investigação criminal por juiz que atua na fase de inquérito. em locais em que há divisão de tarefas entre juízes que atuam na fase de inquérito e na fase da ação penal, não viola critérios de competência

Informativo 816 do STF: 2ª Turma. A Segunda Turma denegou a ordem em “habeas corpus” em que discutida a competência para o exame de medidas cautelares em procedimento de investigação criminal. Na espécie, o juízo da vara central de inquéritos de justiça estadual deferira interceptação telefônica e suas sucessivas prorrogações nos autos da referida investigação. A defesa alegava que esse juízo especializado seria incompetente, pois o procedimento investigatório seria incidente relacionado a ação penal atribuída a outro juízo. O Colegiado reputou que o art. 1º da Lei 9.296/1996 (“A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça”) não fixa regra de competência, mas sim reserva de jurisdição para quebra de sigilo, o que fora observado. Além disso, há precedentes do STF que admitem a divisão de tarefas entre juízes que atuam na fase de inquérito e na fase da ação penal. (HC 126536/ES, rel. Min. Teori Zavascki, j. 1º.3.2016.)

Deferimento de requerimentos de diligências do Ministério Público não se sujeitam a prévia oportunidade de manifestação do investigado

Informativo 812 do STF: 2ª Turma. Diligências determinadas a requerimento do Ministério Público Federal são meramente informativas, não suscetíveis ao princípio do contraditório. Desse modo, não cabe à defesa controlar, “ex ante”, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos. Com base nessa orientação, a Segunda Turma negou provimento a agravo regimental em inquérito interposto contra decisão do relator que deferira diligências advindas da Procuradoria-Geral da República. Na espécie, a investigada pretendia que a ela fosse concedida oportunidade de se manifestar previamente sobre relatório de análise de informações bancárias e requerimento de diligências. A Turma destacou que o Enunciado 14 da Súmula Vinculan-

te assegura ao defensor legalmente constituído do investigado o direito de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório. Excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas nos autos. Precedente citado: HC 93.767/DF (DJe de 1º.4.2014). (Inq 3387 AgR/CE, rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.12.2015.)

Possibilidade que na denúncia conste que o agente agiu com dolo direto ou eventual

3. Não se revela inepta a denúncia que atribui ao acusado a prática do delito com dolo direto ou eventual, tendo em vista que o legislador ordinário equiparou as duas figuras para a caracterização do tipo de ação doloso. Doutrina. 4. A exordial acusatória atribui ao paciente a prática de uma única ação - desferir o tiro de revólver contra as vítimas em sua perseguição -, descrita com riqueza de detalhes, o que não se amolda ao conceito de denúncia alternativa. (STJ. HC 147.729/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 05/06/2012, DJe 20/06/2012)

Possibilidade de aditar a denúncia para incluir corréu

É cabível o aditamento à denúncia, antes de editada a sentença final, para inclusão de co-réu em relação ao qual o inquérito policial não fora arquivado por decisão judicial. Precedentes do STJ. (STJ. HC 36.696, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T, j. 16/05/2006, DJ 04/09/2006)

C) Instrução e procedimento

Inadmissível instauração de incidente de sanidade mental se a defesa se manteve inerte durante a instrução

A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de ser inadmissível a instauração de incidente de insanidade mental em sede de apelação se a defesa permaneceu inerte ao longo da instrução criminal, não estando o juiz obrigado a determiná-la, notadamente quando a alegada insanidade se contrapõe ao conjunto probatório. (STF. HC 105.763, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3-5-2011, 1ª T, DJE de 1º-6-2011.)

Gera nulidade meramente relativa o recebimento da denúncia antes da defesa prévia, devendo ser demonstrado eventual prejuízo

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RITO ESPECIAL. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO PARA A DEFESA. VIOLAÇÃO DO ART. 563 DO CPP. RECURSO PROVIDO. 1. Para a declaração de nulidade de determinado ato processual, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, não sendo suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade, principalmente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal. 2. Embora seja certo que o princípio do devido processo legal compreenda também a observância ao procedimento previsto em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a substituição de um rito por outro, este Superior Tribunal firmou o entendimento de que a inobservância do rito previsto no art. 55 da Lei n. 11.343/2006, que determina o recebimento da denúncia depois da apresentação da defesa preliminar, constitui nulidade relativa e somente enseja o reconhecimento da nulidade do processo se demonstrados, concretamente, eventuais prejuízos suportados pela defesa. 3. O acórdão recorrido, ao anular o processo sem a comprovação de prejuízo para o acusado, violou o art. 563 do CP. A defesa, em momento nenhum, foi privada da oportunidade de arrolar testemunhas, especificar as provas que pretendia produzir, apresentar documentos, requerer diligências ou desempenhar outros atos relativos ao exercício da ampla defesa, o que reforça a impossibilidade de reconhecimento da aventada nulidade do processo.(...) (STJ. REsp 1560937/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, j. 01/12/2015, DJE 11/12/2015)

Não se aplica o procedimento especial de crimes funcionais ao servidor público aposentado

Crimes funcionais. (...) O procedimento especial estabelecido nos arts. 513 a 516 do CPP não é aplicável ao servidor público aposentado. (STF. HC 96.058 ED, Rel. Min. Eros Grau, j. 15-12-2009, 2ª T, DJE de 30-4-2010.)

Procedimento de crimes funcionais: a ausência de notificação prévia do artigo 514 do CPP deve ser alegada oportunamente, sob pena de preclusão, e exige demonstração do prejuízo à parte

A ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do CPP constitui vício que gera nulidade relativa e deve ser arguida oportunamente, sob pena de pre-

clusão. Precedentes. O princípio do pas de nullité sans grief exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, pois não se declara nulidade processual por mera presunção. Precedentes. A jurisprudência deste STF assentou o entendimento de que o art. 514 do CPP tem por objetivo “dar ao réu-funcionário a possibilidade de evitar a instauração de processo temerário, com base em acusação que já a defesa prévia ao recebimento da denúncia poderia, de logo, demonstrar de todo infundada. Obviamente, após a sentença condenatória, não se há de cogitar de consequência de perda dessa oportunidade de todo superada com a afirmação, no mérito, da procedência da denúncia” (HC 72.198, DJ de 26-5-1995). (STF. HC 97.033, rel. min. Cármen Lúcia, j. 12-5-2009, 1ª T, DJE de 12-6-2009.)

A especialidade do procedimento estabelecido na Lei de Drogas determina que o interrogatório seja anterior a oitiva das testemunhas

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Se a paciente foi processada pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). IV – Recurso ordinário improvido. (STF. RHC 116713, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11/06/2013, 2ª T, DJe 24-06-2013).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DENULIDADE. OITIVA DO RÉU ANTES DAS TESTEMUNHAS. LEGALIDADE. RITOESPECIAL PREVISTO NA LEI N.º 11.343/06. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Para o julgamento dos crimes previstos na Lei

n.º 11.343/06 há rito próprio, no qual o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento (art. 57). Desse modo, a previsão de que a oitiva do réu ocorra após a inquirição das testemunhas, conforme disciplina o art. 400 do Código de Processo Penal, não se aplica ao caso, em razão da regra da especialidade (art. 394, § 2º, segunda parte, do Código de Processo Penal). 2. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ. HC 165034, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 02/10/2012, 5ª T, DJe 09/10/2012)

** Obs: O STF, no HC 127.900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 3/8/2016, decidiu, com modulação de efeitos, nova posição, no sentido de que a partir da publicação da ata daquele julgamento, ocorrida em 11.03.2016 (DJe n. 46, divulgado em 10/3/2016), incorreriam em nulidade os processos em que o interrogatório fosse o primeiro ato da instrução, já que afrontaria a ampla defesa.*

Adoção de procedimento mais amplo e benéfico à defesa não acarreta nulidade ante inobservância do procedimento especial

Tráfico de entorpecentes. Procedimento especial. Inobservância. Adoção, porém, do rito comum ordinário, mais amplo e benéfico aos réus. Prejuízo inexistente. Nulidade processual não caracterizada. Inteligência dos arts. 38, caput, e 41, caput, da Lei 10.409/2002, e dos art. 395 e seguintes do CPP. Recurso improvido. A inobservância do rito previsto no art. 38, caput, da Lei 10.409/2002 não implica nulidade do processo, quando lhe tenha sido adotado o procedimento comum ordinário, mais amplo e benéfico ao réu. (STF. RHC 94.451, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 5-8-2008, 2ª T, DJE de 7-11-2008.)

A juntada tardia do exame químico toxicológico não constitui nulidade absoluta

A nulidade decorrente da juntada tardia do laudo de exame toxicológico no crime de tráfico de drogas tem como pressuposto a comprovação do prejuízo ao réu. (STF. RHC 110.429, Rel. Min. Luiz Fux, j. 6-3-2012, 1ª T, DJE de 21-3-2012.)

Ratificação da denúncia e atos instrutórios é válida no caso de alteração superveniente da competência

Com a superveniente alteração de competência do juízo, é possível a ratificação da denúncia pelo Ministério Público e dos atos instrutórios pelo magistrado

competente. (STF. HC 98.373, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6-4-2010, 1ª T, DJE de 23-4-2010.)

É possível, em momento anterior à sentença, o juiz dar tipificação adequada à imputação em casos de fixação da competência ou procedimento a ser seguido

Se se tem, na denúncia, simples erro de direito na tipificação da imputação de fato idoneamente formulada, é possível ao juiz, sem antecipar formalmente a desclassificação, afastar de logo as consequências processuais ou procedimentais decorrentes do equívoco e prejudiciais ao acusado. Na mesma hipótese de erro de direito na classificação do fato descrito na denúncia, é possível, de logo, proceder-se a desclassificação e receber a denúncia com a tipificação adequada à imputação de fato veiculada, se, por exemplo, da sua qualificação depender a fixação da competência ou a eleição do procedimento a seguir. (STF. HC 89.686, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12-6-2007, DJE de 17-8-2007.)

Quando esgotadas as diligências para localização de testemunha da defesa, não há cerceamento de defesa

Esgotadas todas as tentativas de localização de testemunha, não fica configurado o cerceamento de defesa, principalmente quando o acusado, mesmo sendo dela amigo, não apontou a respectiva localização. (STJ. HC 117.546, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 5-5-2015, 1ª T, DJE de 5-6-2015.)

Tentativas de intimação do defensor constituído sobre data do interrogatório do acusado afasta nulidade

Alegada ausência de intimação dos defensores constituídos pelo acusado para o interrogatório judicial (...) Inúmeras tentativas frustradas para a viabilização dessa intimação. Nomeação de defensor ad hoc, havendo sido garantido, inclusive, o direito de entrevista prévia e reservada (CPP, art. 185, § 5º). Inexistência de demonstração de qualquer prejuízo ao acusado quando da realização do interrogatório. Inocorrência de constrangimento ilegal. (STF. RHC 89.892, Rel. Min. Celso de Mello, j. 6-3-2007, 2ª T, DJE de 26-4-2013.)

Possibilidade de ser dada vista ao MP para complementação do rol de testemunhas

Informativo nº 577 do STJ: A intimação do Ministério Público para que indique as provas que pretende produzir em Juízo e a juntada do rol de testemunhas pela acusação, após a apresentação da denúncia, mas antes da formação da relação processual, não são causas, por si sós, de nulidade absoluta. Precedente citado do STJ: (HC 320.771-RS, Quinta Turma, DJe 30/9/2015. Precedente citado do STF: RHC 86.793-CE, Primeira Turma, DJ 8/11/2005.) (RHC 37.587-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/2/2016, DJe 23/2/2016).

Nulidade por deficiência na defesa depende de prova do prejuízo

No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. (Súmula n.º 523 do STF)

Não há nulidade no fato de acusado ser assistido por Defensor Público nomeado no ato em razão de Defensor constituído ter se ausentado do Fórum, mesmo ciente da realização da audiência naquela data, ainda que em horário mais adiantado

Defensor constituído regularmente intimado e que se ausentou voluntariamente das dependências do foro, não obstante informado sobre a realização do ato naquela data, ainda que em horário mais adiantado, devido a atraso nas audiências antecedentes. Nulidade inexistente, sendo, ademais, provocada pela própria defesa, que não pode argui-la em seu favor (CPP, art. 565). Réu, ademais, assistido no ato por defensor público regularmente nomeado. Prejuízo à defesa não demonstrado pelos impetrantes. Incidência da Súmula 523/STF. (...) Tendo o advogado do réu, devidamente intimado e presente, desistido voluntariamente de aguardar a realização de audiência de inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, mesmo advertido pela magistrada de que o ato se realizaria naquela data, por se tratar de réu preso, não há que se falar em nulidade do ato realizado na presença de defensor público. Não podem os impetrantes, devido a incidente criado pela própria defesa, mesmo advertida de que a audiência, por envolver réu preso, seria realizada na data agendada, ainda que em horário mais adiantado, invocar a própria torpeza para a sua anulação (...). (STF. HC 110.820, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 29-5-2012, 1ª T, DJE de 25-6-2012.)

Não requerida reperguntas ao corréu ou não manifestado inconformismo no momento, ocorre a preclusão

Se a defesa, no interrogatório, não requereu reperguntas ao corréu, subscrevendo sem ressalvas o termo de audiência, a manifestação posterior de inconformismo não elide a preclusão. (STF. HC 90.830, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2-3-2010, 2ª T, DJE de 23-4-2010.)

Provas ilícitas não retiram validade das provas não decorrentes delas ou não contaminadas por elas

A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. Não se compatibiliza com o rito especial e sumário do habeas corpus o reexame aprofundado da prova da autoria do delito. Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal. (STF. HC 75.497, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14-10-1997, 2ª T, DJ de 9-5-2003.)

Oitiva de testemunha de defesa antes da de acusação, por si só, não gera nulidade do processo, devendo ser provado o prejuízo

(...) o fato de uma testemunha da defesa ter sido inquirida antes da oitiva das testemunhas de acusação não implica, por si só, a nulidade do processo, dado que a inversão na ordem do depoimento das testemunhas somente geraria nulidade se demonstrado, de modo efetivo e concreto, o prejuízo (pas de nullité sans grief). (STF. HC 116.569, Rel. Min. Luiz Fux, j. 4-2-2014, 1ª T, DJE de 18-2-2014.)

Não observância da ordem com que as perguntas em audiência (primeiro pelas partes, cabendo ao Juiz complementar - art.212 do CPP) causa apenas nulidade relativa, devendo ser provado o prejuízo

Quanto à ordem de feitura das perguntas às testemunhas, o disposto no art. 212 do CPP não se mostra peremptório ao prever que serão formalizadas pelas partes

diretamente, podendo o magistrado complementar a inquirição. O fato de este último proceder, antes da veiculação das perguntas pelas partes, a indagações não atrai o vício de procedimento capaz de levar à nulidade do processo, mesmo porque difícil seria estabelecer o prejuízo. (STF. HC 105.538, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10-4-2012, 1ª T, DJE de 30-4-2012.)

A magistrada que não observa o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, fazendo suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquiram as testemunhas, incorre em vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu. (STF. HC 103.525, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3-8-2010, 1ª T, DJE de 27-8-2010.)

Rito adotado em audiência diverso do disposto no art. 212 do CPP, com alteração da Lei 11.690/2008. Nulidade relativa. (...) O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. (...) Prejuízo não demonstrado pela defesa. (STF. HC 110.936, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25-9-2012, 2ª T, DJE de 8-10-2012.)

Quanto à ordem de feitura das perguntas às testemunhas, o disposto no art. 212 do CPP não se mostra peremptório ao prever que serão formalizadas pelas partes diretamente, podendo o magistrado complementar a inquirição. O fato de este último proceder, antes da veiculação das perguntas pelas partes, a indagações não atrai o vício de procedimento capaz de levar à nulidade do processo, mesmo porque difícil seria estabelecer o prejuízo. (STF. HC 105.538, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10-4-2012, 1ª T, DJE de 30-4-2012.)

Não há nulidade por ofensa ao art. 212 quando, a despeito de o Juiz haver formulado perguntas diretamente às testemunhas, a defesa, presente à audiência, deixa de manifestar qualquer inconformismo quanto ao sistema de inquirição adotado pelo Juiz. Ademais, por se tratar de nulidade relativa, para seu reconhecimento, há necessidade de demonstração de prejuízo, o que, in casu, não ocorreu. 2. Embora o art. 411 do Código de Processo Penal haja estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, "a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal" (HC n. 160.794/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 4/5/2011). Ainda que assim não fosse, a não obser-

vância dessa regra acarreta, no máximo, nulidade relativa, sendo necessária, também, a demonstração de efetivo prejuízo (pas de nullité sans grief), por se tratar de mera inversão. (...) 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 159885, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21/06/2016, DJE 01/07/2016.)

* Obs: A primeira Turmado STF, no HC 111815/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 14.11.2017, anulou o processo por violação da ordem de inquirição de testemunhas no processo penal, afirmando que a inquirição de testemunhas pelas partes deve preceder à realizada pelo juízo.

Não há momento específico para oitiva de testemunha do juízo, não existindo nulidade em ser ouvida antes das testemunhas de defesa

Nos termos do art. 209 do CPP, não configura nulidade a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do juízo. (...) Não prevê a legislação processual momento próprio para inquirição das testemunhas indicada pelo juízo na forma dos arts. 156 e 209 do CPP, nem se verifica prejuízo à ampla defesa a inquirição ocorrida antes da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa. (STF. HC 95.319, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19-10-2010, 1ª T, DJE de 21-2-2011.)

Complexidade do caso autoriza prorrogação de prazos para o término da instrução

Como regra, desde que devidamente fundamentada e com base no parâmetro da razoabilidade, é possível a prorrogação dos prazos processuais para o término da instrução criminal de caráter complexo. (STF. HC 98.163, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 6-10-2009, 2ª T, DJE de 29-10-2009.)

Atuação de membro do Ministério Público como auxiliar de titular da comarca não causa nulidade do julgamento

Esta Corte já decidiu que a participação de um membro do Ministério Público, para auxiliar o titular da comarca, não é motivo bastante para a nulidade do julgamento, mormente quando não se demonstra de que maneira a designação do promotor assistente teria causado prejuízo para a defesa ou criado situação de desigualdade apta a caracterizar a figura do “acusador de exceção”. (STF. RHC 99.768, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 14-10-2014, 2ª T, DJE de 30-10-2014.)

Ausência de representante do Ministério Público durante interrogatório não causa nulidade

Alegação de nulidade decorrente da ausência de representante do Ministério Público durante interrogatório do réu. Ausência de prejuízo. Acusado devidamente representado. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento. (STF. RHC 117.110, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3-6-2014, 2ª T, DJE de 24-6-2014.)

Atos instrutórios feitos por Juízo incompetente são passíveis de aproveitamento

Meros atos de instrução da causa não são atos decisórios, não incidindo a norma do art. 567 do CPP. É possível o aproveitamento dos atos da instrução. (STF. AP 695 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13-2-2014, P, DJE de 11-3-2014.)

Diplomação intercorrente que gera alteração de competência não acarreta nulidade superveniente da denúncia nem de atos anteriores

Ação penal. Crime do art. 1º, II, do DL 201/1967. Intercorrente diplomação não resulta nulidade superveniente da denúncia, nem dos atos praticados anteriormente à alteração da competência. (STF. AP 616 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 5-12-2013, P, DJE de 13-2-2014.)

Concessão de tempo razoável para localização de testemunha e indeferimento de substituição após preclusão não gera nulidade

Testemunha não localizada. Concessão de tempo mais do que razoável para localizá-la. Pedido de substituição após preclusa a fase processual. Nulidade. Inexistência. Não demonstração, ad argumentandum, de prejuízo para a defesa. (...) Ad argumentandum, ainda que se cogitasse de nulidade pelo indeferimento de substituição da testemunha (que se fosse importante teria sido inicialmente arrolada), a impetrante sequer insinua prejuízo resultante de sua não oitiva, conforme requer o art. 563 do CPP, na linha da jurisprudência desta Corte: (...). (STF. RHC 117.745, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22-10-2013, 1ª T, DJE de 12-11-2013.)

Existência de divisória de vidro e interfone para comunicação com advogado não acarretam nulidade por cerceamento de defesa

A existência de divisória de vidro e de interfone para a comunicação entre o advogado e seu cliente, preso preventivamente, não ofende a garantia prevista no art. 7º, III, da Lei 8.906/1994. Os impetrantes não lograram demonstrar a ocorrência de prejuízo concreto para a defesa decorrente da existência de “barreiras” à comunicação entre o advogado e seu cliente, o que impede o reconhecimento de nulidade, nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte. (STF. HC 112.558, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11-6-2013, 2ª T, DJE de 9-12-013.)

Indeferimento de diligências, interrogatório ou oitiva de testemunhas em sede de apelação não gera nulidade

O interrogatório do acusado e a oitiva de testemunha no juízo de apelação, na forma do art. 616 do CPP, são diligências que se encartam no poder do tribunal, por isso que a rejeição das mesmas não enseja nulidade do julgamento quando o órgão a quo entende desnecessárias novas provas. (STF. HC 100.487, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11-10-2011, 1ª T, DJE de 14-11-2011.)

Juntada de documentos pelo Ministério Público antes de alegações finais não acarreta nulidade

A juntada de documentos pelo Ministério Público em momento anterior às alegações finais não gera nulidade do processo. (STF. HC 103.648, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31-8-2010, 1ª T, DJE de 24-9-2010.)

Juízo e interrogatório único para mais de uma ação penal não gera nulidade absoluta, se o réu for interrogado de forma específica e assistido por defensor

Ações penais diversas. Juízo e interrogatório único. Uma vez ocorrido, sob o ângulo da celeridade e economia processuais, interrogatório único para as três ações, veiculando-se indagações específicas, assistido o acusado por profissional da advocacia, descabe cogitar de nulidade absoluta. (STF. HC 96.466, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13-4-2010, 1ª T, DJE de 9-2-2011.)

Falta de interrogatório em juízo constitui nulidade relativa e sujeita a preclusão

A falta do ato de interrogatório em juízo constitui nulidade meramente relativa, suscetível de convalidação, desde que não alegada na oportunidade indicada pela lei processual penal. A ausência da arguição, oportuno tempore, desse vício formal, opera insuperável situação de preclusão da faculdade processual de suscitar a nulidade eventualmente ocorrida. (STF. HC 68.490, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16-4-1991, 1ª T, DJ de 9-8-1991.)

O interrogatório judicial, qualquer que seja a natureza jurídica que lhe reconheça — meio de prova, meio de defesa ou meio de prova e de defesa — constitui ato necessário do processo penal condenatório, impondo-se a sua realização, quando possível, mesmo depois da sentença de condenação, desde que não se tenha consumado, ainda, o trânsito em julgado. Consoante orientação jurisprudencial firmada pelo STF, a falta do ato de interrogatório em juízo constitui nulidade meramente relativa, suscetível de convalidação, desde que não alegada na oportunidade indicada pela lei processual penal (RTJ 73/758). A ausência de arguição desse vício formal, em tempo oportuno, opera insuperável situação de preclusão temporal da faculdade processual de suscitá-lo. (STF. HC 68.131, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18-9-1990, 1ª T, DJE de 8-3-1991.)

O direito à presença do réu preso em audiência não é absoluto, podendo ser afastado por motivo de segurança

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. RÉU PRESO. DIREITO DE PRESENÇA. DIREITO QUE NÃO É ABSOLUTO. RISCO À SEGURANÇA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE EFETIVO POLICIAL SUFICIENTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...). 2. O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato. Ademais, a ausência de condução do paciente encontra-se justificada na

segurança pública, uma vez que foi noticiado "que os réus estariam organizando um arrebatamento por ocasião de comparecimento em audiência". Ademais, não ficou demonstrado em que consistiria o prejuízo acarretado à defesa, o que igualmente inviabiliza o reconhecimento de eventual nulidade. 3. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 339971, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 18/08/2016, DJE 26/08/2016).

A retirada do réu da sala de audiência para oitiva de testemunha ou vítima que tenha receio em depor na presença do réu não gera nulidade

A ausência do réu na audiência de oitiva da vítima não constitui nulidade de modo a comprometer o ato processual, na medida em que, além da expressa concordância da defesa técnica, a realização do ato foi justificada pelo temor da depoente em ser ouvida na presença do acusado. Inteligência do art. 217 do CPP. (STF. RHC 124.727, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11-11-2014, 2ª T, DJE de 24-11-2014.)

A ausência do réu na audiência de oitiva da vítima não constitui nulidade de modo a comprometer o ato processual, na medida em que, além da expressa concordância da defesa técnica, a realização do ato foi justificada pelo temor da depoente em ser ouvida na presença do acusado. Inteligência do art. 217 do CPP. (STF. RHC 124.727, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11-11-2014, 2ª T, DJE de 24-11-2014.)

1. O artigo 217 do Código de Processo Penal faculta ao juiz a inquirição da vítima ou da testemunha sem a presença do acusado, desde que devidamente representado por seu defensor e aquela manifeste constrangimento para depor em tal circunstância. 2. O devido processo legal, importante cláusula constitucional, congrega feixe de garantias que assegura, materialmente, o justo processo, daí defluindo o fundamento para se estabelecer a franca possibilidade da participação do advogado em interrogatório de réu diverso daquele que defende. (STJ. REsp 1181015, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 19/03/2013, DJe 26/03/2013)

A retirada do réu da sala de audiências, durante o depoimento de testemunha de acusação, é procedimento autorizado pelo art. 217 do Código de Processo Penal, que não implica em cerceamento de defesa. (STJ. REsp 1357289, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 11/02/2014, DJe 28/02/2014)

A ausência do réu na oitiva da vítima gera apenas nulidade relativa, devendo ser provado o prejuízo

HABEAS CORPUS. HIPÓTESES DE CABIMENTO. NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DA VÍTIMA. NULIDADE RELATIVA. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. IMPRESCINDIBILIDADE. (...) 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente. 2. A ausência do réu na audiência de oitiva da vítima ou testemunhas não acarreta, por si só, a invalidação do processo, porquanto se trata de nulidade relativa, sendo imprescindível a comprovação do prejuízo. (...) 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 268.629/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T, j. 01/10/2013, DJe 09/10/2013)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO EM AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO REALIZADA NO JUÍZO DEPRECADO. ADVOGADO CONSTITUÍDO PRESENTE AO ATO, CONSENTINDO COM SUA REALIZAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMOSTRADO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. - A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a presença do réu na audiência de oitiva das testemunhas pode acarretar nulidade relativa, sendo, portanto necessária a demonstração do efetivo prejuízo causado, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. - Assim, não havendo demonstração de qualquer prejuízo concreto à defesa, que atuou ativamente durante toda a instrução do processo, não há de ser reconhecida a alegada nulidade, até mesmo porque, tendo a defesa, no momento da inquirição da alegada testemunha, consentido com a realização do ato, nada questionando sobre a suposta nulidade, operou-se a preclusão da matéria. Recurso não provido. (STJ. RHC 27.938/MS, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 6ª T, j. 01/04/2014, DJe 14/04/2014)

A ausência do réu na instrução gera apenas nulidade relativa, devendo ser provado o prejuízo

A jurisprudência majoritária deste Supremo Tribunal assenta-se no sentido de que não ser obrigatória a presença do réu na audiência de instrução, o que con-

figuraria apenas nulidade relativa a depender argüição em tempo oportuno com a demonstração do dano efetivamente sofrido. (STF. HC 95549, Rel. Min. Carmen Lucia, 1ª T, j. 28/04/2009, DJe 28-05-2009)

A ausência de interrogatório de réu que se recusou a comparecer não gera nulidade

1. Nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal, "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". 2. Não há que falar em nulidade por ausência de interrogatório, pois o acusado teve inúmeras oportunidades de ser ouvido, recusando-se a comparecer em qualquer delas. 3. As nulidades relacionadas aos interesses das partes devem ser analisadas à luz dos princípios do pas de nullitè sans grief e da instrumentalidade das formas, além de levar em consideração os prazos previstos no art. 571 do CPP, sob pena de convalidação pelo princípio da preclusão. 4. Prevalece na jurisprudência desta Corte o entendimento de que a nulidade deve ser alegada no momento oportuno e está condicionada à demonstração do prejuízo da parte, não se invalidando ato irregular que não comprometeu a função jurisdicional. (STJ. HC 202.543/SP, Rel. Min. Sebastiao Reis Junior, Rel. p/ Acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, j. 03/06/2014, DJe 03/02/2015)

O fato de o réu advogar em causa própria não é suficiente para afastar a regra de que havendo mais de um acusado, serão os réus interrogados separadamente

Informativo nº 747 do STF: O fato de o réu advogar em causa própria não é suficiente para afastar a regra contida no art. 191 do CPP ("Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente"). Com base nesse entendimento, a 2ª Turma denegou "habeas corpus" em que se pleiteava a anulação do interrogatório de corréu, por não ter sido franqueado ao impetrante/paciente acesso à sala de audiências no momento da realização daquele ato. No caso, o paciente e corréu — ambos advogados atuando em causa própria — foram condenados pela prática do delito descrito no art. 339 do CP. A Turma considerou incorrentes ilegalidade ou cerceamento de defesa. Consignou que, além de inexistir razão jurídica para haver distinção entre acusados, nada impediria, caso o paciente desejasse, a constituição de outro causídico ou de membro da Defensoria Pública para

acompanhar especificamente o interrogatório do corréu. Ademais, a Turma reputou não haver prejuízo comprovado, uma vez que a condenação do impetrante lastreara-se nos depoimentos das testemunhas, colhidos sob o crivo do contraditório, os quais seriam categóricos ao infirmar as versões apresentadas pelos dois acusados em seus interrogatórios, harmoniosos entre si. (HC 101021/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 20.5.2014.

D) Julgamento

Suspeição não arguida na primeira oportunidade não gera nulidade

A presunção de parcialidade nas hipóteses de suspeição é relativa, pelo que cumpre ao interessado argui-la na primeira oportunidade, sob pena de preclusão. (STF. HC 107.780, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13-9-2011, 1ª T, DJE de 5-10-2011.)

Desnecessidade de transcrição de depoimento colhido por meio audiovisual

HOMICÍDIO QUALIFICADO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E PORTE DE ARMA DE USO RESTRITO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE TRANSCRIÇÃO DE DEPOIMENTOS COLHIDOS NA PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. APLICABILIDADE DO ARTIGO 405 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESNECESSIDADE DE DEGRAVAÇÃO. MÁCULA INEXISTENTE. 1. Não havendo qualquer norma especial quanto à forma de registro dos testemunhos obtidos na primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, aplica-se o artigo 405 da Lei Penal Adjetiva, consoante o disposto no artigo 394, § 2º, do mesmo diploma legal, que dispensa a transcrição do registro por meio audiovisual. Precedente. 2. Segundo orientação do Conselho Nacional de Justiça, disponibilizado no Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal, não há necessidade de degravação no caso de depoimentos colhidos por gravação audiovisual, cabendo ao interessado promovê-la, a suas expensas e com sua estrutura, se assim o desejar, "ficando vedado requerer ou determinar tal providência ao Juízo de primeiro grau". 3. A providência almejada no presente mandamus, a par de carecer de previsão legal, não se mostra pertinente no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, já que a colheita da prova oral pode ser repetida no Plenário do Tribunal do Júri. Jurisprudência do STJ. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 339.357, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 08/03/2016, DJe 16/03/2016)

Princípio da identidade física do juiz comporta exceções

O princípio da identidade física do juiz, positivado no § 2º do art. 399 do CPP, não é absoluto e, por essa razão, comporta as exceções arroladas no art. 132 do CPC, aplicado analogicamente no processo penal por expressa autorização de seu art. 3º (...). (STF. HC 123.873, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14-10-2014, 1ª T, DJE de 18-12-2014.)

Fundamentação sucinta não caracteriza falta de fundamentação

A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988. (STF. HC 105.349 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 23-11-2010, 2ª T, DJE de 17-2-2011.)

Fundamentação por remissão a outras manifestações é válida

Revela-se legítima e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição da República a utilização, por magistrados, da técnica da motivação per relationem, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. (STF. MS 25.936 ED, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13-6-2007, P, DJE de 18-9-2009.)

Ausência de informação sobre o direito ao silêncio não causa anulação do interrogatório

As garantias da ampla defesa e do contraditório restam observadas, não prosperando o argumento de que a falta de advertência, no interrogatório, sobre o direito dos réus permanecerem calados, seria causa de nulidade apta a anular todo o processo penal, nos casos em que a higidez do ato é corroborada pela presença de defensor durante o ato, e pela opção feita pelos réus de, ao invés de se utilizarem do direito ao silêncio, externar a sua própria versão dos fatos, contrariando as acusações que lhes foram feitas, como consectário de estratégia defensiva. A falta de advertência sobre o direito ao silêncio não conduz à anulação automática do interrogatório ou depoimento, restando mister observar as demais circunstâncias do caso concreto para se verificar se houve ou não o constrangimento ile-

gal. (HC 88.950/RS, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento em 25/9/2007, HC 78.708/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 9/3/1999, RHC 79.973/MG, Relator Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, Julgamento em 23/5/2000.) (STF. RHC 107.915, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25-10-2011, 1ª T, DJE de 16-11-2011.)

Manifestação do MP sobre preliminar arguida em alegações finais não ofende a ampla defesa

A inversão processual, falando antes a defesa e depois a acusação nas alegações finais (...) implica nulidade tanto quanto no caso da sustentação oral (...), por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, quando a defesa argui questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e a manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do CPC, como previsto no art. 3º do CPP, pois em tal caso é de rigor que outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da defesa. (STF. HC 76.420, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16-6-1998, 2ª T, DJE de 14-8-1998)

Redistribuição de processos em razão de instalação de novas varas não viola princípios do devido processo legal e do juiz natural

Instalação de novas varas por provimento de TRF. Redistribuição de processos. Não configuração de nulidade. (...) Redistribuição de processos, constitucionalmente admitida, visando a melhor prestação da tutela jurisdicional, decorrente da instalação de novas varas em seção judiciária do TRF 3ª Região, não ofende os princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural e da perpetuatio jurisdictionis. (STF. HC 108.749, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23-4-2013, 2ª T, DJE de 7-11-2013)

Validade de atos processuais praticados antes de causa superveniente de modificação da competência

Informativo nº 556 do STJ: No caso em que, após iniciada a ação penal perante determinado juízo, ocorra modificação da competência em razão da investidura do réu em cargo que atraia foro por prerrogativa de função, serão válidos os atos processuais – inclusive o recebimento da denúncia – realizados antes da causa superveniente de modificação da competência, sendo desnecessária, no âmbito do novo juízo, qualquer ratificação desses atos, que, caso ocorra, não precisará

*seguir as regras que deveriam ser observadas para a prática, em ação originária, de atos equivalentes aos atos ratificados. Realmente, reconhecida a incompetência, a posteriori, de determinado juízo, deve o processo ser encaminhado ao juízo competente, que pode aproveitar os atos já praticados. Nesse sentido, a jurisprudência do STF afirma que, nos casos de incompetência absoluta, é possível a ratificação tanto dos atos sem caráter decisório quanto dos atos decisórios (AgR no RE 464.894-PI, Segunda Turma, DJe 15/8/2008). Nesse contexto, verifica-se que a ratificação de atos processuais é procedimento intrinsecamente ligado à ideia de nulidade por incompetência relativa ou absoluta superveniente. Não se trata, contudo, do caso aqui analisado, em que, após iniciada a ação penal, ocorre modificação da competência em razão da investidura, pelo réu, no curso do processo, em cargo que atraia foro por prerrogativa de função. De fato, a competência, quando fixada a partir de regras do sistema, a priori, não se modifica, em obediência ao princípio do juiz natural. No entanto, uma das hipóteses em que se dá a modificação da competência, sem ofensa ao referido princípio, ocorre quando há alteração *ratione personae*, fruto do cargo ou da função que alguém venha a ocupar no curso do processo. Assim, iniciada a ação penal perante determinado juízo, com a superveniência de condição que atraia o foro especial por prerrogativa de função, deve o processo ser remetido, no estado em que se encontra, ao novo juízo competente. Nesse caso, devem ser mantidos íntegros todos os atos processuais até então praticados, sob pena de violação ao princípio *tempus regit actum*, uma vez que o juiz era competente antes da modificação. Desnecessária, portanto, qualquer ratificação, visto que os atos até então praticados são válidos. Ademais, ainda que, por mero preciosismo, ocorra a ratificação, ela não precisará seguir as regras que deveriam ser observadas para a prática, em ação originária, de atos equivalentes aos atos ratificados. Isso significa dizer que a ratificação do recebimento de denúncia ofertada em primeiro grau não precisaria ser apreciada pelo colegiado do Tribunal competente para o julgamento da ação originária, sendo possível ao relator realizar monocraticamente essa ratificação, conforme, aliás, já se manifestou o STF (RHC 120.356-DF, Primeira Turma, DJe de 30/10/2014). HC 238.129-TO, Rel. originária Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16/9/2014, DJe 25/2/2015.*

Sentença que não aborda todas as teses defensivas não causa cerceamento de defesa

Improcedente a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa porque o órgão julgador não está obrigado a rebater todas as teses defensivas, bastando

que exponha, de forma fundamentada, as razões de seu convencimento. (STF. HC 107.784, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2-9-2011, 1ª T, DJE de 5-9-2011.)

A prática de atos de ordenação processual não caracterizam hipótese de impedimento

Não se registra situação configuradora de impedimento se o magistrado, no curso do procedimento penal, não se pronunciou sobre matéria de fato ou sobre questão de direito, uma e outra concernentes ao mérito da demanda penal. Eventual prática de atos de ordenação processual não basta, só por si, para caracterizar hipótese de impedimento do juiz. (STF. HC 71.448, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14-2-1995, 1ª T, DJE de 4-12-2009.)

A utilização de termos mais fortes na sentença penal condenatória não configura, por si só, situação apta a comprovar a ocorrência de quebra da imparcialidade do magistrado

Informativo 530 do STJ: Quinta Turma. DIREITO PROCESSUAL PENAL. UTILIZAÇÃO DE TERMOS MAIS FORTES E EXPRESSIVOS EM SENTENÇA. A utilização de termos mais fortes e expressivos na sentença penal condenatória – como “bandido travestido de empresário” e “delinquente de colarinho branco” – não configura, por si só, situação apta a comprovar a ocorrência de quebra da imparcialidade do magistrado. Com efeito, o discurso empolgado, a utilização de certos termos inapropriados em relação ao réu ou a manifestação de indignação no tocante aos crimes não configuram, isoladamente, causas de suspeição do julgador. Ademais, as causas de suspeição de magistrado estão dispostas de forma taxativa no art. 254 do CPP, dispositivo que não comporta interpretação ampliativa. REsp 1.315.619-RJ, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), j. 15/8/2013.

Possibilidade de fixação de valor mínimo para compensação de danos morais sofridos pela vítima de infração penal

Informativo nº 588 do STJ: O juiz, ao proferir sentença penal condenatória, no momento de fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, do CPP), pode, sentindo-se apto diante de um caso concreto, quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, des-

de que fundamente essa opção. De fato, a legislação penal brasileira sempre buscou incentivar o ressarcimento à vítima. Essa conclusão pode ser extraída da observação de algumas regras do CP: a) art. 91, I - a obrigação de reparar o dano é um efeito da condenação; b) art. 16 - configura causa de diminuição da pena o agente reparar o dano ou restituir a coisa ao ofendido; c) art. 65, III, "b" - a reparação do dano configura atenuante genérica, etc. Mas, apesar de incentivar o ressarcimento da vítima, a regra em nosso sistema judiciário era a separação de jurisdição, em que a ação penal destinava-se à condenação do agente pela prática da infração penal, enquanto a ação civil tinha por objetivo a reparação do dano. No entanto, apesar de haver uma separação de jurisdição, a sentença penal condenatória possuía o status de título executivo judicial, que, no entanto, deveria ser liquidado perante a jurisdição civil. Com a valorização dos princípios da economia e celeridade processual e considerando que a legislação penal brasileira sempre buscou incentivar o ressarcimento à vítima, surgiu a necessidade de repensar esse sistema, justamente para que se possa proteger com maior eficácia o ofendido, evitando que o alto custo e a lentidão da justiça levem a vítima a desistir de pleitear a indenização civil. Dentro desse novo panorama, em que se busca dar maior efetividade ao direito da vítima em ver ressarcido o dano sofrido, a Lei n. 11.719/2008 trouxe diversas alterações ao CPP, dentre elas, o poder conferido ao magistrado penal de fixar um valor mínimo para a reparação civil do dano causado pela infração penal, sem prejuízo da apuração do dano efetivamente sofrido pelo ofendido na esfera cível. No Brasil, embora não se tenha aderido ao sistema de unidade de juízo, essa evolução legislativa, indica, sem dúvidas, o reconhecimento da natureza cível da verba mínima para a condenação criminal. Antes da alteração legislativa, a sentença penal condenatória irrecorrível era um título executivo incompleto, porque embora tornasse certa a exigibilidade do crédito, dependia de liquidação para apurar o quantum devido. Assim, ao impor ao juiz penal a obrigação de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, está-se ampliando o âmbito de sua jurisdição para abranger, embora de forma limitada, a jurisdição cível, pois o juiz penal deverá apurar a existência de dano civil, não obstante pretenda fixar apenas o valor mínimo. Dessa forma, junto com a sentença penal, haverá uma sentença cível líquida que, mesmo limitada, estará apta a ser executada. E quando se fala em sentença cível, em que se apura o valor do prejuízo causado a outrem, vale lembrar que, além do prejuízo material, também deve ser observado o dano moral que a conduta ilícita ocasionou. E nesse ponto, embora a legislação tenha introduzido essa alteração, não regulamentou nenhum procedimento para efetivar a apuração desse valor nem estabeleceu

qual o grau de sua abrangência, pois apenas se referiu à "apuração do dano efetivamente sofrido". Assim, para que se possa definir esses parâmetros, deve-se observar o escopo da própria alteração legislativa: promover maior eficácia ao direito da vítima em ver ressarcido o dano sofrido. Assim, considerando que a norma não limitou nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de o fazer. REsp 1.585.684-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 9/8/2016, DJe 24/8/2016.

Possibilidade de condenação por crime consumado quando a denúncia imputa crime tentado e vice e versa (não configura falta de correlação entre a acusação e sentença)

HABEAS CORPUS. ART. 217-A C/C ARTS. 226, II, E 14, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DENÚNCIA POR DELITO CONSUMADO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU PELO ART. 61 DA LCP. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU PELA FORMA TENTADA DO ART. 217-A. ALEGADA AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E CONDENAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O delito consumado e a tentativa não são duas diferentes modalidades de delito, mas somente distintas manifestações de um único delito. 2. Como o réu não se defende da capitulação da denúncia, mas do fato descrito na exordial acusatória, não há a nulidade prevista no art. 384 do CPP, visto que o magistrado limitou-se a dar definição jurídica diversa (crime tentado) da que constou na denúncia (crime consumado), aplicando pena menos grave. 3. Ordem denegada. (STJ. HC 297.551, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, j. 05/03/2015, DJe 12/03/2015)

2. Não há falar em ausência de correlação entre a acusação e a sentença, se o juiz nada mais fez que dar interpretação jurídica distinta aos fatos, ao entender, diversamente da inicial acusatória, que a circunstância de os denunciados não terem conseguido sacar a quantia efetivamente transferida para suas conta-correntes não afasta a consumação do crime de estelionato, a qual já havia ocorrido com a transferência do dinheiro. 3. Agravo regimental provido para conhecer do habeas corpus, porém, denegá-lo. (STJ. AgRg no HC 52.173, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T, j. 26/06/2007, DJ 20/08/2007, p. 297)

E) Interceptação telefônica, gravação ambiental e registros telefônicos

Interceptação telefônica determinada por autoridade judiciária competente não fere o direito ao silêncio

(...) não pode vingar a tese da impetração de que o fato de a autoridade judiciária competente ter determinado a interceptação telefônica dos pacientes, envolvidos em investigação criminal, fere o direito constitucional ao silêncio, à não autoincriminação. (STF. HC 103.236, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, 2ª T, DJE de 3-9-2010.)

Não há nulidade na decisão que, embora sucinta, apresenta fundamentos essenciais para a decretação da quebra do sigilo telefônico

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. 1. A interceptação telefônica foi precedida de diligências preliminares, não sendo possível acolher a alegação de que o procedimento penal instaurado baseou-se exclusivamente em denúncia anônima. 2. Não há nulidade na decisão que, embora sucinta, apresenta fundamentos essenciais para a decretação da quebra do sigilo telefônico, ressaltando, inclusive, que "o modus operandi dos envolvidos" "difícilmente" poderia "ser esclarecido por outros meios" (HC 94.028, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia). 3. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na inicial da impetração não são suficientes para modificar a decisão ora agravada" (HC 115.560-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. STF. HC 120203, Rel. Min. Roberto Barroso; j. 10/02/2015, 1ª T, DJe 03-03-2015.

Possibilidade de prorrogação da interceptação telefônica por mais de 30 dias, mediante decisão fundamentada

Informativo nº 742 do STF: 2ª Turma. Não se revestem de ilicitude as escutas telefônicas autorizadas judicialmente, bem como suas prorrogações, ante a necessidade de investigação diferenciada e contínua, demonstradas a complexidade e a gravidade dos fatos. Com base nessa orientação, a 2ª Turma denegou "habeas corpus", em que se sustentava a nulidade das interceptações telefônicas realizadas. Na espécie, no curso de investigação da polícia federal destinada a apurar delitos

contra a Administração Pública Federal, praticados por grupo de empresários, as interceptações telefônicas, devidamente autorizadas por juízo de 1º grau, revelaram que delitos de outra natureza estariam sendo praticados por grupo diverso, voltado à obtenção ilícita de lucros por meio de contratação e execução de obras públicas em vários Estados-membros com fraude em licitações. Diante do envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro, determinara-se o deslocamento do feito para o STJ, cuja relatora autorizara a interceptação telefônica e sua prorrogação, o que culminara na indicação do paciente como envolvido em grupo criminoso. A Turma destacou que decisão proferida no STJ, ao autorizar a interceptação telefônica, estaria fundamentada ante a complexidade do esquema a envolver agentes públicos e políticos, aliada à dificuldade em se colher provas tradicionais. Pontuou que os atos estariam em consonância com a Lei 9.296/1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”). HC 119770/BA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 8.4.2014.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEFERIMENTO. PRORROGAÇÃO POR MAIS DE 30 DIAS. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (...) 2. Segundo a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o disposto no artigo 5º da Lei n. 9.296/1996 não limita a prorrogação da interceptação telefônica a um único período, podendo haver sucessivas renovações, desde que devidamente fundamentadas. 3. O Juízo de primeiro grau autorizou o monitoramento das ligações telefônicas por entender que os elementos, já colhidos, demonstravam indícios gravosos de prática criminosa e apontavam para a imprescindibilidade do deferimento da medida excepcional. Posteriormente, prorrogou o prazo das interceptações telefônicas, por concluir que os indícios apurados demonstravam que se tratava de tráfico internacional de cocaína, sendo impossível a utilização de outros meios de prova diante da organização e sofisticação dos criminosos. 4. Habeas corpus não conhecido. STJ. HC 300768, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T, j. 16/10/2014, DJe 06/11/2014.

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. DILIGÊNCIAS QUE ULTRAPASSAM O LIMITE DE 30 (TRINTA) DIAS PREVISTO NO ARTIGO 5º DA LEI 9.296/1996. POSSIBILIDADE DE VÁRIAS RENOVACÕES. EXISTÊNCIA DE DECISÕES FUNDAMENTADAS. ILICITUDE

NÃO CARACTERIZADA. 1. Apesar de no artigo 5º da Lei 9.296/1996 se prever o prazo máximo de 15 (quinze) dias para a interceptação telefônica, renovável por mais 15 (quinze), não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão fundamentando a dilatação do período. Doutrina. Precedentes.(...) (STJ. HC 118.803, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 26/10/2010, DJe 13/12/2010)

Desnecessidade de transcrição integral das interceptações telefônicas

Pedido de liminar para garantir à defesa do paciente o acesso à transcrição integral das escutas telefônicas realizadas no inquérito. Alegação de ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LV, da Constituição da República): incorrência: liminar indeferida. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora pacientes, pois bastam que se tenham gravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LV, da Constituição da República). Liminar indeferida. (STF. HC 91.207 MC, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, j. 11-6-2007, P, DJ de 21-9-2007)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E ESCUTAS AMBIENTAIS. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. RELATÓRIO INFORMANDO HORÁRIOS DE INÍCIO E FIM DAS GRAVAÇÕES. INTEGRAL ACESSO AOS ÁUDIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA. 1. O recorrente utiliza o writ como mero meio de coleta de provas a fim de averiguar eventual ilegalidade na execução de interceptações telefônicas e escutas ambientais, não apontando restrição ilegítima à sua liberdade, o que evidencia o não cabimento do remédio heroico. 2. Ainda que admitido o writ como meio de assegurar o exercício da ampla defesa e, reflexamente, evitar cerceamento indevido à liberdade, no mérito, não assiste razão ao recorrente, uma vez que o juízo de primeiro grau franqueou à defesa o integral acesso aos dados ora perseguidos, autorizando a secretaria da Vara a fornecer todos os arquivos de áudio formados ao longo da fase inquisitorial, inexistindo dados inacessíveis à defesa. 3. O acesso à totalidade do áudio captado é bastante para afastar eventual alegação de cerceamento de defesa. 4. O Supremo Tribunal Federal assentou ser desnecessária a transcrição integral dos diálogos colhidos por meio de interceptação telefônica ou escuta ambiental. 5. Em relação

às datas e horários de início e encerramento das interceptações e escutas ambientais, o juízo de primeiro grau determinou às autoridades policiais que conduziram o inquérito e mantiveram registro de tais atividades que fornecessem relatório de seus registros ao recorrente, tornando desnecessária a expedição de ofício às empresas telefônicas. 6. Recurso desprovido. (STJ). RHC 39457 Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, j. 12/05/2015, DJe 27/05/2015).

Destruição de mídias contendo interceptações telefônicas, após amplo e irrestrito acesso das partes e sem requerimentos, não causa prejuízo à defesa

Pelo que se tem nos autos, as mídias contendo as interceptações telefônicas somente foram destruídas depois do amplo e irrestrito acesso das partes, que nada requereram quanto à necessidade de perícia ou transcrição integral do material apreendido. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. (...) Prejuízo não demonstrado pela defesa. (STF. RHC 125.282, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3-3-2015, 2ª T, DJE de 13-3-2015.)

Possibilidade de interceptação de conversa entre Advogado e cliente, captada incidentalmente à interceptação telefônica

(...) (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. (...)3. Ilicitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao 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. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação

que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada. (STF. HC 91.8676, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 24-04-2012, DJe 20-09-2012)

Licitude de prova de “crime achado”, ou seja, infração penal desconhecida e não investigada até o momento em que se descobre o delito.

Informativo nº 869 do STF: A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, indeferiu ordem de “habeas corpus” em que se discutia a ilicitude de provas colhidas mediante interceptação telefônica durante investigação voltada a apurar delito de tráfico internacional de drogas. No caso, o juízo de origem determinou a prisão preventiva do paciente em razão da suposta prática de homicídio qualificado. O impetrante sustentou a ilicitude das provas colhidas, a inépcia da denúncia e a falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal. O Colegiado afirmou que a hipótese dos autos é de crime achado, ou seja, infração penal desconhecida e não investigada até o momento em que se descobre o delito. A interceptação telefônica, apesar de investigar tráfico de drogas, acabou por revelar crime de homicídio. Assentou que, presentes os requisitos constitucionais e legais, a prova deve ser considerada lícita. Ressaltou, ainda, que a interceptação telefônica foi autorizada pela justiça, o crime é apenado com reclusão e inexistiu o desvio de finalidade. No que se refere à justa causa, considerou presente o trinômio que a caracteriza: tipicidade, punibilidade e viabilidade. A tipicidade é observada em razão de a conduta ser típica. A punibilidade, em face da ausência de prescrição. E a viabilidade, ante a materialidade, comprovada com o evento morte, e a autoria, que deve ser apreciada pelo tribunal do júri. Vencido o ministro Marco Aurélio, que deferiu a ordem. Pontuou não haver justa causa e reputou deficiente a denúncia ante a narração do que seria a participação do paciente no crime. HC 129678/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 13.6.2017.

Licitude de prova de crime diverso, relacionado com o crime investigado, obtida mediante a interceptação de ligações telefônicas de terceiro não arrolado na autorização judicial da escuta

ESCUA TELEFÔNICA. TERCEIRO. Desde que esteja relacionada com o fato criminoso investigado, é lícita a prova de crime diverso obtida mediante a interceptação de ligações telefônicas de terceiro não arrolado na autorização judicial da escuta. Precedentes citados: HC 37.693-SC, DJ 22/11/2004; RHC 10.974-SP, DJ 18/3/2002; RHC 15.351-RS, DJ 18/10/2004, e HC 27.145-SP, DJ 25/8/2003”. (STJ. HC 33.462-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/9/2005).

Eventuais deficiências qualitativas na tradução de material degradado não invalida a prova regularmente produzida

Eventuais deficiências qualitativas na tradução do material degradado não invalidam a prova regularmente colhida, devendo o tema ser tratado no curso da instrução da ação penal, considerados os limites do habeas corpus. (STF. HC 106.244, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17-5-2011, 1ª T, DJE de 19-8-2011.)

Desnecessidade da realização de perícia para a identificação das vozes captadas nas interceptações telefônicas

Informativo nº 464 do STJ: TRÁFICO INTERNACIONAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PERÍCIA. Cuida-se de condenado pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, caput, 35, caput, c/c o art. 40, I, todos da Lei n. 11.343/2006, em que o tribunal a quo afastou as preliminares suscitadas na apelação e deu parcial provimento apenas para reduzir a pena imposta. O REsp foi conhecido na parte em que o recorrente apontou nulidade das interceptações telefônicas por inobservância ao disposto no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.296/1996 quanto à necessidade da identificação dos interlocutores por meio de perícia técnica e de degravação dos diálogos em sua íntegra, também efetuada por perícia técnica, pleiteando, conseqüentemente, a imprestabilidade da escuta telefônica realizada e sua desconsideração como meio de prova. Observa o Min. Relator que este Superior Tribunal, em diversas oportunidades, já afirmou não haver necessidade de identificação dos interlocutores por meio de perícia técnica ou de degravação dos diálogos em sua integridade por peritos oficiais, visto que a citada lei não faz qualquer exigência nesse sentido. Assim, verificada a ausência de qualquer vício na prova obtida por meio de interceptações telefônicas, a Turma conheceu em par-

te do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, afastando a hipótese de ofensa ao citado artigo. Precedentes citados: HC 138.446-GO, DJe 11/10/2010; HC 127.338-DF, DJe 7/12/2009; HC 91.717-PR, DJe 2/3/2009, e HC 66.967-SC, DJ 11/12/2006. REsp 1.134.455-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j, 22/2/2011.

Compartilhamento de interceptações telefônicas para persecução penal diversa da que a motivou não gera nulidade

Informativo nº 811 do STF: 1ª Turma. A Primeira Turma indeferiu a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia a anulação de ação penal com argumento em prova ilícita. Na espécie, foram aproveitados dados alusivos a interceptação telefônica verificada em outra unidade da Federação e em outro processo-crime, porém autorizada judicialmente. A Turma entendeu que o fato de a escuta telefônica ter visado elucidar outra prática delituosa não impediria a sua utilização em persecução criminal diversa (compartilhamento). Além disso, não caracteriza ofensa ao art. 93, IX, da CF o ato em que adotados como razões de decidir os fundamentos lançados na manifestação do Ministério Público. Por fim, preenchidas as exigências previstas na Lei 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica), descabe considerar ilícita a prova ante a suposta ausência de autuação. Tratar-se-ia de mera irregularidade, não violadora dos elementos essenciais à validade da medida cautelar. (HC 128102/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9.12.2015.)

Gravação de conversa por um dos interlocutores é lícita

A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. (STF. AI 503.617 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 1º-2-2005, 2ª T, DJ de 4-3-2005.)

Ação penal. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. (STF. RE 583.937 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 19-11-2009, DJE de 18-12-2009)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CP). CONSUMAÇÃO. CRIME FORMAL. GRA-

VAZÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DA PROVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. (...). 4. De outra parte, em regra, a violação do sigilo das comunicações, sem autorização dos interlocutores, é proibida, pois a Constituição Federal assegura o respeito à intimidade e vida privada das pessoas, bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, inciso XII, da CF 88). 5. Entretanto, não se trata nos autos de gravação da conversa alheia (interceptação), mas de registro de comunicação própria, ou seja, em que há apenas os interlocutores e a captação é feita por um deles sem o conhecimento da outra parte. 6. No caso, a gravação ambiental efetuada pela corrê foi obtida não com o intuito de violar a intimidade de qualquer pessoa, mas com o fito de demonstrar a coação que vinha sofrendo por parte da ora recorrente, que a teria obrigado a prestar declarações falsas em juízo, sob pena de demissão. 7. Por não se enquadrar nas hipóteses de proteção constitucional do sigilo das comunicações, tampouco estar disciplinada no campo infraconstitucional, pela Lei nº 9.296/96, a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro deve ser admitida como prova, em face do princípio da proporcionalidade. 8. De outra parte, não procede a alegação de quebra de sigilo profissional, previsto no art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.906/94, agora com a nova redação dada pela Lei 11.767/08, pois não se trata de gravação de conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente. 9. Cuida-se, pois, de gravação de um diálogo informal, ocorrido no interior de um taxi, entre a vítima do fato tido com criminoso e o causídico da empresa em que a recorrente trabalhava, o qual, na época, patrocinava os interesses dessa instituição em uma ação trabalhista, não a defesa das rés. Em outra ocasião, a conversa foi gravada tão somente entre as acusadas. (...) (STJ. REsp 1113734/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T, j. 28/09/2010, DJe 06/12/2010)

Possibilidade de pesquisa dos registros telefônicos de telefone apreendido em flagrante delito sem autorização judicial

(...) (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÊU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (...) 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realiza-

do a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. (STF. HC 91.8676, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 24-04-2012, DJe 20-09-2012)

F) Precatória e rogatória

Interrogatório de acusado realizado por carta precatória com nomeação de defensor dativo, por si só, não acarreta nulidade, devendo ser provado o prejuízo

Alegação de nulidade por ter sido o interrogatório do réu realizado mediante carta precatória. (...) Interrogatório do paciente realizado pelo juízo deprecado com a presença de defensor dativo. Ausência de demonstração de prejuízo. Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de “prova impossível”, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela

tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. (STF. HC 107.769, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18-10-2011, 1ª T, DJE de 28-11-2011.)

Não há nulidade em julgamento se a carta precatória não foi devolvida tempestivamente

A carta precatória não devolvida tempestivamente autoriza a realização do julgamento sem a oitiva da testemunha de fora da terra, sem prejuízo da sua posterior juntada (art. 222, § 2º, do CPP), sendo certo que, no caso sub judice, passaram-se três meses entre o envio da comunicação deprecada e a decisão de continuidade do procedimento. (STF. AP 595, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25-11-2014, 1ª T, DJE de 10-2-2015.)

Recolhimento de carta precatória não cumprida em que sabidamente a testemunha não será encontrada não gera nulidade

Não há nulidade no recolhimento de carta precatória não cumprida, destinada à oitiva de testemunha de defesa, quando impossível a localização dela nos endereços fornecidos, e a defesa, regularmente intimada, não apresenta novo endereço nem lhe requer a substituição. (STF. HC 85.627, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 15-12-2009, 2ª T, DJE de 12-2-2010.)

A ausência de intimação da defesa sobre a expedição de precatória gera apenas nulidade relativa, devendo ser provado o prejuízo

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. OITIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. ENUNCIADO SUMULAR 155/STF. NULIDADE RELATIVA. ALEGAÇÃO OPORTUNA. DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. ILEGALIDADE MANIFESTA NÃO CARACTERIZADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a ausência de intimação da defesa da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas é causa de nulidade relativa, o que impõe sua arguição em momento oportuno e a demonstração de efetivo prejuízo, o que, entretanto, não ocorreu no caso em apreço. Incidência do enunciado sumular n.º 155 do Supremo Tribunal Federal. 2. Writ não conhecido. (STJ. HC 340327, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/03/2016, DJE 10/03/2016.)

Quando o réu foi devidamente intimado da expedição de precatória e é ausente requerimento de comparecimento, não há nulidade na oitiva de testemunha por carta precatória na ausência dele

Não é nula a audiência de oitiva de testemunha realizada por carta precatória sem a presença do réu, se este, devidamente intimado da expedição, não requer o comparecimento. (STF. RE 602.543 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 19-11-2009, DJE 26-2-2010)

Desnecessária a intimação da Defesa pelo juízo deprecado para inquirição de testemunhas

A intimação do advogado para a inquirição de testemunhas no juízo deprecado é desnecessária; imprescindível apenas a intimação da expedição da carta precatória. No caso, havendo incerteza quanto à intimação da expedição da carta precatória, afigura-se correta a aplicação, pelo Tribunal a quo, da Súmula 155/STF, que proclama ser relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da carta precatória para a inquirição de testemunha. (STF. HC 89.186, Rel. Min. Eros Grau, j. 10-10-2006, 2ª T, DJ de 6-11-2006.)

Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado. (Súmula nº 273 do STJ)

A inversão da ordem do interrogatório e da oitiva de testemunhas não configura nulidade quando o ato for realizado por carta precatória, cuja expedição não suspende o processo criminal

(...) INOBSERVÂNCIA DA ORDEM DE INQUIRÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TESTEMUNHAS OUVIDAS POR CARTA PRECATÓRIA. ATO REALIZADO EM CONFORMIDADE COM A NORMA PROCESSUAL. NULIDADE INEXISTENTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O art. 400, caput, do CPP, cuja redação foi conferida pela Lei 11.719/08, revela a sistemática instrutória do procedimento ordinário do processo penal, segunda a qual faz-se necessária a ouvida prévia das testemunhas da acusação e, depois, aquelas indicadas pela defesa. Entrementes, para viabilizar a instrução processual, ressalva explicitamente a ordem ritual, com o apontamento do art. 222, do CPP. 2. A prescindibilidade de observância da ordem ordinária da ouvida de testemunhas que estejam fora da competência territorial do ju-

ízo é, pois, corolário do impedimento legal de suspensão da instrução processual, por ocasião da expedição de carta precatória ou rogatória (CPP, arts. 222, §1º e 222-A, parágrafo único). Outrossim, em consonância com essa conclusão, em homenagem ao princípio da razoável duração da prestação jurisdicional, mais que o prosseguimento da instrução com a ouvida das demais testemunhas, o magistrado pode, inclusive, sentenciar, malgrado pendência da devolução da carta pelo juízo deprecado, caso ultrapassado o prazo marcado pelo juízo deprecante para o seu cumprimento, nos termos do § 2º do artigo 222 do diploma processual penal. Precedentes. 3. Recurso desprovido. (STJ. RHC 059448/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, j. 07/06/2016, DJE 17/06/2016).

Constitucionalidade da exigência da demonstração de imprescindibilidade da diligência a ser cumprida por carta rogatória

A expedição de cartas rogatórias para oitiva de testemunhas residentes no exterior condiciona-se à demonstração da imprescindibilidade da diligência e ao pagamento prévio das respectivas custas, pela parte requerente, nos termos do art. 222-A do CPP, ressalvada a possibilidade de concessão de assistência judiciária aos economicamente necessitados. A norma que impõe à parte no processo penal a obrigatoriedade de demonstrar a imprescindibilidade da oitiva da testemunha por ela arrolada, e que vive no exterior, guarda perfeita harmonia com o inciso LXXVIII do art. 5º da CF. (STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10-6-2009, P, DJE 02-10-2009.)

G) Citação e intimação

Constitucionalidade da citação por hora certa na seara penal

Informativo nº 833 do STF: Comunicação de Ato Processual - Citação com hora certa e processo penal. É constitucional a citação com hora certa no âmbito do processo penal (CPP: “Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo”). Essa a conclusão do Plenário, que, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade do aludido preceito processual. No caso, o recorrente fora condenado, no âmbito de juízo do especial criminal, à pena de seis meses de detenção, substituída por prestação de ser-

viços comunitários, pela prática do crime previsto no art. 309 da Lei 9.503/1997 (dirigir sem habilitação, gerando perigo de dano). Fora citado com hora certa, pois estaria ocultando-se para não o ser pessoalmente. A defesa arguirá, então, a inconstitucionalidade dessa modalidade de citação. O Colegiado aduziu que a ampla defesa (CF, art. 5º, LV) une defesa técnica e autodefesa. A primeira é indeclinável. Não assegurar ao acusado a defesa técnica é causa de nulidade absoluta do processo, e consubstancia prejuízo ínsito e insanável (CPP, artigos 564, III, “c”; e 572). O Tribunal possui entendimento sumulado nesse sentido (Enunciado 523 da Súmula do STF). A autodefesa, por sua vez, representa a garantia de se defender pessoalmente e, portanto, de se fazer presente no julgamento. A respeito, a Lei 9.271/1996 inovava, para inviabilizar o julgamento do acusado à revelia, quando citado por edital, estabelecendo a suspensão do processo e, para evitar impunidade, a prescrição, até que apareça ou constitua patrono. A indicação de advogado é ato revelador da ciência da ação penal, e a opção de não comparecer pessoalmente à instrução é consectário lógico do exercício da autodefesa, conjugado à garantia à não autoincriminação (CF, art. 5º, LXIII). Posteriormente, a Lei 11.719/2008 reservava, para o caso de citação pessoal frustrada por ocultação intencional do acusado, a com hora certa, e não mais a por edital, dando-se continuidade ao processo, devendo o juiz nomear defensor ao réu. O novo Código de Processo Civil não repercute na vigência ou na eficácia do preceito, pois a referência aos artigos 227 a 229 do CPC/1973 corresponde aos atuais artigos 252 a 254. A ficção alusiva à citação com hora certa restringe-se ao fato de o réu não ter sido cientificado, pessoalmente, da demanda. A premissa, na hipótese, é a premeditada ocultação do réu. Logo, sabe da existência da demanda. Se optara por não se defender pessoalmente em juízo, o fizera porque, no exercício da autodefesa, não o quisera. Tampouco pode ser compelido a fazê-lo, afinal o comparecimento à instrução é direito, faculdade. Entendimento diverso consubstanciaria obrigá-lo a produzir prova contra si. O Tribunal consignou que a citação com hora certa cerca-se de cautelas, desde a certidão pormenorizada do oficial de justiça até o aval pelo juiz. Julgando inexistirem elementos concretos de ocultação, o juiz determina a citação por edital, com a subsequente suspensão do processo caso o acusado não se apresente nem constitua advogado. A autodefesa, mesmo depois de formalizada a citação com hora certa, fica resguardada na medida em que o réu será cientificado dela, inclusive da continuação do processo (CPC, art. 254). Esconder-se para deixar de ser citado pessoalmente e não comparecer em sede judicial para defender-se revela autodefesa. Não se justifica impor a prisão preventiva. Entretanto, impedir a sequência da ação penal é demasiado, sob pena de dar ao acusado verdadeiro direito potestativo sobre o curso da ação penal, ignorando a indisponibilidade inerente. É preciso compatibilizar a garantia do acusado à autodefesa com o caráter público e indisponível do processo-crime. O prosseguimento da ação penal, ante a citação com hora certa, em nada compromete a

autodefesa; ao contrário, evidencia a opção do réu de não se defender pessoalmente em juízo, sendo compatível com a Constituição, portanto. O Plenário, ademais, não se pronunciou quanto à aplicabilidade do instituto no âmbito específico dos juizados especiais, em razão de a controvérsia, no ponto, ultrapassar o objeto recursal. Vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio (relator), que, ao se manifestar acerca da citação com hora certa em processo submetido a juizado especial criminal, entendia pela inadmissibilidade desse ato processual. Explicava que o art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 impõe a remessa do processo à vara criminal quando o acusado não for encontrado. Tal preceito inviabiliza qualquer modalidade de citação ficta no juizado especial criminal, seja a editalícia, seja a com hora certa, por tornar inexecutíveis a composição civil e a transação penal, fins últimos dos juizados. Por fim, o Colegiado deliberou conceder “habeas corpus” de ofício em favor do recorrente, para extinguir a punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva. RE 635145/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 1º.8.2016. (RE-635145, Plenário, Repercussão Geral)

Irregularidades da citação ficam sanadas com comparecimento espontâneo e constituição de defesa técnica

Irregularidade na citação fica sanada pelo comparecimento espontâneo do réu e pela constituição de defesa técnica. (STF. HC 96.465, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14-12-2010, 1ª T, DJE de 6-5-2011.)

Não causa nulidade a citação por edital que não transcreve a denúncia ou resume os fatos

Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia. (Súmula nº 366 do STF)

Não é necessária posterior citação pessoal de acusado citado por edital que comparece posteriormente para audiência de instrução (art.363, § 4º, do CPP)

Citado o paciente por edital, despidiêda posterior citação pessoal, nos termos do art. 363, § 4º, do CPP. Nulidade não demonstrada. (STF. RHC 117.804, Rel. Min. Rosa Weber, j. 1º-10-2013, 1ª T, DJE de 18-10-2013.)

Quando o réu não é encontrado para ser intimado no endereço informado, não há nulidade em decretar a revelia independentemente de esgotar-se os meios para encontrá-lo

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. CRIME DE HOMICÍDIO. INTIMAÇÃO PARA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. RECORRENTE NÃO ENCONTRADO. APLICAÇÃO DA DISCIPLINA DO ART. 267 DO CPP. 2. NECESSIDADE DE INFORMAR A ALTERAÇÃO DO ENDEREÇO. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. PRECEDENTES. 3. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. Embora o recorrente tivesse plena consciência de que contra ele havia um processo criminal em curso, mudou-se de endereço, sem comunicar à justiça, razão pela qual não foi encontrado para ser intimado da audiência de instrução, debates e julgamento. Dessarte, incide no caso dos autos a disciplina do art. 367 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que "o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo". 2. Não pode ser atribuído ao judiciário o não esgotamento dos meios para encontrá-lo, pois, sabendo do processo em curso contra si, tinha o dever de manter seu endereço atualizado. Ademais, é entendimento do Superior Tribunal de Justiça que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta. Portanto, reconhecer eventual nulidade no caso seria inadequado no plano da ética processual, por implicar violação do princípio da boa-fé objetiva, na dimensão venire contra factum proprium. 2. Recurso em habeas corpus improvido. (STJ. RHC 49.159, Rel. Mi. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j.15/03/2016, DJe 28/03/2016)

Intimação em nome de um dos advogados constituídos em caso de multiplicidade deles não acarreta nulidade

Se a parte intimada tem mais de um advogado constituído nos autos e a publicação mencionou o nome de um deles, o ato intimatório é de todo eficaz. (STF. HC 99.271, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 15-12-2009, 1ª T, DJE de 26-2-2010.)

Intimação pela imprensa oficial do defensor dativo não gera nulidade quando esse declina da prerrogativa de intimação pessoal

Informativo no560 do STJ: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HIPÓTESE EM QUE A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO

NÃO GERA RECONHECIMENTO DE NULIDADE. A intimação do defensor dativo apenas pela imprensa oficial não implica reconhecimento de nulidade caso este tenha optado expressamente por esta modalidade de comunicação dos atos processuais, declinando da prerrogativa de ser intimado pessoalmente. Não se desconhece o entendimento pacífico do STJ no sentido de que, a teor do disposto no art. 370, § 4º, do CPP e do art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública ou do defensor dativo sobre ato do processo gera, em regra, a sua nulidade (HC 302.868-SP, Sexta Turma, DJe 12/2/2015; e AgRg no REsp 1.292.521-GO, Quinta Turma, DJe 3/10/2014). Ocorre que a peculiaridade de o próprio defensor dativo ter optado por ser intimado pela imprensa oficial, declinando da prerrogativa de ser pessoalmente cientificado dos atos processuais, impede o reconhecimento dessa nulidade. Precedente citado: RHC 44.684-SP, Sexta Turma, DJe 11/2/2015. HC 311.676-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/4/2015, DJe 29/4/2015.

H) Aplicação da pena

A ausência de pedido do MP para aplicação do crime continuado não impede a sua aplicação

Não há necessidade de pedido do Ministério Público no sentido da aplicação da regra do art. 71 do CP. O réu defende-se dos fatos, tal como narrados, e não da sua classificação legal. Cabe ao juiz analisar a aplicabilidade ou não da regra do crime continuado, no momento da fixação da pena. Praticado, várias vezes, o mesmo crime, nos termos do art. 71 do CP, a pena aplicável a cada conduta é idêntica, o que torna dispensável a repetição da dosimetria relativa a cada uma delas. (STF. HC 95.245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 16-11-2010, 2ª T, DJE de 1º-2-2011.)

Não há ausência de fundamentação na imposição de regime mais gravoso por simplesmente se referir as circunstâncias judiciais expostas na fixação da pena

(...) não é dado dissociar o tópico atinente à fixação do regime daquele que, precedentemente, justificara a fixação da pena acima do mínimo legal e ao qual se remete a sentença. (STF. HC 86.565, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27-9-2005, 1ª T, DJ de 10-2-2006.)

O réu denunciado por crime na forma consumada pode ser condenado em sua forma tentada, mesmo que não tenha havido aditamento à denúncia

Informativo nº 557 do STJ: Inicialmente, vale ressaltar que a tentativa não é uma figura autônoma, pois a vontade contrária ao direito existente na tentativa é igual à do delito consumado. Também segundo a doutrina, o delito pleno e a tentativa não são duas diferentes modalidades de delito, mas somente uma diferente manifestação de um único delito. Como o réu não se defende da capitulação da denúncia, mas do fato descrito na exordial acusatória, não há a nulidade por ofensa ao art. 384 do CPP, quando o magistrado limita-se a dar definição jurídica diversa (crime tentado) da que constou na denúncia (crime consumado), inclusive aplicando pena menos grave. HC 297.551-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 5/3/2015, DJe 12/3/2015.

Em julgamento de recurso de apelação do Ministério Público é possível o Tribunal aplicar agravante não reconhecida, mas comprovada nos autos

Não há violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando, em julgamento de recurso de apelação do Ministério Público, o Tribunal aplica agravante não reconhecida pelo juiz de primeiro grau, mas cuja existência consta dos autos. (STF. RHC 99.306, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 16-6-2010, 1ª T, DJE de 20-8-2010.)

Não acarreta nulidade a consideração de circunstâncias constantes da sentença mas não utilizadas para agravar a pena base em recurso exclusivo da defesa, se observado limites horizontais do recurso de apelação e não há majoração da pena definitiva, pois a matéria é devolvida integralmente em profundidade

O efeito devolutivo inerente ao recurso de apelação permite que, observados os limites horizontais da matéria questionada, o Tribunal aprecie em exaustivo nível de profundidade, a significar que, mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a consideração de circunstâncias — no caso, agravantes — antes não consideradas para agravar a pena-base, mas que foram mencionadas na sentença condenatória. No particular, à luz do substra-

to fático contido na acusação e citado na própria sentença condenatória, o STM entendeu estarem presentes agravantes, sem que com isso tenha havido majoração da pena definitiva aplicada, circunstância que não viola o princípio non reformatio in pejus. (STF. HC 109.545, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16-12-2014, 2ª T, DJE de 11-2-2015.)

Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão somente pelo teor da acusação e pela prova produzida. (STF. HC 101.917, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 31-8-2010, 1ª T, DJE de 9-2-2011.)

Apelação criminal: individualização da pena: devolução ampla. A apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas limitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela (cf. Súmula 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante. Insurgindo-se a apelação do réu contra a individualização da pena, não está, pois, o tribunal circunscrito ao reexame dos motivos da sentença: reexamina a causa, à luz do art. 59 e seguintes do Código, e pode, para manter a mesma pena, substituir por outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação a que a decisão de primeiro grau haja dado relevo. (STF. HC 76.156, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 31-3-1998, 1ª T, DJ de 8-5-1998.)

I) Execução da pena e recursos

Intimação para justificar descumprimento de condições do sursis afasta cerceamento de defesa no caso de revogação do benefício

O paciente aceitou as condições impostas na audiência admonitória para a concessão do sursis (art. 614, § 1º, a, do CPPM). Iniciado o período probatório, deixou de cumprir a que exigia seu comparecimento trimestral em juízo. A propositada inércia do condenado, que, devidamente intimado, não apresentou justificativa, descaracteriza eventual cerceamento de defesa a justificar a nulidade da decisão que revogou a benesse. (STF. HC 116.554, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 23-9-2014, 2ª T, DJE de 16-10-2014.)

Oitiva em juízo da execução penal com assistência da defesa técnica supre deficiência da oitiva no procedimento administrativo disciplinar

Procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave no qual o paciente foi ouvido sem a assistência da defesa técnica. Oitiva realizada no juízo das execuções com a presença de defensor público que supre essa deficiência. (STF. HC 109.536, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 8-5-2012, 1ª T, DJE de 15-6-2012.)

Ausência de razões de apelação ou de contrarrazões quando defensor é devidamente intimado não acarreta nulidade

A jurisprudência do STF firmou o entendimento de que a ausência de razões da apelação e de contrarrazões à apelação do Ministério Público não é causa de nulidade por cerceamento de defesa, se o defensor constituído pelo réu foi devidamente intimado para apresentá-las. (STF. HC 91.251, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19-6-2007, 1ª T, DJ de 17-8-2007.)

Simples pedido de vista por advogados privados, não analisado pelo Tribunal antes de julgada a apelação, não gera nulidade se o patrocínio ocorria por meio da Defensoria Pública

O simples fato de profissionais da advocacia, em processo patrocinado pela Defensoria Pública, pedirem vista, não havendo o crivo do Tribunal antes de julgada a apelação, não é conducente à nulidade quando o patrocínio da defesa vinha ocorrendo mediante atuação de advogado público. (STF. HC 94.945, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13-10-2009, 1ª T, DJE de 11-12-2009.)

No caso de petição de interposição da apelação omissa, as razões do recurso delimitam o objeto da insurgência

Informativo nº 580 do STJ: Matéria suscitada em apelação criminal interposta pelo Ministério Público deve ser apreciada quando, embora não tenha sido especificada na petição de interposição, fora explicitamente delimitada e debatida nas razões recursais. De fato, já firmou a jurisprudência do STF e do STJ entendimento no sentido de que a extensão da apelação se mede pela petição de sua interposição e não pelas razões de recurso. No entanto,

nas hipóteses em que o referido entendimento foi consignado, tratava-se de situação contrária à presente, na qual o MP havia impugnado toda a sentença e, nas razões recursais, estabeleceu restrições, o que não se admite, porquanto acarretaria ofensa ao art. 576 do CPP, segundo o qual ao MP não se permite desistir de recurso que haja interposto (HC 70.037-RJ, Primeira Turma do STF, DJ 6/8/1993 e EDcl no HC 109.096-RS, Quinta Turma do STJ, DJe 29/3/2012). Na espécie, embora no momento da interposição do recurso de apelação o Órgão Ministerial não tenha especificado a matéria, ela foi explicitamente debatida nas razões de recurso, merecendo, por conseguinte, conforme entendimento do STJ, ser analisada pelo Tribunal de origem por força do aspecto da profundidade do efeito devolutivo. Em outros termos, são as razões recursais que corporificam e delimitam o inconformismo, e não a petição de interposição do recurso, considerando a função precípua de esta cumprir o requisito formal de apresentação da insurgência recursal. Precedentes citados: HC 139.335-DF, 5ª T, DJe 3/11/2011; e REsp 503.128-SP, 5ª T, DJ 22/9/2003. (HC 263.087-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17/3/2016, DJe 5/4/2016).

Diante da voluntariedade recursal, a não interposição de recurso, quando acusado e defesa são devidamente intimados, não gera qualquer nulidade

Os réus e o defensor constituído foram regularmente intimados da sentença penal condenatória. A não interposição de apelação não equivale à ausência de defesa, porquanto o defensor constituído ofereceu embargos de declaração à sentença penal condenatória em tempo hábil. Ausência de recurso que se situa no âmbito da estratégia de defesa delineada pelo defensor constituído, dada a voluntariedade recursal. Não há qualquer dispositivo legal que determine a necessidade de o mandado de intimação de sentença condenatória ser acompanhado de um termo de apelação. (STF. HC 93.120, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8-4-2008, 2ª T, DJE de 27-6-2008.)

Alegada nulidade decorrente da deficiência na condução da defesa técnica em face da ausência de interposição de recurso (no caso, embargos infringentes) pelo defensor dativo. Não obrigatoriedade desse comportamento processual. Ato meramente facultativo. Princípio da voluntariedade recursal. Nulidade inexistente. (STF. HC 83.487, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10-2-2004, 2ª T, DJE de 29-10-2013.)

O simples fato de a advogada constituída não haver interposto, em ação penal, recurso de apelação contra a decisão condenatória não importa desídia do defensor, nem cerceamento de defesa. A interposição de recurso é ato processual voluntário e facultativo, cujo não exercício não implica, per se, o reconhecimento de abandono da causa. (STF. HC 110.592, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 29-5-2012, 1ª T, DJE de 22-6-2012.)

A apresentação extemporânea das razões não impede o conhecimento do recurso de apelação tempestivamente interposto

Esta Corte já sedimentou a orientação no sentido de que, apresentado o termo de apelação dentro do prazo legal, a apresentação extemporânea das razões recursais constitui mera irregularidade, que não prejudica a apreciação do recurso. (STF. HC 112.355, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26-6-2012, 2ª T, DJE de 14-9-2012.)

(...) APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGADA INTEMPESTIVIDADE NA INTERPOSIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE DAS RAZÕES RECURSAIS. MERA IRREGULARIDADE. (...) 3. É tempestivo o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público dentro do prazo legal de 5 (cinco) dias previsto no artigo 593, caput, do Código de Processo Penal. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte "a apresentação das razões de apelação fora do prazo constitui mera irregularidade de que não obsta o conhecimento do apelo" (HC n. 269.584/DF, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, Dje 9/12/2015). 5. Não há nulidade do acórdão que julga prejudicada a análise do recurso defensivo que pretende apenas a modificação do dispositivo de absolvição para "inexistência do fato", quando o provimento do recurso de apelação ministerial tenha sido para reconhecer, justamente, a prática da infração penal.(...) 7. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 281873, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 07/04/2016, DJE 15/04/2016).

Pedido de absolvição em alegações finais pelo Ministério Público não lhe retira interesse recursal

Não merece guarida a alegação de ausência de interesse do Ministério Público na interposição de recurso contra a sentença absolutória, ao argumento de que, nas alegações finais, havia pugnado justamente pela absolvição. (STF. HC 108.459, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 4-10-2011, 2ª T, DJE de 23-11-2011.)

Recurso interposto por advogado sem instrumento de mandato é inexistente

Agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria criminal. Ausência de procuração. Recurso inexistente. Precedentes. É pacífico o entendimento do STF em considerar inexistente o recurso interposto por advogado sem o instrumento de mandato outorgado pela parte. (STF. AI 605.548 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15-2-2011, 1ª T, DJE de 28-4-2011.)

Pode-se fazer prova de causa local de prorrogação de prazo de interposição e consequente tempestividade do recurso

Tempestividade recursal. Suspensão de expediente forense no juízo de origem. Causa legal de prorrogação do prazo recursal. Interposição do recurso no termo prorrogado. Prova da causa de prorrogação só juntada em agravo regimental. Admissibilidade. Nova orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário desta Corte. Ordem concedida. “Pode a parte fazer eficazmente (...), em agravo regimental, prova de causa local de prorrogação do prazo de interposição e da consequente tempestividade de recurso” (RE 626.358 AgR/PE, rel. min. Cezar Peluso, DJE 66, divulgado em 30-3-2012). (STF. HC 112.842, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 8-5-2012, 2ª T, DJE de 23-5-2012.)

O termo inicial da contagem do prazo para impugnar decisão judicial é, para o MP, a data da entrega dos autos na repartição administrativa do órgão, sendo irrelevante que a intimação pessoal tenha se dado em audiência, em cartório ou por mandado

Informativo nº 611 do STJ: Cinge-se a controvérsia a saber se a intimação do Ministério Público, nas hipóteses em que o respectivo membro se fez presente na audiência onde o ato foi produzido, já determina o início do cômputo do prazo para recorrer, ou se o prazo somente se inicia com a remessa dos autos com vista à instituição. De início cabe destacar que, o prazo processual, considerado em si mesmo, não tem necessária relação com intimação (comunicação ou ciência de atos daqueles que figuram no processo), mas com o espaço de tempo de que as partes ou terceiros interessados dispõem para a prática válida de atos processuais que darão andamento ao processo. Assim, conquanto se reconheça que a intimação do ato e o respectivo prazo processual caminham ligados, uma vez que, em regra, a ciência ou o conhecimento das partes acerca dos atos processuais dispara

o início do cômputo do prazo para a prática de novos atos, o início na contagem do prazo pode e deve ser postergado quando adequado e necessário ao exercício do contraditório pleno. Para bem desincumbir-se de suas atribuições constitucionais, assegurou-se ao Ministério Público um extenso rol de prerrogativas, direitos, garantias e deveres, de estatura constitucional (arts. 127 a 129 da CF) e legal (arts. 17 e 18 da Lei Complementar n. 75/1993 e 38 a 42 da Lei n. 8.625/1993), permeados diretamente por princípios que singularizam tal instituição e que influenciam no exercício do contraditório efetivo, entre os quais, a unidade e a indivisibilidade. Em uma concepção tradicional, muito bem colocada pela doutrina, pode-se afirmar que o princípio da unidade comporta a ideia de que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe. A seu turno, o princípio da indivisibilidade significa que, observados os preceitos legais, um membro do Ministério Público poderá substituir outro quando tal se fizer necessário. Assim, a substituição de um membro por outro não fragmenta a atuação ministerial, pois é a instituição, apresentada pelos seus membros, quem pratica o ato. Tal circunstância é de suma importância para a percepção da singularidade que caracteriza e diferencia a atuação de um promotor de justiça (ou de um procurador da república). Isso porque, nem sempre será o mesmo agente público responsável pela condução e, posteriormente, pela impugnação dos atos praticados durante a audiência. Aliás, não se descure – notadamente na esfera criminal – a discrepância na quantidade de processos sob a responsabilidade de um membro do Ministério Público com a que normalmente ocupa a carteira de um escritório de advocacia; ideia reforçada pelos princípios da oficialidade e da obrigatoriedade da ação penal que norteiam a atuação de um promotor de justiça. Por tudo isso é que não soa equivocado afirmar, sob o prisma de princípios constitucionais, que a intimação dirigida ao membro do Ministério Público presente em audiência não induz, automaticamente, o início do cômputo do prazo para a prática de atos processuais. A par desses aspectos pragmáticos, que impõem um olhar diferenciado sobre a atuação do Ministério Público no processo penal, não há como fugir da clareza normativa da legislação de regência. Tanto a Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais (art. 41, IV, da Lei n. 8.625/1993) quanto a Lei Complementar n. 75/1993, do Ministério Público da União (art. 18, II, "h") são explícitas em estabelecer a prerrogativa processual aos membros dessa instituição, no sentido de serem intimados pessoalmente nos autos, em qualquer processo ou grau de jurisdição. Observe-se, ainda, que a prerrogativa de intimação pessoal do Ministério Público já era prevista no CPC de 1973, em seu art. 236, § 2º, posteriormente reforçada pelas citadas leis de regência – promulgadas sob a nova ordem constitucional – e mantidas no novo CPC, conforme previsão con-

tida no art. 180 ("O Ministério Público gozará de prazo de dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal"). Infere-se, de ambas as leis, que a intimação dos membros do Ministério Público, em qualquer grau de jurisdição, será sempre pessoal, com um plus, indispensável para a consecução de seus fins constitucionais: a intimação se aperfeiçoa mediante a entrega dos autos com vista, percepção, aliás, que não escapou da análise do Ministro Luis Roberto Barroso, ao pontuar que "há, em relação ao Ministério Público, uma prerrogativa de ser intimado pessoalmente e com vista dos autos, para qualquer finalidade" (Rcl n. 17.694-RS, DJe 6/10/2014). Diante dessas premissas, inviável a restrição promovida na instância de origem ao mecanismo de intimação pessoal dos membros do Ministério Público, em confronto com os princípios institucionais mencionados, os quais, aliados à dimensão que se tem dado ao contraditório e às peculiaridades que informam a atuação do Parquet perante a jurisdição criminal, permitem o exercício efetivo das atribuições de uma instituição essencial à administração da justiça, voltadas à proteção não apenas da ordem jurídica, mas, também, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. REsp 1.349.935-SE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, por maioria, j. 23/8/2017, DJe 14/9/2017.

3 - Prisão, liberdade e cautelares não detentivas

Condições subjetivas favoráveis, por si só, não afastam possibilidade de prisão cautelar

As condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente. (STF. HC 98.689, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6-10-2009, 1ª T, DJE de 6-11-2009.)

O fato de o réu ser primário, ter bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, por si só, não impede a decretação ou a preservação da sua prisão preventiva, se presentes, como no caso, os seus requisitos. (STF. HC 96.019, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 16-12-2008, 2ª T, DJE de 27-3-2009.)

Abrangência do sentido de ordem pública

“A garantia da ordem pública tem sentido amplo. Significa a necessidade de preservar bem jurídico essencial à convivência social, como, por exemplo, a proteção social copntra réu perigoso, que poderá voltar a delinquir, a proteção das testemunhas ameaçadas pelo acusado ou a proteção da vítima.” (GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.261)

“Mas o conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida, como já decidiu o STF, deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. (...) Mas, sem dúvida, está ela justificada no caso de se ser o acusado dotado de periculosidade, na perseverância da prática delituosa, quando se denuncia torpeza, perversão, malvadez, cupidez e insensibilidade moral.” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p 391)

Em crimes com especial violência ou grave ameaça a pessoa a demonstração do risco a ordem pública infere-se da própria conduta praticada, sobretudo no caso de flagrante

Nas hipóteses envolvendo crimes praticados com especial violência ou grave ameaça a pessoa, o ônus argumentativo em relação à periculosidade concreta do agen-

te é menor, notadamente quando tenha ocorrido prisão em flagrante com testemunhas confirmando a autoria e a materialidade. (STF. HC 121.208, Rel. p/ ac. min. Roberto Barroso, j. 19-5-2015, 1ª T, DJE de 12-6-2015.)

A gravidade concreta do crime justifica a prisão para garantia da ordem pública

Há lesão à ordem pública quando os fatos noticiados nos autos são de extrema gravidade, causando insegurança jurídica a manutenção da liberdade do acusado. (STF, HC nº 90.726, Rel. Min. Carmem Lúcia, v.u., julgado em 05/06/2007, publicado em 17-08-2007)

(...) o modus operandi, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave (na espécie, inclusive, hediondo), são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social. (STJ. RHC 15.016/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 09/02/2004).

“É ordem pública, porém, a necessidade de resposta criminal a crimes que atentem contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou qualquer que, inclusive tendo em vista o comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade.” (GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.262)

A reiteração criminosa justifica a prisão para garantia da ordem pública

Há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. Nesse caso, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário. (STF. HC 83.868/AM, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie, DJE de 17/04/2009.)

“O significado da expressão “garantia da rodem pública” não é pacífico na doutrina e jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade). Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da justiça, reafirmando a validade e autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade (Fábio Ramazzini Bechara, Prisão Cautelar, São Paulo: Malheiros, 2005, p.155).” (BONFIM, Edilson Mougenot. Código de Processo Penal Anotado. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.548)

Participação em delito com grau de sofisticação, utilização de arma de fogo de uso restrito e alto poder destrutivo justificam a prisão preventiva para garantia da ordem pública

Reputam-se presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, em especial o da garantia da ordem pública, em face da participação do paciente na prática de delito com raro grau de sofisticação, em que também foi utilizada arma de fogo de uso restrito e alto poder de destruição, além do fato de ser o acusado reincidente. (STF. HC 98.122, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2-2-2010, 1ª T, DJE de 19-2-2010.)

Modus operandi do delito praticado pode demonstrar “periculosidade” do acusado e subsidiar decreto de prisão cautelar

A decretação da prisão cautelar, na realidade, se baseou em fatos concretos observados pelo juiz de direito na instrução processual, notadamente a periculosidade do paciente, não só em razão da gravidade do crime perpetrado, mas também pelo modus operandi da empreitada criminosa. (STF. HC 98.781, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24-11-2009, 2ª T, DJE de 5-2-2010.)

O fato de acusado integrar organização criminosa justifica prisão preventiva para garantia da ordem pública

Prisão preventiva visando à garantia da ordem pública. Decisão que, apesar de sucinta, demonstra o periculum libertatis evidenciado na circunstância de a paciente integrar a organização criminosa (PCC). Homicídio de policial, motivado pela prisão de membro da facção criminosa, a expressar a periculosidade da paciente. (STF. HC 97.260, Rel. Min. Eros Grau, j. 17-2-2009, 2ª T, DJE de 24-4-2009.)

É legal, a título de garantia da ordem pública, o decreto de prisão preventiva de membros de quadrilha que, com organização requintada e complexa, se dedica a tráfico internacional de medicamentos com propriedades entorpecentes. (STF. HC 96.938, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 10-2-2009, 2ª T, DJE de 8-5-2009.)

Possibilidade de utilização de atos infracionais para justificar prisão preventiva para a garantia da ordem pública

Informativo nº 554 do STJ: A anterior prática de atos infracionais, apesar de não poder ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, pode servir para justificar a manutenção da prisão preventiva como garantia da ordem pública. Precedentes citados: RHC 44.207-DF, Quinta Turma, DJe 23/5/2014; e RHC 43.350-MS, Sexta Turma, DJe 17/9/2014. RHC 47.671-MS, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 18/12/2014, DJe 2/2/2015.

Descumprimento de compromissos assumidos perante o juízo permitem decretação de prisão preventiva

Esta Suprema Corte possui jurisprudência no sentido de permitir a decretação de nova prisão preventiva contra o réu que deixa de cumprir os compromissos firmados perante o juízo. (STF. HC 100.372, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14-9-2010, 2ª T, DJE de 1º-10-2010.)

Possibilidade da decretação da prisão preventiva por descumprimento das medidas protetivas da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha)

*PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. REITERADAS PERSEGUIÇÕES E AMEAÇAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comisi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco de que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. 2. Na hipótese, forçoso convir que a decisão do magistrado de primeiro grau encontra-se fundamentada, tendo em vista a periculosidade*

concreta do recorrente, manifestada nas reiteradas perseguições e ameaças - inclusive de morte - investidas contra a vítima, bem como a necessidade de proteger a sua integridade física e psíquica, justificando, assim, a imposição da medida constritiva para garantia da ordem pública e da instrução criminal. 3. Recurso ordinário desprovido. (STJ. RHC 056620, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, j. 30/06/2015, DJE 04/08/2015)

Fuga do distrito da culpa, logo após prática do crime, justifica decreto de prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal

Não é ilegal o decreto de prisão que se embasa na evasão do recorrente do distrito da culpa, logo após a prática delitativa. É que não se trata de simples revelia e de não localização do acusado após a citação. O que se deu, no caso, foi a invocação da fuga do acusado como fator de risco para a própria aplicação da lei penal. Isso a materializar a hipótese descrita no art. 312 do CPP: “assegurar a aplicação da lei penal”. (STF. RHC 93.174, Rel. Min. Ayres Britto, j. 18-3-2008, 1ª T, DJE de 19-9-2008.)

Possibilidade de negar o direito de apelar em liberdade adotando-se os fundamentos da decisão que decretou a prisão cautelar

Direito de apelar em liberdade. Não concessão. Adoção dos fundamentos do decreto de prisão cautelar, do qual se extrai que o paciente registra intensa atuação nas atividades ilícitas pelas quais foi condenado. Associação para o tráfico em nível internacional, com aquisição de cocaína da Colômbia e do Paraguai e remessa a compradores na Holanda, Espanha e Portugal. O modus operandi da quadrilha evidencia a periculosidade do paciente, justificando sua custódia cautelar para garantia da ordem pública. Ausência, portanto, de violação do princípio da presunção de inocência. (STF. HC 98.428, Rel. Min. Eros Grau, j. 18-8-2009, 2ª T, DJE de 23-10-2009.)

Aferição de excesso de prazo depende de condições objetivas da causa para demonstrar a demora injustificada

A aferição de eventual demora injustificada na tramitação da ação penal depende das condições objetivas da causa (complexidade do processo, número de acusados e a necessidade de expedição de cartas precatórias, por exemplo), sendo inviável, na ausência de dados objetivos que evidenciem a desídia do juízo de origem, o acolhimento da tese de excesso de prazo. (STF. HC 125.596 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 16-12-2014, 1ª T, DJE de 23-2-2015.)

O exame de eventual excesso de prazo na prisão processual é de se dar em cada caso concreto. Isto é, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando (como, exemplo, o número de réus e de testemunhas arroladas, a complexidade do processo e o comportamento dos patronos dos acusados, que não podem ser os causadores do retardamento da causa). Peculiaridades essas a serem analisadas na instância competente, mediante aturada ponderação de valores constitucionais de primeira grandeza: por um lado, o exercício do poder-dever de julgar (inciso XXXV do art. 5º da CF); por outro, o direito subjetivo à razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII do art. 5º da CF), sobretudo quando em jogo a liberdade de locomoção. (STF. HC 107.088 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 31-5-2011, 2ª T, DJE de 18-11-2011.)

O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para se definir se houve ou não excesso, não se limitando o exame à mera soma aritmética dos prazos processuais. (...) Dessa forma, o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando houver demora injustificada. (STF. HC 103.385, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 14-4-2011.)

Não configura excesso de prazo o alongamento processual decorrente da própria atuação da defesa

Excesso de prazo para o julgamento do paciente no tribunal do júri. Alongamento processual justificado. (...) No caso, não obstante impressione o prazo da custódia instrumental, o alongamento da prisão preventiva está justificado nas particularidades do caso concreto. Alongamento do perfil processual que decorreu da própria atuação defensiva, seja pelo requerimento de acareação do acusado e corréu, quando já exaurida a instrução criminal; seja pela falta de apresentação das alegações finais; seja, ainda, pelo próprio comportamento do acusado no cárcere. Acusado cujo péssimo comportamento foi decisivo para atrasar ainda mais o desenrolar do processo-crime, dada a imperiosidade de sucessivas transferências de estabelecimento prisional. (STF. HC 102.729, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29-6-2010, 1ª T, DJE de 27-8-2010.)

Há comprovação nos autos de que a marcha processual ainda continua em razão de diligências requeridas pelo próprio paciente, que atua em defesa própria,

não configurando, portanto, constrangimento ilegal flagrante decorrente do alegado excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal. (STF. HC 96.511, Rel. Min. Menezes Direito, j. 28-4-2009, 1ª T, DJE de 29-5-2009.)

Sentença de pronúncia torna prejudicada a alegação de excesso de prazo da instrução criminal

É firme a jurisprudência do STF no sentido de que a alegação de excesso de prazo da instrução criminal fica superada pelo advento da sentença de pronúncia. (STF. HC 100.567, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23-11-2010, 1ª T, DJE de 6-4-2011.)

Excesso de prazo da prisão anterior a pronúncia é relevado com a ocorrência desta

Operada a prisão preventiva, releva-se o excesso de prazo anterior à sentença de pronúncia, se não há excesso depois desta. (STF. HC 97.286, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8-9-2009, 2ª T, DJE de 16-10-2009.)

Instrução em plenário do Júri justifica a manutenção de prisão preventiva decretada com fundamento na conveniência da instrução criminal durante a primeira fase

A previsão de atos instrutórios também em plenário do júri (arts. 473 a 475 do CPP) autoriza a manutenção da custódia preventiva, decretada sob o fundamento da conveniência da instrução criminal. Isso porque não é de se ter por encerrada a fase instrutória, simplesmente com a prolação da sentença de pronúncia. Na concreta situação dos autos, a necessidade da prisão preventiva para a garantia da instrução criminal encontra suporte na contextura dos fatos. É que o magistrado bem demonstrou o concreto risco de a liberdade do acusado obstruir o regular andamento da instrução criminal, dadas as ameaças sofridas pela vítima. O paciente permaneceu foragido pelo prazo de quatro anos, demonstrando o claro intento de frustrar a aplicação da lei penal. O que, segundo jurisprudência do STF, materializa a hipótese descrita no art. 312 do CPP. (STF. HC 100.480, Rel. Min. Ayres Britto, j. 10-11-2009, 1ª T, DJE de 4-12-2009.)

Tentativa de suborno, coação de corréus e intimação de testemunhas justifica prisão preventiva para conveniência da instrução criminal

É legal o decreto de prisão preventiva que, a título de conveniência da instrução criminal, se baseia em que um dos réus tenta subornar e coagir corréus, bem como intimidar testemunhas. (STF. HC 84.148, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2-6-2009, 2ª T, DJE de 26-6-2009.)

Relaxamento da prisão por excesso de prazo não impede decretação por outros fundamentos

O relaxamento da prisão preventiva, por excesso de prazo, não impede sua decretação por outros fundamentos explicitados na sentença. (STF. HC 86.304, Rel. Min. Eros Grau, j. 4-10-2005, 1ª T, DJ de 3-2-2006.)

Superveniência de sentença condenatória prejudica alegação de excesso de prazo da prisão anterior

A superveniência da sentença condenatória — novo título de prisão — prejudica a questão referente ao excesso de prazo da prisão. (STF. HC 93.302, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25-3-2008, 1ª T, DJE de 9-5-2008.)

Não induz relaxamento da prisão se excesso de prazo decorre de retardamento de realização de júri ante a pendência de recurso contra pronúncia

Não caracteriza constrangimento ilegal o excesso de prazo que decorra do direito do réu de, retardando a realização do júri, insistir no reexame da pronúncia mediante recursos em sentido estrito e extraordinário. (STF. HC 88.995, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 12-2-2008, 2ª T, DJE de 28-3-2008.)

Ausência de inércia ou desídia do Poder Judiciário obsta a revogação da prisão por excesso de prazo

Não caracteriza constrangimento ilegal o excesso de prazo que não decorra de inércia ou desídia do Poder Judiciário. (STF. HC 91.480, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 25-9-2007, 2ª T, DJ de 30-11-2007.)

Possibilidade de julgamento pelo Tribunal do Júri sem a presença do acusado não elimina a necessidade de prisão preventiva

O julgamento sem a presença do réu, previsto na recente reforma do procedimento do júri, não elimina, como o impetrante sustenta, a necessidade da prisão cautelar para a garantia da aplicação da lei penal, eis que esta não se confunde com a conveniência da instrução criminal. Na primeira hipótese, havendo nítida intenção, como no caso se dá, de o paciente pretender frustrar a aplicação da lei penal, a segregação cautelar se impõe. (STF. HC 98.061, Rel. Min. Eros Grau, j. 28-4-2009, 2ª T, DJE de 21-8-2009.)

Não realização de audiência de custódia não acarreta nulidade da prisão

A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de não reconhecer a nulidade da prisão apenas em razão da ausência da audiência de custódia, se não demonstrada inobservância aos direitos e garantias constitucionais do acusado, como no caso concreto (STJ. RHC 76.734/MG, 5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22-11-2016, DJe de 2-12-2016).

Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte, 'a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais' (AgRg no HC 353.887/SP, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19-5-2016, DJe 7-6-2016) (STJ. RHC 76.906/SP, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10-11-2016, DJe de 24-11-2016).

Norma de Constituição estadual que impede prisão de governador do Estado antes de condenação penal definitiva é inconstitucional

O Estado-membro, ainda que em norma constante de sua própria Constituição, não dispõe de competência para outorgar ao governador a prerrogativa extraordinária da imunidade à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária, pois a disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se, com exclusividade, ao poder normativo da União Federal, por efeito de expressa reserva constitucional de competência definida pela Carta da República. A norma constante da Constituição estadual — que impede a prisão do governador de Estado antes de sua condenação penal definitiva — não se reveste de validade ju-

rídica e, conseqüentemente, não pode subsistir em face de sua evidente incompatibilidade com o texto da CF. (STF. ADI 978, rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, j. 19-10-1995, P, DJ de 24-11-1995.)

Quando a prisão é mantida em sede de pronúncia, não cabe discutir as decisões anteriores

A jurisprudência do STF estabelece que não mais cabe discutir o flagrante ou o despacho indeferitório da revogação da custódia quando existir sentença de pronúncia, que, expressamente, manteve a sua prisão (...). (STF. RHC 98.731, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2-12-2010, 1ª T, DJE de 1º-2-2011.)

Superveniência de sentença condenatória em que se mantém ou decreta prisão preventiva inviabiliza análise de nulidade de auto de prisão em flagrante

(...) o novo título prisional da custódia cautelar do paciente — a sentença condenatória — também inviabiliza o exame da suposta nulidade do auto de prisão em flagrante. (STF. HC 104.147, Rel. Min. Ayres Britto, j. 21-6-2011, 2ª T, DJE de 19-12-2011.)

Possibilidade de manutenção da prisão preventiva após condenação recorrível a regime prisional semiaberto

Informativo nº 560 do STJ: A prisão preventiva pode ser mantida por ocasião da sentença condenatória recorrível que aplicou o regime semiaberto para o cumprimento da pena, desde que persistam os motivos que inicialmente a justificaram e que seu cumprimento se adegue ao modo de execução intermediário aplicado. De fato, não é razoável manter o réu constrito preventivamente durante o desenrolar da ação penal e, por fim, libertá-lo apenas porque foi agraciado com regime de execução diverso do fechado, permitindo-lhe que, solto, ou mediante algumas condições, aguarde o trânsito em julgado da condenação. Sufragar tal entendimento vai contra ao já sedimentado tanto no STF quanto no STJ, no sentido de que, quando presentes as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, “Não há sentido lógico permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, possa aguardar o julgamento da apelação em liberdade” (STF, HC 89.089-SP, Primeira Turma, DJ de 1º/6/2007). Por outro lado, tendo em vista a

imposição do regime semiaberto na condenação, se faz necessário compatibilizar a manutenção da custódia cautelar com o aludido modo de execução, sob pena de estar-se impondo ao condenado modo mais gravoso tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso, em flagrante ofensa ao princípio da razoabilidade. Precedentes citados: RHC 39.060-RJ, Quinta Turma, DJe 10/3/2014; e HC 244.275-SP, Sexta Turma, DJe 18/3/2013. RHC 53.828-ES, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/4/2015, DJe 24/4/2015.

Não viola a presunção de inocência o afastamento do exercício do cargo de magistrado contra o qual a ação penal foi recebida

Afastamento do exercício da função jurisdicional. Aplicação do art. 29 da Loman (LC 35/1979). Medida aconselhável de resguardo ao prestígio do cargo e à própria respeitabilidade do juiz. (...) Não viola a garantia constitucional da chamada presunção de inocência, o afastamento do cargo de magistrado contra o qual é recebida denúncia ou queixa. (STF. Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26-11-2008, P, DJE de 26-3-2010.)

Fiança deve ser fixada segundo a capacidade econômica do réu

Informativo nº 741 do STF: 2ª Turma. O arbitramento da fiança deve obedecer, dentre outros critérios de valoração, ao das “condições pessoais de fortuna” do réu (CPP, art. 326). Assim, ante a incapacidade econômica do paciente e existente fundamento para a prisão preventiva, essa deve ser justificada nos termos dos artigos 312 e 313 do CPP, ou deve ser aplicada medida cautelar diversa da fiança. Com base nesta orientação, a 2ª Turma, tendo em conta o Enunciado 691 da Súmula do STF, não conheceu do “habeas corpus”, porém, concedeu a ordem, de ofício, para determinar a liberdade provisória do paciente. Na espécie, ele fora preso em flagrante e a autoridade competente arbitrara a fiança em cinco salários mínimos. O magistrado de 1º grau não acatara pedido de redução daquele valor e indeferira a liberdade provisória do paciente em face de antecedentes criminais. A Turma destacou que caberia ao magistrado apontar as circunstâncias de fato e as condições pessoais do agente que justificassem a medida restritiva a ser aplicada. Aduziu que, na situação dos autos, a medida cautelar da fiança fora mantida sem levar em consideração fator essencial exigido pela legislação processual penal e indispensável para o arbitramento do valor: a capacidade econômica do agente. Frisou, assim, a ausência de fundamentação adequada. Assinalou que, no caso, não haveria razão jurídica em se manter a fiança, como óbice intranspo-

nível para a liberdade. Sublinhou que aquela medida somente fora arbitrada em virtude da ausência dos pressupostos da prisão preventiva. Por fim, dispensou o pagamento de fiança, ressalvada a hipótese de o juízo competente impor, ante as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no CPP [“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica”]. HC 114731, rel. Min. Teori Zavascki, j. 1º.4.2014.

Cabimento de recurso em sentido estrito contra decisão que revoga medida cautelar diversa da prisão

Informativo nº 596 do STJ: Discute-se no processo, em síntese, se é possível ou não interpor recurso em sentido estrito contra decisão que revoga medida cautelar diversa da prisão. Inicialmente, saliente-se que as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, trazidas no art. 581 do Código de Processo Penal e na legislação especial, são exaustivas, sendo admitida apenas a interpretação extensiva das hipóteses legais de cabimento. Contudo, em razão da legalidade estrita e do próprio princípio do devido processo legal, não é admissível que, por interpretação analógica, permita-se a utilização de determinado recurso quando a lei não o prevê para aquela situação concreta. Além disso, o recurso em sentido estrito constitui exceção à regra geral da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo penal, motivo pelo qual não se admite a ampliação da sua abrangência

por meio da interpretação analógica. Todavia, segundo doutrina “como qualquer norma jurídica, podem as hipóteses receber a chamada interpretação extensiva. Esta não amplia o rol legal; apenas admite que determinada situação se enquadra no dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restritiva”. Com base nessas premissas, conclui-se que o ato de revogar prisão preventiva, previsto expressamente no inciso V do art. 581 do CPP, é similar ao ato de revogar medida cautelar diversa da prisão, o que permite a interpretação extensiva do artigo e, conseqüentemente, a interposição do recurso em sentido estrito. 6ªT, REsp 1.628.262-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 13/12/2016, DJe 19/12/2016.

4 - Medidas protetivas

Deferimento baseado na palavra da vítima

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 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. 2. No caso, verifica-se que as medidas impostas foram somente para manter o dito agressor afastado da ofendida, de seus familiares e de eventuais testemunhas, restringindo apenas em menor grau a sua liberdade. 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. 4. Recurso em habeas corpus improvido. (STJ. RHC 34.035/AL, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T, j. 05/11/2013, DJe 25/11/2013)

Mandado de Segurança. Lei 11.340/06. Fixação de medidas protetivas de urgência – Pedido indeferido, pela autoridade impetrada, por constar apenas a palavra da vítima, ausentes testemunhos. Em se tratando de violência doméstica, a palavra da vítima assume especial relevância, a justificar a aplicação das medidas protetivas, adequadas ao contexto fático. Segurança concedida para assegurar à impetrante as medidas protetivas, estabelecidas no artigo 22, II, e III, alíneas a, b e c, da Lei 11.340/06. (TJ/SP. MS/Decorrente de Violência Doméstica nº 2145112-44.2015.8.26.0000. Rel. Des. Angélica de Almeida, 12ª Câmara de Direito Criminal, j.21/10/2015)

Recurso em Sentido Estrito – Violência doméstica – Interposição contra indeferimento de medidas protetivas de urgência – Índícios de vulnerabilidade da vítima - Medidas cautelares que não prejudicam o agressor – Entendimento Em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, em havendo indícios de vulnerabilidade da vítima, de rigor a concessão de medidas protetivas de urgência, sobretudo se não prejudiciais, ao menos em tese, ao agressor. (TJ/SP. RESE/ Violência Doméstica nº 0031150-58.2014.8.26.0050. Rel. Des. Grassi Neto, 8ª Câmara de Direito Criminal, j. 07/05/2015)

5 - Competência e atribuição judicial do MP

A) Competência da Justiça Estadual

Competência da Justiça Estadual para processar e julgar crimes relativos ao desvio de verbas públicas repassadas pela União e incorporadas ao patrimônio municipal

Compete a Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal. (Súmula nº 209 do STJ)

Militar que solicita vantagem indevida responde por crime comum (corrupção passiva), devendo ser processado na justiça comum

(...) o art. 308 do CPM não descreve, como elemento objetivo do tipo, a conduta solicitar, motivo pelo qual, em que se verificando que o agente solicitou uma vantagem indevida, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, estará configurado o crime tipificado no art. 317 do CP comum, devendo ele ser processado e julgado pela Justiça comum, ante a ausência de previsão dessa conduta no Código castrense. (STF. HC 98.412, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31-8-2010, 2ª T, DJE de 24-9-2010.)

Compete à Justiça Estadual julgar crime de incitação à discriminação racial por meio da internet, contra pessoas determinadas no Brasil

Informativo nº 744 do STF: 1ª Turma. Compete à justiça estadual processar e julgar crime de incitação à discriminação cometido via internet, quando praticado contra pessoas determinadas e que não tenha ultrapassado as fronteiras territoriais brasileiras. Com base nessa orientação, a 1ª Turma denegou “habeas corpus” e confirmou acórdão do STJ que, em conflito de competência, concluíra que o feito seria da competência da justiça comum. Destacou que as declarações preconceituosas dirigidas a particulares participantes de fórum de discussão dentro do território nacional não atrairiam a competência da justiça federal (CF, art. 109). A Turma manteve, também, a decisão do STJ na parte em que não conheceu de arguição de suspeição de Ministro daquela Corte. No caso, o STJ dela não

conhecera ao fundamento de que o tema deveria ter sido suscitado até o início do julgamento (RISTJ, art. 274) e não após a publicação do acórdão, como ocorrera. A Turma asseverou não ser possível declarar a nulidade de ato processual que não influíra na decisão da causa. HC 121283/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 29.4.2014.

Competência da Justiça Estadual para processar e julgar crime contra a Junta Comercial

Informativo nº 536 do STJ: Compete à Justiça Estadual processar e julgar a suposta prática de delito de falsidade ideológica praticado contra Junta Comercial. O art. 6º da Lei 8.934/1994 prescreve que as Juntas Comerciais subordinam-se administrativamente ao governo da unidade federativa de sua jurisdição e, tecnicamente, ao Departamento Nacional de Registro do Comércio, órgão federal. Ao interpretar esse dispositivo legal, a jurisprudência do STJ sedimentou o entendimento de que, para se firmar a competência para processamento de demandas que envolvem Junta Comercial de um estado, é necessário verificar a existência de ofensa direta a bens, serviços ou interesses da União, conforme determina o art. 109, IV, da CF. Caso não ocorra essa ofensa, como na hipótese em análise, deve-se reconhecer a competência da Justiça Estadual. (Precedentes citados: CC 119.576-BA, Terceira Seção, DJe 21.6.2012; CC 81.261-BA, Terceira Seção, DJe 16.3.2009, CC 130.516-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26/2/2014).

A competência no crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou órgão ao qual foi apresentado o documento

A competência para processar e julgar o crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou órgão ao qual foi apresentado o documento público, não importando a qualificação do órgão expedidor. (Súmula nº 546 do STJ)

Compete à Justiça Estadual a condução do inquérito nos casos em que o crime previsto no art. 241-A do ECA é praticado por meio de troca de informações privadas, como nas conversas via whatsapp ou por meio de chat na rede social facebook e à Justiça

Federal investigar o cometimento do delito nas hipóteses em que há a constatação da internacionalidade da conduta

Informativo nº 603 do STJ: Cinge-se a discussão a definir se compete à Justiça Federal ou à Justiça Estadual a condução de inquérito policial que investiga o cometimento, em tese, de crime de compartilhamento de material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (art. 241-A da Lei 8.069/90), que foram trocadas por particulares, via Whatsapp e por meio de chat na rede social Facebook. Em 29/10/2015, a matéria foi posta a exame do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 628.624-MG, em sede de repercussão geral, ocasião em que ficou assentado que a fixação da competência da Justiça Federal para o julgamento do delito do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico) pressupõe a possibilidade de identificação do atributo da internacionalidade do resultado obtido ou que se pretendia obter. Observe-se que a constatação da internacionalidade do delito demandaria apenas que a publicação do material pornográfico tivesse sido feita em “ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet”, independentemente da ocorrência efetiva de acesso no estrangeiro. Por sua vez, tanto no aplicativo WhatsApp quanto nos diálogos (chat) estabelecidos na rede social Facebook, a comunicação se dá entre destinatários escolhidos pelo emissor da mensagem. Trata-se de troca de informação privada que não está acessível a qualquer pessoa. Assim sendo, não preenchido o requisito estabelecido pela Corte Suprema, de que a postagem de conteúdo pedófilo-pornográfico tenha sido feita em cenário propício ao livre acesso, deve-se ter em conta que a definição do Juízo competente em tais hipóteses se dá em razão do âmbito de divulgação e publicação do referido conteúdo, o que revela a competência da Justiça Estadual. CC 150.564-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 26/4/2017, DJe 2/5/2017.

B) Competência da Justiça Federal

A competência para julgar a denúncia caluniosa é determinada pela natureza do órgão (Federal ou Estadual) no qual se deu a instauração de investigação, inquérito ou processo judicial

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal da denúncia caluniosa é a administração da Justiça que foi indevidamente acionada e atingida por eventuais falsas

imputações que originaram a instauração de investigação, inquérito ou processo judicial. No caso, tendo a conduta delitiva dado origem a procedimento administrativo no âmbito do MPF e a inquérito policial federal, imperioso é o reconhecimento da competência da Justiça Federal, cujo regular funcionamento foi afetado, para processar e julgar a pertinente ação penal. (STF. HC 101.013, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 7-6-2011, 2ª T, DJE de 21-6-2011.)

Falsificação de documento público que seria emitido por órgão da União, por si só, atrai a competência da Justiça Federal

Falsificação de documento público — certidão negativa de débito do Instituto Nacional do Seguro Social — e uso do mesmo junto a banco privado para renovação de financiamento. Falsificação que, por si só, configura infração penal praticada contra interesse da União. Competência da Justiça Federal. (...) A jurisprudência desta Corte, para fixar a competência em casos semelhantes, analisa a questão sob a perspectiva do sujeito passivo do delito. Sendo o sujeito passivo o particular, consequentemente a competência será da Justiça estadual. Entretanto, o particular só é vítima do crime de uso, mas não do crime de falsificação. De fato, o crime de falsum atinge a presunção de veracidade dos atos da administração, sua fé pública e sua credibilidade. Desse modo, a falsificação de documento público praticada no caso atinge interesse da União, o que conduz à aplicação do art. 109, IV, da Constituição da República. (STF. HC 85.773, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17-10-2006, 2ª T, DJ de 27-4-2007.)

A Justiça Federal é competente no caso de desvios de verbas públicas transferidas por meio de convênio e sujeitas a fiscalização de órgão federal

(...) a jurisprudência do STF assentou que compete à Justiça Federal o julgamento de crimes relativos a desvio ou a apropriação de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou de competência comum da União e do ente beneficiário ou de verba cuja utilização se submeta à fiscalização por órgão federal. (STF. RE 605.609 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2-12-2010, 1ª T, DJE de 1º-2-2011.)

Esta Corte já teve oportunidade de apreciar matéria semelhante, relacionada a possível fraude à licitação envolvendo verbas federais, sujeitas à fiscalização pelo

TCU. Tratava-se de possível fraude em licitações com desvio de verbas provenientes do Fundef, do FNDE e do FPM, em que se reconheceu interesse da União a ser preservado, evidenciando a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (HC 80.867/PI, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ de 12-4-2002). Concluiu no sentido da correção do julgado da Corte local, ao confirmar decisão declinatória em favor da Justiça Federal. No caso, havendo concurso de crimes, a competência da Justiça Federal também alcançará os fatos supostamente criminosos que foram praticados em conexão com aqueles de competência da Justiça Federal. (STF. RE 464.621, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14-10-2008, 2ª T, DJE de 21-11-2008.)

Compete a Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal. (Súmula nº 208 do STJ)

A Justiça Federal é competente no caso de roubo contra carteiro

É da competência da Justiça Federal o processo de ação penal por crime de roubo de objetos em poder de servidor efetivo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, no exercício de suas funções de carteiro. (STF. RE 473.033, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 11-11-2008, 2ª T, DJE de 5-12-2008.)

ROUBO. CARTEIRO. COMPETÊNCIA. *A Justiça Federal é a competente para processar e julgar os crimes de roubo praticados contra carteiro da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) no exercício de sua função, com fulcro no disposto do art. 109, IV, da CF. Segundo ponderou o Min. Relator, não obstante os objetos subtraídos pertencerem a particulares, no momento do cometimento da infração, eles se encontravam sob a guarda e responsabilidade da ECT. Logo, o delito de roubo teria atingido, de forma direta, bens, serviços e interesses da empresa pública federal. Destacou-se que, tanto no crime de furto quanto no de roubo, o sujeito passivo não é apenas o proprietário da coisa móvel, mas também o possuidor e, eventualmente, até mesmo o mero detentor. Afirmou-se ser o caso de aplicação do enunciado da Súm. N. 147-STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função”. Assim, uma vez reconhecida a incompetência absoluta da Justiça estadual para o julgamento da causa, a Turma concedeu de ofício a ordem para determinar a anulação dos provimentos judiciais proferidos, facultando a ratificação do juízo competente dos atos anteriormente praticados, inclusive dos decisórios não referentes ao mérito da causa. (STJ. HC 210.416, 5ª T, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 6/12/2011).*

A Justiça Federal é competente no caso de crime que afete fundação pública federal

“Embora não haja referência expressa no texto constitucional, deve aí ser incluída a fundação pública federal, já que, em última análise, a lesão atingirá o interesse da União, instituidora e mantenedora daquela.” (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.233)

Compete à Justiça Federal a apuração e processamento dos crimes previstos nos artigos 241, 241-A e 241-B, do ECA, praticados por meio da internet

Informativo 805 do STF: Plenário, Repercussão Geral. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (ECA, artigos 241, 241-A e 241-B), quando praticados por meio da rede mundial de computadores. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a competência processual para julgamento de tais crimes. O Tribunal entendeu que a competência da Justiça Federal decorreria da incidência do art. 109, V, da CF (“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: ... V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”). Ressaltou que, no tocante à matéria objeto do recurso extraordinário, o ECA seria produto de convenção internacional, subscrita pelo Brasil, para proteger as crianças da prática nefasta e abominável de exploração de imagem na internet. O art. 241-A do ECA, com a redação dada pela Lei 11.829/2008, prevê como tipo penal oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Esse tipo penal decorreria do art. 3º da Convenção sobre o Direito das Crianças da Assembleia Geral da ONU, texto que teria sido promulgado no Brasil pelo Decreto 5.007/2004. O art. 3º previra que os Estados-Partes assegurariam que atos e atividades fossem integralmente cobertos por suas legislações criminal ou penal. Assim, ao considerar a amplitude do acesso ao sítio virtual, no qual as imagens ilícitas teriam sido divulgadas, estaria caracterizada a internacionalidade do dano produzido ou potencial. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso e fixavam a competência da Justiça Estadual. Assentavam

que o art. 109, V, da CF deveria ser interpretado de forma estrita, ante o risco de se empolgar indevidamente a competência federal. Pontuavam que não existiria tratado, endossado pelo Brasil, que prevísse a conduta como criminosa. Realçavam que a citada Convenção gerara o comprometimento do Estado brasileiro de proteger as crianças contra todas as formas de exploração e abuso sexual, mas não tipificara a conduta. Além disso, aduziam que o delito teria sido praticado no Brasil, porquanto o material veio a ser inserido em computador localizado no País, não tendo sido evidenciado o envio ao exterior. A partir dessa publicação se procedera, possivelmente, a vários acessos. Ponderavam não ser possível partir para a capacidade intuitiva, de modo a extrair conclusões em descompasso com a realidade. RE 628624/MG, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, j. 28 e 29.10.2015.

Há conexão probatória entre crimes de pornografia infantil e estupro no mesmo contexto e envolvendo as mesmas vítimas, determinando a competência da Justiça Federal

Crimes de pedofilia e pornografia infantil praticados no mesmo contexto daquele de estupro e atentado violento ao pudor, contra as mesmas vítimas. Reunião dos processos, em virtude da existência de vínculo objetivo entre os diversos fatos delituosos e de estarem imbricadas as provas coligidas para os autos, nos quais foram apuradas as práticas das condutas incriminadas. Há conexidade instrumental: a prova relacionada à apuração de um crime influirá na do outro, razão pela qual é competente para conhecer da controvérsia a Justiça Federal. (STF. HC 114.689, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-8-2013, 2ª T, DJE de 29-8-2013.)

Em caso de concurso entre os crimes de pornografia infantil pela internet e estupro de vulnerável, a competência da Justiça Federal para apurar ambos os crimes somente é possível quando tais crimes possuírem uma relação entre si suficiente a recomendar o julgamento em conjunto

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. ESTUPRO. CAPTAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE IMAGENS E VÍDEOS POR TERCEIRO EM REDES SOCIAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL SOMENTE PARA DIVULGAÇÃO. CONEXÃO COM O CRIME DE ESTUPRO. INOCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 122 DO STJ. 1. É da Justiça Federal a competên-

cia para o processamento do crime previsto no art. 241-A da Lei n. 8.069/1990, quando a divulgação de imagens e vídeos se dá em perfis públicos sitiados em redes sociais, tornando-as disponíveis para um número indefinido de pessoas e, ao menos potencialmente, para usuários residentes fora do território nacional. 2. A aplicação da orientação contida no enunciado da Súmula n. 122 do STJ somente é possível quando dois ou mais crimes possuem uma relação entre si suficiente a recomendar o julgamento em conjunto pelo mesmo juiz ou Tribunal. 3. Na espécie, tudo leva a crer, em princípio, que os acusados pela divulgação das imagens e vídeos nas redes sociais não participaram do crime de estupro, mas apenas repassaram o conteúdo recebido (e registrado por um dos autores do delito sexual) via mensagem privada. Nesse particular, tanto o relatório da Polícia Civil quanto a manifestação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pontuam essa circunstância. Assim, a suposta conduta dos dois acusados que divulgaram as imagens e os vídeos recebidos, de forma privada, em redes sociais, não guarda consistente relação com a prática do crime de estupro, diversamente do que ocorreria, v.g., se os próprios autores do estupro divulgassem as imagens nas redes sociais. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal Regional de Jacarepaguá - RJ, remanescendo perante o Juízo Federal da 5ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro somente o crime previsto no art. 241-A da Lei n. 8.069/1990. (STJ. CC 147681/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 3ª Seção, j. 28/09/2016, DJE 04/10/2016).

Delito praticado pela internet não é, automaticamente, da competência da Justiça Federal, sendo necessário demonstrar a internacionalidade da conduta ou resultado

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE AMEAÇA E CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE PRATICADOS POR MEIO DA INTERNET. INDÍCIOS DE TRANSNACIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Hipótese em o conflito se estabeleceu em virtude de queixa-crime apresentada pelo fato de um suposto hacker enviar ameaças e manipular diversos adolescentes e pais de um mesmo ciclo de amizade e convivência, por meio de e-mails, Orkut, Twitter e Facebook. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, embora se trate de crime praticado por meio da rede mundial de computadores, necessária se faz a existência de indícios mínimos de extraterritorialidade para que seja determinada a competência da Justiça Federal. A mera utilização da inter-

net não basta, por si só, para caracterizar a transnacionalidade do delito. 3. In casu, não há, pelo menos neste momento processual, a presença de qualquer indício de transnacionalidade dos delitos apto a justificar a competência da Justiça Federal. 4. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no CC 118394/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 3ª Seção, j. 10/08/2016, DJE 22/08/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. DISPONIBILIZAÇÃO DE MATERIAL PEDÓFILO-PORNOGRÁFICO NA INTERNET. ART. 241-A DA LEI N. 8.069/1990. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. NULIDADE DO FEITO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Esta Corte possui entendimento de que o simples fato de o crime ter sido cometido por meio da rede mundial de computadores não atrai, necessariamente, a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, sendo necessária a presença de indícios de crime transnacional para que seja firmada a competência da jurisdição federal, nos termos do art. 109, V, da CF/88. Precedentes. 3. In casu, o paciente utilizou-se do programa de computador "MSN Messenger" e de comunidade nacional criada no site de relacionamentos "Orkut" para disponibilizar o conteúdo pedófilo-pornográfico, tendo o Tribunal a quo, na análise dos fatos, entendido que as condutas imputadas ao acusado não se deram além das fronteiras nacionais. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 228106/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, j. 18/06/2015, DJE 03/08/2015).

Compete à Justiça Federal julgar pornografia infantil nas hipóteses em que há a constatação da internacionalidade da conduta e à Justiça Estadual nos casos em que o crime é praticado por meio de troca de informações privadas, como nas conversas via whatsapp ou por meio de chat na rede social facebook

Informativo nº 603 do STJ: Cinge-se a discussão a definir se compete à Justiça Federal ou à Justiça Estadual a condução de inquérito policial que investiga o cometimento, em tese, de crime de compartilhamento de material pornográfico en-

volvendo criança ou adolescente (art. 241-A da Lei 8.069/90), que foram trocadas por particulares, via Whatsapp e por meio de chat na rede social Facebook. Em 29/10/2015, a matéria foi posta a exame do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 628.624-MG, em sede de repercussão geral, ocasião em que ficou assentado que a fixação da competência da Justiça Federal para o julgamento do delito do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico) pressupõe a possibilidade de identificação do atributo da internacionalidade do resultado obtido ou que se pretendia obter. Observe-se que a constatação da internacionalidade do delito demandaria apenas que a publicação do material pornográfico tivesse sido feita em “ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet”, independentemente da ocorrência efetiva de acesso no estrangeiro. Por sua vez, tanto no aplicativo WhatsApp quanto nos diálogos (chat) estabelecidos na rede social Facebook, a comunicação se dá entre destinatários escolhidos pelo emissor da mensagem. Trata-se de troca de informação privada que não está acessível a qualquer pessoa. Assim sendo, não preenchido o requisito estabelecido pela Corte Suprema, de que a postagem de conteúdo pedófilo-pornográfico tenha sido feita em cenário propício ao livre acesso, deve-se ter em conta que a definição do Juízo competente em tais hipóteses se dá em razão do âmbito de divulgação e publicação do referido conteúdo, o que revela a competência da Justiça Estadual. CC 150.564-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 26/4/2017, DJe 2/5/2017.

Crime de falsificação e de uso de diploma e certificado de conclusão de curso superior em instituição privada é de competência da Justiça Federal

Falsificação de documento público, falsidade ideológica e uso de documento falso. Diploma e certificado de conclusão de curso superior em instituição privada de ensino falsos. Apresentação para fins de obtenção de registro profissional no Conselho Regional de Administração (CRA). Competência da Justiça Federal. (...) O uso de documento falso de instituição privada de ensino superior, com o fato de apresentá-lo ao órgão de fiscalização profissional federal, é delito cognoscível pela Justiça Federal, que ostenta, para o caso concreto, competência absoluta. (...) Considerando que o diploma falsificado diz respeito a instituição de ensino superior, incluída no Sistema Federal de Ensino, conforme a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996), resta patente que o delito narrado

na denúncia foi praticado em detrimento de interesse da União, a atrair a competência da Justiça Federal (art. 109, IV, CRFB), mesmo porque se operou o seu uso, sendo que consta que a referida autarquia teria descoberto a fraude e negado a emissão do registro. (STF. HC 93.938, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25-10-2011, 1ª T, DJE de 23-11-2011.)

Crime ambiental de caráter transnacional: competência da Justiça Federal

Informativo nº 853 do STF: Compete à Justiça Federal processar e julgar o crime ambiental de caráter transnacional que envolva animais silvestres, ameaçados de extinção e espécimes exóticas ou protegidas por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Com base nesse entendimento, o Plenário deu provimento ao recurso extraordinário em que se discutia a justiça competente para processar e julgar crimes ambientais transnacionais. O Tribunal afirmou que as florestas, a fauna e a flora estão protegidas, no ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988, como poder-dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF/1988, art. 23, VII). Ressaltou que a Carta Magna dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (CF/1988, art. 225, “caput”), incumbindo ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (CF/1988, art. 225, § 1º, VII) Asseverou que a competência da Justiça estadual é residual, em confronto com a Justiça Federal, à luz da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Consignou que a competência da Justiça Federal aplica-se aos seguintes crimes ambientais, que também se enquadram nas hipóteses previstas na Constituição, quando: a) atentarem contra bens, serviços ou interesses diretos e específicos da União ou de suas entidades autárquicas; b) previstos tanto no direito interno quanto em tratado ou convenção internacional, tiverem a execução iniciada no País, mas o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou na hipótese inversa; c) tiverem sido cometidos a bordo de navios ou aeronaves; d) houver grave violação de direitos humanos; ou ainda e) guardarem conexão ou continência com outro crime de competência federal, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, conforme previsão expressa da Constituição. A razão de ser das normas consagradas no direito interno e no direito

convencional conduz à conclusão de que a transnacionalidade do crime ambiental de exportação de animais silvestres atinge interesse direto, específico e imediato da União, voltado à garantia da segurança ambiental no plano internacional, em atuação conjunta com a comunidade das nações. Portanto, o envio clandestino de animais silvestres ao exterior reclama interesse direto da União no controle de entrada e saída de animais do território nacional, bem como na observância dos compromissos do Estado brasileiro com a comunidade internacional, para a garantia conjunta de concretização do que estabelecido nos acordos internacionais de proteção do direito fundamental à segurança ambiental. Assim, a natureza transnacional do delito ambiental de exportação de animais silvestres atrai a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV, da CF/1988. RE 835558/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.2.2017.

A ofensa indireta, genérica ou reflexa em detrimento da União não atrai a competência da Justiça Federal

Informativo nº 568 do STJ: O fato de os agentes, utilizando-se de formulários falsos da Receita Federal, terem se passado por Auditores desse órgão com intuito de obter vantagem financeira ilícita de particulares não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal. Isso porque, em que pese tratar-se de uso de documento público, observa-se que a falsidade foi empregada, tão somente, em detrimento de particular. Assim sendo, se se pudesse cogitar de eventual prejuízo sofrido pela União, ele seria apenas reflexo, na medida em que o prejuízo direto está nitidamente limitado à esfera individual da vítima, uma vez que as condutas em análise não trazem prejuízo direto e efetivo a bens, serviços ou interesses da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 109, IV, da CF). CC 141.593-RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26/8/2015, DJe 4/9/2015.

Compete à Justiça Federal a apuração e processamento do crime de redução à condição análoga à de escravo

Informativo 809 do STF: Plenário. Compete à justiça federal processar e julgar o crime de redução à condição análoga à de escravo (CP, art. 149). Ao reafirmar essa orientação, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário, afetado pela 2ª Turma, interposto contra acórdão que declarara a competência da justiça estadual — v. Informativos 556, 573 e 752. O Tribunal aduziu que o caso dos autos seria similar ao tratado no RE 398.041/PA (DJe de 19.12.2008), oportunidade em que se teria firmado a competência da justiça federal para pro-

cessar e julgar ação penal referente ao crime do art. 149 do CP. Assinalou que o constituinte teria dado importância especial à valorização da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, de maneira que a existência comprovada de trabalhadores submetidos à escravidão afrontaria não apenas os princípios constitucionais do art. 5º da CF, mas toda a sociedade, em seu aspecto moral e ético. Os crimes contra a organização do trabalho comportariam outras dimensões, para além de aspectos puramente orgânicos. Não se cuidaria apenas de velar pela preservação de um sistema institucional voltado à proteção coletiva dos direitos e deveres dos trabalhadores. A tutela da organização do trabalho deveria necessariamente englobar outro elemento: o homem, abarcados aspectos atinentes à sua liberdade, autodeterminação e dignidade. Assim, quaisquer condutas violadoras não somente do sistema voltado à proteção dos direitos e deveres dos trabalhadores, mas também do homem trabalhador, seriam enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto de relações de trabalho. A Constituição teria considerado o ser humano como um dos componentes axiológicos aptos a dar sentido a todo o arcabouço jurídico-constitucional pátrio. Ademais, teria atribuído à dignidade humana a condição de centro de gravidade de toda a ordem jurídica. O constituinte, neste sentido, teria outorgado aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que integrariam o núcleo essencial da Constituição. A Corte ponderou que, diante da opção constitucional pela tutela da dignidade intrínseca do homem, seria inadmissível pensar que o sistema de organização do trabalho pudesse ser concebido unicamente à luz de órgãos e instituições, excluído dessa relação o próprio ser humano. O art. 109, VI, da CF estabelece competir à justiça federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, sem explicitar quais delitos estariam nessa categoria. Assim, embora houvesse um capítulo destinado a esses crimes no Código Penal, inexistiria correspondência taxativa entre os delitos capitulados naquele diploma e os crimes indicados na Constituição, e caberia ao intérprete verificar em quais casos se estaria diante de delitos contra a organização do trabalho. Além disso, o bem jurídico protegido no tipo penal do art. 149 do CP seria a liberdade individual, compreendida sob o enfoque ético-social e da dignidade, no sentido de evitar que a pessoa humana fosse transformada em “res”. A conduta criminosa contra a organização do trabalho atingiria interesse de ordem geral, que seria a manutenção dos princípios básicos sobre os quais estruturado o trabalho em todo o País. Concluiu que o tipo previsto no art. 149 do CP se caracterizaria como crime contra a organização do trabalho, e atrairia a competência da justiça federal. Afastou tese no sentido de que a extensão normativa do crime teria como resul-

tado o processamento e a condenação de pessoas inocentes pelo simples fato de se valerem de trabalho prestado em condições ambientais adversas. Sob esse aspecto, um tipo aberto ou fechado deveria ser interpretado pela justiça considerada competente nos termos da Constituição. Dessa maneira, a má redação ou a contrariedade diante da disciplina penal de determinado tema não desautorizaria a escolha do constituinte. O Ministro Luiz Fux pontuou que a competência seria da justiça federal quando houvesse lesão à organização do trabalho, na hipótese de multiplicidade de vítimas, de modo que o delito alcançasse uma coletividade de trabalhadores. Na espécie, o delito vitimara 53 trabalhadores, número expressivo suficiente para caracterizar a ofensa à organização do trabalho. O Ministro Gilmar Mendes sublinhou que a competência da justiça federal seria inequívoca quando ocorresse lesão à organização do trabalho, como por exemplo, nas hipóteses de violação aos direitos humanos, como no caso de negativa a um grupo de empregados de sair do local. No mais, seria matéria da competência da justiça estadual. O Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente) ressaltou que, em princípio, a competência poderia ser concorrente. Vencido o Ministro Cezar Peluso, que negava provimento ao recurso. (RE 459510/MT, Rel. orig. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, j. 26.11.2015.)

Competência da Justiça Federal para julgar crimes de competência estadual em razão de conexão ou continência não cessa com a absolvição pelo crime de competência federal

A competência para o processo e o julgamento da prática conjunta dos crimes de contrabando ou descaminho e de violação de direito autoral, arts. 334 e 184 do CP, é da Justiça Federal. Definida, pela imputação, a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento de crime estadual e federal, em razão da conexão ou continência, a absolvição posterior pelo crime federal não enseja incompetência superveniente, em observância à regra expressa do art. 81 do CPP e ao princípio da perpetuatio jurisdictionis. (STF. HC 112.574, Rel. Min. Rosa Weber, j. 20-11-2012, 1ª T, DJE de 14-12-2012.)

A motivação de homicídio em detrimento de interesses da União atrai a competência da Justiça Federal

Competência. Homicídio qualificado. Formação de quadrilha. Crime praticado para evitar que a vítima prestasse depoimento no Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Órgão vinculado ao Ministério da Justiça. Interesse da

União comprovado. Competência da Justiça Federal. A jurisprudência deste STF é firme no sentido de que a competência da Justiça Federal, em matéria penal, só ocorre quando a infração penal é praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, mormente quando os crimes teriam sido praticados com o objetivo de evitar que a vítima prestasse declarações ao Conselho de Defesa dos Direitos Humanos. (STF. HC 107.156, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 8-5-2012, 1ª T, DJE de 1º-8-2012.)

A competência da Justiça Federal para uma infração no caso de pluralidade de crimes atrai sua competência para as demais

Na hipótese de concurso de infrações penais de jurisdições originárias diversas, a competência da Justiça Federal para uma delas atrai, por conexão ou continência, a competência para o julgamento das demais. (STF. RHC 96.713, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 7-12-2010, 2ª T, DJE de 1º-2-2011.)

Competência da Justiça Federal para processar ação penal referente a crime cometido contra sociedade de economia mista, quando demonstrado o interesse jurídico da União

Informativo nº 759 do STF: 1ª Turma. Compete à justiça federal processar e julgar ação penal referente a crime cometido contra sociedade de economia mista, quando demonstrado o interesse jurídico da União. Esse o entendimento da 1ª Turma, que, em conclusão de julgamento e por maioria, desproveu agravo regimental para acolher recurso extraordinário no qual se discutia a justiça competente para apreciar causa em que figurava como parte a sociedade de economia mista Companhia Docas do Pará — v. Informativo 661. A Turma consignou que a mencionada companhia, cuja maior parcela de seu capital seria composta por verba pública federal, teria por ofício administrar e explorar as instalações portuárias do Estado do Pará, atividades exclusivamente atribuídas à União, conforme o disposto no art. 21, XII, f, da CF. Asseverou que, em princípio, os crimes praticados contra sociedade de economia mista, em geral, não se submeteriam à competência da justiça federal. Reputou que estaria justificada a competência desta se os delitos estivessem, de alguma forma, relacionados a serviços por concessão, autorização ou delegação da União ou se houvesse indícios de desvio das verbas federais recebidas por sociedades de economia mista e sujeitas à prestação de contas perante o órgão federal. Afirmou, ademais, que a presença de interesse direto e específico da União, de suas entidades autárquicas e empresas públicas consti-

tuiria pressuposto para atrair a competência da justiça federal. Ressaltou que, no caso, o interesse jurídico da União estaria demonstrado na medida em que esta teria manifestado expresso interesse em integrar a lide, o que atrairia a incidência do Enunciado 517 da Súmula do STF (“As sociedades de economia mista só têm foro na justiça federal, quando a União intervém como assistente ou oponente”). Vencidos os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, que davam provimento ao agravo regimental e assentavam a competência da justiça comum estadual. RE 614115 AgR/PA, rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.9.2014.

C) Outros critérios de fixação de competência

A condição de militar e a circunstância do agente estar em serviço no momento da prática do crime, por si só, não determina a competência da Justiça Militar

Pacientes policiais militares denunciados por extorsão mediante sequestro com resultado morte e ocultação de cadáver. (...) Hipótese em que os fatos imputados ao denunciado não se enquadram em nenhuma das situações previstas pelo CPM para caracterizar crime militar e, por conseguinte, fixar a competência da Justiça Castrense. Da leitura dos autos, verifica-se que a conduta criminosa não possui qualquer conotação militar e que a condição de policial militar não foi determinante para a prática do crime, de modo que não vejo como classificá-lo como militar. Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a condição de militar ou a circunstância de o agente estar em serviço no momento da prática do crime não são suficientes para atrair a competência da Justiça Castrense. (STF. HC 109.150, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20-9-2011, 2ª T, DJE de 13-10-2011.)

É possível relativizar a competência determinada pelo lugar em que se consumou a infração na hipótese em que outro local seja o melhor para a apuração dos fatos

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E FALSIDADE IDEOLÓGICA. COMPETÊNCIA PARA A AÇÃO PENAL. RELATIVIZAÇÃO DA TEORIA DO RESULTADO. LOCAL DO INÍCIO DOS ATOS EXECUTÓRIOS. FACILITAÇÃO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. BUSCA DA VERDADE REAL. (...) 01. Conforme a jurisprudência dominante, "tendo em vista a necessidade de se facilitar a apu-

ração dos fatos e a produção de provas, bem como garantir que o processo possa atingir à sua finalidade primordial, qual seja, a busca da verdade real, a competência pode ser fixada no local de início dos atos executórios" (STJ, HC 95.853, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 11/09/2012; HC 196.458, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/12/2011; STF, HC 112.348, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012). (...) 03. Recurso em habeas corpus desprovido. (STJ. RHC 053020, Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), 5ª T, j. 07/05/2015, DJE 16/06/2015).

No concurso de delitos, afasta-se a competência do Juizado Especial quando a soma das penas ultrapassar dois anos

Informativo nº 332 do STJ: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem por entender que, praticados os delitos de menor potencial ofensivo em concurso material, se o somatório das penas máximas abstratas previstas para os tipos penais ultrapassar dois anos, afastada estará a competência do juizado especial, devendo o feito ser instruído e julgado por juízo comum. Precedentes citados: CC 51.537-DE, DJ 9/10/2006, e REsp 776.058-SC, DJ 15/5/2006. HC 66.312-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/9/2007.

Encontro fortuito de prova de infração não relacionada com o objeto da investigação não impõe a conexão

A conexão permite ao juízo disputar a competência para julgamento do feito, mas não o autoriza, a pretexto do liame probatório, a superar o dominus litis, o Ministério Público, e determinar o oferecimento de denúncia contra o impetrante, formulando prévio juízo de culpa, gerador de nulidade processual. A conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente de encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal, não tem o condão de impor o unum et idem iudex, máxime com vulneração do princípio acusatório. A conexão no processo dá-se em favor da jurisdição de modo a facilitar a colheita da prova, evitar decisões contraditórias e permitir cognição mais profunda e exauriente da matéria posta a julgamento. O simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o simultaneus processus. (STF. RHC 120.379, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26-8-2014, 1ª T, DJE de 24-10-2014.)

Possibilidade de reunião de inquéritos policiais instaurados em unidades da Federação diferentes quando presente qualquer das situações previstas no art. 76 do CPP (hipóteses de conexão)

A reunião de inquéritos policiais instaurados em unidades da Federação diferentes pode ser determinada, quando presente qualquer das situações previstas no art. 76 do CPP. O CPP não condiciona o reconhecimento da conexão à perfeita simetria entre as condutas dos corréus. (STF. HC 104.957, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22-3-2011, 1ª T, DJE de 27-5-2011)

Crimes descobertos e provados diferentes da expectativa probatória da investigação e de competência de outro juízo a ele deve ser declinado, sendo válidos os atos anteriormente feitos

Durante a fase de investigação, quando os crimes em apuração não estão perfeitamente delineados, cumpre ao juiz do processo apreciar os requerimentos sujeitos à reserva judicial levando em consideração as expectativas probatórias da investigação. Se, posteriormente, for constatado que os crimes descobertos e provados são da competência de outro juízo, não se confirmando a inicial expectativa probatória, o processo deve ser declinado, cabendo ao novo juiz ratificar os atos já praticados. Validade das provas ratificadas. (STF. HC 99.619, Rel. p/ o ac. Min. Rosa Weber, j. 14-2-2012, 1ª T, DJE de 22-3-2012.)

O juízo competente no caso de estelionato é o do local em que está situada a conta bancária em que o agente recebeu a vantagem ilícita

Informativo nº 565 do STJ: Terceira Seção DIREITO PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO E FORO COMPETENTE PARA PROCESSAR A PERSECUÇÃO PENAL. Compete ao juízo do foro onde se encontra localizada a agência bancária por meio da qual o suposto estelionatário recebeu o proveito do crime – e não ao juízo do foro em que está situada a agência na qual a vítima possui conta bancária – processar a persecução penal instaurada para apurar crime de estelionato no qual a vítima teria sido induzida a depositar determinada quantia na conta pessoal do agente do delito. Com efeito, a competência é definida pelo lugar em que se consuma a infração, nos termos do art. 70 do CPP. Dessa forma, cuidando-se de crime de estelionato, tem-se que a consumação se dá no momento da obtenção da vantagem indevida, ou seja, no momento em que o valor é depositado na conta corrente do autor do delito, passando, portanto, à sua disponi-

bilidade. Note-se que o prejuízo alheio, apesar de fazer parte do tipo penal, está relacionado à consequência do crime de estelionato e não propriamente à conduta. 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. No caso em apreço, tendo a vantagem indevida sido depositada em conta corrente de agência bancária situada em localidade diversa daquela onde a vítima possui conta bancária, tem-se que naquela houve a consumação do delito. (STJ. CC 139.800-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j.24/6/2015, DJe 1º/7/2015)

Para aplicação da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), há necessidade de demonstração da situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência da mulher, numa perspectiva de gênero

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME PRATICADO POR PAI CONTRA FILHA MENOR EM AMBIENTE DOMÉSTICO E FAMILIAR. DELITO COMETIDO EM RAZÃO DA POUCA IDADE DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DE GÊNERO OU DE VULNERABILIDADE PORQUE A É DO SEXO FEMININO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA LEI 11.340/2006 E DA REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL COMUM. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de que, para que a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica seja firmada, não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher. Precedentes. 2. No caso dos autos, verifica-se que o fato de a vítima ser do sexo feminino não foi determinante para a prática do crime de estupro de vulnerável pelo paciente, mas sim a idade da ofendida e a sua fragilidade perante o agressor, seu próprio pai, motivo pelo qual não há que se falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. 3. Habeas corpus não conhecido”. (STJ. HC 344.369, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª T, j. 19/05/2016, DJe de 25/05/2016)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO CONTRA SOBRINHA. PLEITO DE RECONHE-

CIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO, MOTIVAÇÃO DE GÊNERO OU VULNERABILIDADE PELO GÊNERO. SIMPLES LAÇO DE PARENTESCO. SITUAÇÃO QUE NÃO SE INSERE NAS HIPÓTESES DA LEI N. 11.340/2006. PRECEDENTES. 3. Habeas corpus não conhecido. (...) 2. "Para a aplicação da Lei Maria da Penha, é necessária a demonstração da motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima. Precedentes. (STJ HC 176.196, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T, DJe de 20/06/2012).

3. Embora o crime tenha sido cometido pelo tio contra a sobrinha de 7 (sete) anos, na oportunidade em que esta ia visitar sua avó, tem-se manifesta a ausência de relação íntima de afeto, motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade pelo gênero, o que afasta a aplicação da Lei n. 11.340/2006. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 265.694, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 23/02/2016, DJe de 29/02/2016)

Competência do Juízo Comum e não do Juizado de Violência Doméstica, para processar e julgar ação penal referente a suposto crime de ameaça praticado por nora contra sua sogra

Informativo 524 do STJ: Quinta Turma. DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO PENAL REFERENTE A SUPOSTO CRIME DE AMEAÇA PRATICADO POR NORA CONTRA SUA SOGRA. É do juizado especial criminal — e não do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher — a competência para processar e julgar ação penal referente a suposto crime de ameaça (art. 147 do CP) praticado por nora contra sua sogra na hipótese em que não estejam presentes os requisitos cumulativos de relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade. Isso porque, para a incidência da Lei 11.340/2006, exige-se a presença concomitante desses requisitos. De fato, se assim não fosse, qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida lei. Nesse contexto, deve ser conferida interpretação restritiva ao conceito de violência doméstica e familiar, para que se não inviabilize a aplicação da norma. HC 175.816-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20/6/2013.

O desmembramento é regra quando houverem réus com e sem Foro por prerrogativa de função, admitida exceção nos casos em

que os fatos estejam de tal forma relacionados que o julgamento em separado possa causar prejuízo à prestação jurisdicional

Informativo nº 735 do STF: Plenário. O desmembramento de inquéritos ou de ações penais de competência do STF deve ser regra geral, admitida exceção nos casos em que os fatos relevantes estejam de tal forma relacionados que o julgamento em separado possa causar prejuízo relevante à prestação jurisdicional. Essa a orientação do Plenário, que desproveu agravo regimental interposto de decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, nos autos de inquérito do qual relator. Na decisão agravada, fora determinado o desmembramento do feito em relação a agente não detentor de foro por prerrogativa de função perante o STF. Na presente sessão, o relator asseverou que a competência da Corte seria de direito estrito, e não poderia ser alterada por normas instrumentais infraconstitucionais, mormente as regras do Código de Processo Penal sobre conexão e continência. O Ministro Roberto Barroso pontuou que o desmembramento independeria de requisição ministerial. Analisou que, no caso concreto, haveria apenas dois agentes, sem elementos que demonstrassem especial imbricação entre suas condutas, de maneira que seria possível individualizar as respectivas participações e responsabilidades. Os Ministros relator, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Teori Zavascki ponderaram que o desmembramento, quando necessário, deveria ser feito prontamente, sem que fosse preciso aguardar o término das investigações. No ponto, o Ministro Teori Zavascki destacou o princípio do juiz natural, que seria observado, da mesma forma, nas questões atinentes à atração da competência da Corte por prerrogativa de foro. O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, asseverou que o desmembramento precoce permitiria que os incidentes investigatórios fossem determinados no foro ordinário, a evitar que o STF ficasse assoberbado com esses atos. Inq 3515 AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.2.2014.

A competência por prevenção é relativa

É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção. (Súmula nº 706 do STF)

D) Atribuição Judicial do MP

O MP é legitimado ativo concorrente no caso de crime contra a honra praticado contra funcionário público em razão de suas funções

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 nº 714 do STF)

MP estadual é competente para atuar no caso de cursos d'água transfronteiriço

Ministério Público estadual que também é competente para desencadear ação penal por crime ambiental, mesmo no caso de curso d'água transfronteiriço. Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com consequente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir. (STF. HC 92.921, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19-8-2008, 1ª T, DJE de 26-9-2008.)

O MP pode impetrar habeas corpus em razão de incompetência absoluta

O pedido de reconhecimento de incompetência absoluta do juízo processante afeta diretamente a defesa de um direito individual indisponível do paciente: o de ser julgado por um juiz competente, nos exatos termos do que dispõe o inciso LIII do art. 5º da CF. O Ministério Público, órgão de defesa de toda a ordem jurídica, é parte legítima para impetrar habeas corpus que vise ao reconhecimento da incompetência absoluta do juiz processante de ação penal. (STF. HC 90.305, Rel. Min. Ayres Britto, j. 20-3-2007, 1ª T, DJ de 25-5-2007.)

Legitimidade do MP Estadual para atuar no âmbito do STJ

Informativo nº 556 do STJ: O Ministério Público Estadual tem legitimidade para atuar diretamente como parte em recurso submetido a julgamento perante o STJ. O texto do § 1º do art. 47 da LC 75/1993 é expresso no sentido de que as funções do Ministério Público Federal perante os Tribunais Superiores da União somente podem ser exercidas por titular do cargo de Subprocurador-Geral da República. A par disso, deve-se perquirir quais as funções que um Subprocurador-Geral da República exerce perante o STJ. É evidente que o Ministério Público, tanto aquele organizado pela União quanto aquele estruturado pelos Estados, pode ser parte e custos legis, seja no âmbito cível ou criminal. Nesse passo, tendo a ação (cível ou penal) sido proposta pelo Ministério Público Estadual perante o primeiro grau de jurisdição, e tendo o processo sido alçado ao STJ por meio de recurso, é possível que esse se valha dos instrumentos recursais necessários na defe-

sa de seus interesses constitucionais. Nessas circunstâncias, o Ministério Público Federal exerce apenas uma de suas funções, qual seja: a de custos legis. Isto é, sendo o recurso do Ministério Público Estadual, o Ministério Público Federal, à vista do ordenamento jurídico, pode opinar pelo provimento ou pelo desprovimento da irresignação. Assim, cindido em um processo o exercício das funções do Ministério Público (o Ministério Público Estadual sendo o autor da ação, e o Ministério Público Federal opinando acerca do recurso interposto nos respectivos autos), não há razão legal, nem qualquer outra ditada pelo interesse público, que autorize restringir a atuação do Ministério Público Estadual enquanto parte recursal, realizando sustentações orais, interpondo agravos regimentais contra decisões, etc. Caso contrário, seria permitido a qualquer outro autor ter o referido direito e retirar-se-ia do Ministério Público Estadual, por exemplo, o direito de perseguir a procedência de ações penais e de ações de improbidade administrativa imprescindíveis à ordem social. (EREsp 1.327.573-RJ, Rel. originário e voto vencedor Min. Ari Pargendler, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 17/12/2014, DJe 27/2/2015).

Legitimidade do MP Estadual para atuar no âmbito do STF

O Ministério Público de Estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do MPU, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o STF, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. (STF. RE 593.727, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 14-5-2015, DJE de 8-9-2015)

MP Estadual tem legitimidade ativa autônoma para ajuizar reclamação no STF

O Supremo Tribunal reconheceu a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para ajuizar reclamação no Supremo Tribunal, sem que se exija a ratificação da inicial pelo PGR. (STF. Rcl 7.101, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24-2-2011, P, DJE de 9-8-2011.)

Legitimidade do MP para promover medida que garanta o pagamento de multa penal

Informativo nº 558 do STJ: O Ministério Público tem legitimidade para promover medida assecuratória que vise à garantia do pagamento de multa imposta por

sentença penal condenatória. É certo que, com a edição da Lei 9.268/1996, a qual deu nova redação ao art. 51 do CP, modificou-se o procedimento de cobrança da pena de multa, passando-se a aplicar as regras referentes à Fazenda Pública. Cabe referir, por oportuno, que não obstante a pena de multa tenha passado a ser considerada dívida de valor, não perdeu sua natureza jurídica de sanção penal. Todavia, na hipótese em análise, discute-se a legitimidade do MP não para cobrança de pena de multa – esta sim de legitimidade da Fazenda Pública –, mas para promover medida assecuratória, a qual está assegurada tanto pelos termos do art. 142 do CPP quanto pela própria titularidade da ação penal, conferida pela Constituição Federal. Precedentes citados: Resp 1.115.275-PR, 5ª T, DJe 4/11/2011); e RMS 21.967-PR, 5ª T, DJe 2/3/2009. REsp 1.275.834-PR, Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP), j. 17/3/2015, DJe 25/3/2015.

Decisão sobre conflito de atribuições entre órgãos de MPs diversos cabe ao Procurador-Geral da República

Informativo 835 do STF: Plenário. PGR e conflito de atribuição entre órgãos do ministério público Cabe ao Procurador-Geral da República a apreciação de conflitos de atribuição entre órgãos do ministério público. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido do não conhecimento da ação e remeteu os autos ao Procurador-Geral da República. No caso, instaurara-se conflito negativo de atribuições entre ministério público estadual e ministério público federal, para apuração de crime contra o mercado de capitais previsto no art. 27-E da Lei 6.385/1976. O Tribunal consignou que a competência para a apreciação de conflitos de atribuição entre membros do ministério público, por não se inserir nas competências originárias do STF (CF, art. 102, I), seria constitucionalmente atribuída ao Procurador-Geral da República, como órgão nacional do ministério público. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que conheciam da ação. Pontuavam que a competência seria do STF e que conclusão diversa culminaria por nulificar, de modo absoluto, a autonomia institucional dos ministérios públicos estaduais. (ACO 1567 QO/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 17.8.2016.)

6 - Cálculo de pena (Disposições gerais)

A) 1ª Fase do cálculo

Possibilidade de análise conjunta das circunstâncias judiciais comuns aos corréus

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. UTILIZAÇÃO DE MESMA FUNDAMENTAÇÃO PARA OS CORRÉUS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. INEXISTÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior pacificou o entendimento no sentido de que não há qualquer ilegalidade na avaliação conjunta das circunstâncias judiciais que sejam comuns a todos ou a um grupo de condenados, desde que a análise seja feita de forma fundamentada e com base nas semelhanças existentes, a fim de que se proceda ao correto exame quanto às circunstâncias particulares. 2. Na hipótese, não se depreende qualquer mácula aos princípios da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais, tendo em vista que o Tribunal de origem ao analisar a culpabilidade dos agentes - ainda que se trate de circunstância de caráter subjetivo -, utilizou-se de argumentos objetivos para sopesá-la negativamente. 3. Agravo Regimental improvido. (STJ. AgRg no HC 208626/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 18/09/2014, DJE 25/09/2014)

A prática pretérita de atos infracionais pode justificar o aumento da pena base (personalidade do agente)

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATOS INFRACIONAIS. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O MUNDO DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REFERÊNCIAS VAGAS. IMPOSSIBILIDADE DE MAIOR APENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. 1. Consoante precedentes desta Corte Superior, atos infracionais não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base. 2. Embora o envolvimento anterior em atos infracionais não possa ser considerado como maus antecedentes e nem se preste para induzir a reincidência, demonstra a "personalidade voltada para o mundo do crime" e inclinação para a práti-

ca delitiva, o que é suficiente para justificar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria. (STJ. HC 198223/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 19/02/2013, DJE 04/03/2013)

Desnecessidade de prova técnica para analisar a personalidade do agente

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PENA-BASE. PERSONALIDADE. NEGATIVAÇÃO. CONDENAÇÕES CRIMINAIS TRANSITADAS EM JULGADO. FATOS ANTERIORES. POSSIBILIDADE. LAUDO PSICOLÓGICO. PRESCINDIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. VIA INADEQUADA. 1. Segundo precedentes da Sexta Turma, a existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores constitui fundamento idôneo para a negatificação da personalidade, o que leva à conclusão de que a existência do laudo psicológico não é imprescindível para a análise dessa circunstância judicial. 2. Em recurso especial é descabido o debate acerca de temas de natureza constitucional. 3. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp 1198076/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T, j. 06/02/2014, DJE 27/02/2014)

Expressivo prejuízo da vítima justifica o aumento da pena base (consequências do crime)

(...) CRIME DE ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO VALORADAS NEGATIVAMENTE COM BASE NO EXPRESSIVO PREJUÍZO CAUSADO À VÍTIMA. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE ULTRAPASSA AS COMUNS À ESPÉCIE. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO E NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA-BASE FIXADA VALIDAMENTE ACIMA DO MÍNIMO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. Mostra-se válido o aumento da pena-base, em razão das consequências do delito, consideradas em desfavor dos pacientes diante do expressivo prejuízo causado à vítima. Precedentes. 3. É certo que o simples fato de não haver sido restituída a res furtiva à vítima não tem o condão de justificar, por si só, o aumento da pena, por constituir, em regra, fator comum à espécie, enquanto delito patrimonial. Todavia, quando a lesão se mostrar expressiva, como na espécie, desborda do prejuízo inerente ao delito praticado, configurando motivação plenamente válida, apta a justificar, portanto, o aumento

da pena-base. 3. Não se vislumbra qualquer ilegalidade decorrente da imposição do regime prisional mais gravoso aos pacientes, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, validamente considerada. Precedentes. 4. Pelas mesmas razões, não há qualquer incongruência no que diz respeito à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Inteligência dos arts. 44 e 59 do Código Penal. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 268683/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, j. 07/10/2014, DJE 21/10/2014)

Condenações cumpridas há mais de cinco anos geram maus antecedentes

(...) 3. Condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo decurso do prazo de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. ARE 925136 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Tj. 02/09/2016, Dje 19-09-2016)

(...) A existência de condenação alcançada pelo quinquênio depurador justifica a pena-base acima do mínimo legal pela circunstância judicial dos antecedentes criminais. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 560.738/SP, Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T, j. 02/02/2016, Dje 16/02/2016)

Informativo nº 221 do STJ: A sentença penal condenatória transitada em julgado, com o decurso de cinco anos estabelecido no art. 64, I do CP, não pode ser considerada para efeito de reincidência. Contudo pode ser utilizada para caracterizar maus antecedentes criminais, na dosimetria da pena. Precedentes citados do STF: RHC 83.547-SP, DJ 14/11/2003, e HC 69.001-RJ, DJ 26/6/1992. REsp 588.989-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/9/2004.

Configura maus antecedentes processo cujo o trânsito em julgado da condenação, por fatos anteriores, ocorreu no curso da ação

Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, uma vez que o trânsito em julgado da condenação por fatos anteriores ocorreu no curso da ação a que ora responde, tal fato caracteriza maus antecedentes e permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (STF. RE 608.718 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23-3-2011, 2ª T, DJE de 11-4-2011.)

Condenações distintas podem justificar aumento da pena-base (maus antecedentes) e agravamento pela reincidência

Não é nula a sentença que considera, para a elevação da pena-base pelos maus antecedentes e para a configuração da agravante de reincidência, condenações distintas. (STF. HC 94.839, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8-9-2009, 2ª T, DJE de 16-10-2009)

Condenação por porte de drogas para uso próprio gera maus antecedentes/reincidência

(...) CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO CRIME DO ART. 28 DA LEI 11.343/06. REINCIDÊNCIA. (...) 2. A condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserto no art. 28 da Lei 11.343/06 gera reincidência, sendo fundamento legal idôneo para agravar a pena na segunda fase da dosimetria. (...) (STJ. HC 297854/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, j. 14/10/2014, DJE 20/10/2014)

Informativo nº 549 do STJ: A condenação por porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006) transitada em julgado gera reincidência. Isso porque a referida conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada (abolitio criminis). Precedentes citados: HC 292.292-SP, 6ª T, DJe 25/6/2014; HC 266.827-SP, 6ª T, DJe 11/4/2014; e HC 194.921-SP, 5ª T, DJe 23/8/2013. HC 275.126-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 18/9/2014.

Aumento da pena-base em razão da responsabilidade do cargo exercido pelo agente nos crimes contra a Administração Pública não caracteriza bis in idem

A condição de deputada estadual não se confunde com a qualidade funcional ativa exigida pelo tipo penal previsto no art. 312 do CP, que leva em consideração, entre outras condicionantes, a circunstância de o agente ser funcionário público. A quebra do dever legal de representar fielmente os anseios da população e de quem se esperaria uma conduta compatível com as funções por ela exercidas, ligadas, entre outros aspectos, ao controle e à repressão de atos contrários à administração e ao patrimônio públicos, distancia-se, em termos de culpabilidade, da regra geral de moralidade e probidade administrativa imposta a todos os funcionários públicos, cujo conceito está inserido no art. 327 do CP. Daí ser possível a elevação da pena-base em razão do grau de responsabilidade do cargo exercido pelo agen-

te (1ª fase), sem que isso importe em bis in idem. (STF. RHC 125.478 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10-2-2015, 2ª T, DJE de 2-3-2015.)

Pena-base pode ser elevada em razão do modus operandi no cometimento do crime, não se constituindo como elemento ínsito ao tipo (circunstâncias do crime)

O incremento em decorrência da avaliação negativa do modus operandi não constitui elemento ínsito ao tipo, podendo ser validamente considerado na fixação da pena-base imposta ao infrator. É o que, aliás, impõe o art. 59 do CP, o qual determina que o juiz, na fixação da reprimenda, faça a valoração, entre outros elementos, das circunstâncias em que se deu a infração, o que justifica a exasperação da reprimenda entre os limites abstratamente cominados para o crime. (STF. RHC 117.037, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 8-10-2013, 1ª T, DJE de 4-11-2013)

Prejuízo financeiro causado à vítima pode ser utilizado para aumentar pena-base, não sendo elemento ínsito ao tipo (consequências do crime)

A consideração, nas circunstâncias judiciais, da expressão financeira do prejuízo causado à vítima não constitui elemento ínsito ao tipo, podendo ser validamente observada na fixação da pena-base imposta ao infrator. É o que, aliás, impõe o art. 59 do CP, ao determinar que o juiz, na fixação da reprimenda, faça a valoração, entre outros elementos, das consequências da infração, o que, a toda evidência, subsume o maior ou menor prejuízo que um crime de roubo venha a causar à vítima. (STF. RHC 117.108, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24-9-2013, 1ª T, DJE de 21-10-2013.)

Valor do bem é fundamento idôneo para exasperação da pena base (consequências do crime)

(...). 2. Na hipótese dos autos, não merece censura o julgado, quanto à majoração da pena-base em face da maior culpabilidade do Agravante, evidenciada pela natureza premeditada da prática delituosa. Ainda, o elevado montante objeto do roubo - R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), o que daria, atualmente, pouco mais de 82 (oitenta e duas) vezes o valor do salário mínimo - é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base, a título de consequências do delito. 3. Acrescente-se

que o legislador não delimitou parâmetros para a fixação da pena-base, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado, o que ocorreu na hipótese. 4. À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 288922/SE, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 18/06/2014, DJE 01/08/2014)

Circunstância de o crime contra a administração pública ter sido praticado por servidor do Judiciário permite o aumento da pena-base

Peculato. Consequências do crime. Mostra-se razoável a fixação da pena-base em um ano acima do mínimo previsto para o tipo de dois, com teto de doze ante as circunstâncias do crime, o fato de haver sido praticado o peculato por servidor do próprio Judiciário. (STF. HC 101.295, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29-3-2011, 1ª T, DJE de 4-5-2011)

Constitui circunstância negativa a ser considerada na dosimetria da pena a vulnerabilidade emocional e psicológica da vítima

Informativo nº 579 do STJ: O fato de o agente ter se aproveitado, para a prática do crime, da situação de vulnerabilidade emocional e psicológica da vítima decorrente da morte de seu filho em razão de erro médico pode constituir motivo idôneo para a valoração negativa de sua culpabilidade. De fato, conforme entendimento do STJ, "é possível a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade com base em elementos concretos e objetivos, constantes dos autos, que demonstrem que o comportamento da condenada é merecedor de maior reprovabilidade, de maneira a restar caracterizado que a conduta delituosa extrapolou os limites naturais próprios à execução do crime". (STJ. AgRg no AREsp 781.997-PE, Sexta Turma, Dje 1º/2/2016). HC 264.459-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 10/3/2016, Dje 16/3/2016).

Na dosimetria da pena pode ser sopesada, como circunstância negativa, a complexidade do esquema criminoso

Informativo nº 578 do STJ: Na fixação da pena do crime de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986), o fato de o delito ter sido cometido por

organização criminosa complexa e bem estrutura pode ser valorado de forma negativa a título de circunstâncias do crime. (STJ. REsp 1.535.956-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 1º/3/2016, DJe 9/3/2016).

Não configura bis in idem aumento da pena-base a condição pessoal de policial civil na prática de crime funcional

Informativo 835 do STF: 1ª Turma. Circunstâncias judiciais e “bis in idem” É legítima a utilização da condição pessoal de policial civil como circunstância judicial desfavorável para fins de exasperação da pena base aplicada a acusado pela prática do crime de concussão. Com base nessa orientação, a Primeira Turma, por maioria, conheceu e denegou a ordem em “habeas corpus” em que pleiteado o reconhecimento do “bis in idem”. A Turma afirmou que seria possível, no que se refere à culpabilidade (CP, art. 59), promover, em cada caso concreto, juízo de reprovabilidade maior tendo em consideração a condição de policial civil do agente. O delito previsto no art. 316 do CP seria de mão própria, porém, presentes as circunstâncias do art. 59 do CP, se poderia levar em conta, quando do juízo de reprovabilidade, a qualidade específica ou a qualificação do funcionário público. Dentro do Estado Democrático de Direito e do país que se almeja construir, o fato de uma autoridade pública — no caso, uma autoridade policial — obter vantagem indevida de alguém que esteja praticando um delito comprometeria de maneira grave o fundamento de legitimidade da autoridade, que seria atuar pelo bem comum e pelo bem público. Portanto, aquele que fosse investido de parcela de autoridade pública — fosse juiz, membro do Ministério Público ou autoridade policial — deveria ser avaliado, no desempenho da sua função, com escrutínio mais rígido. Assim, a pena aplicada, de 2 anos e 6 meses, não seria desproporcional diante das circunstâncias. Preliminarmente, o Colegiado exarou entendimento segundo o qual deveriam ser conhecidos os “habeas corpus” nas hipóteses em que fossem substitutivos de recurso extraordinário, como no caso em comento. Vencidos os Ministros Luiz Fux (relator) e Rosa Weber. O relator concedia a ordem por entender configurado o “bis in idem”. Já a Ministra Rosa Weber sequer conhecia da impetração em razão da ausência de manifesta ilegalidade ou teratologia. (HC 132990/PE, Rel. orig. Min. Luiz Fux, rel. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 16.8.2016.)

Não há bis in idem ao valorar mesmo fato em aplicação de pena de crimes diversos praticados em concurso material

Somente existe bis in idem quando um mesmo fato for considerado mais de uma vez na dosimetria de um mesmo crime, não havendo que se falar em dupla valo-

ração dos mesmos fatos quando se tratar de aplicação de pena para crimes diversos, praticados em concurso material. (STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 5-9-2013, DJE de 10-10-2013.)

B) 2ª Fase do cálculo

Constitucionalidade da reincidência

*(...) a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. (...) Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no art. 64 do CP — cinco anos —, uma outra prática delituo-
sa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade. Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes. (...) Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala — a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa. Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro*

em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização. (...) Por tudo, surge constitucional o instituto — existente desde a época do Império — da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a CF, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido. Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria. De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do art. 61 do CP — DL 2.848/1940. (STF. RE 453.000, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, j. 4-4-2013, P, DJE de 3-10-2013)

Preponderância da reincidência sobre a confissão

PENAL. DOSIMETRIA. CONCURSO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE. ART. 67, CP. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 1. A teor do disposto no art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. Precedentes. 2. Ordem denegada. (STF - HC: 96061 Rel. Min. Teori Zavascki, j.19/03/2013, 2ª T, DJe 03-04-2013.)

Nos termos do art. 67 do CP, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. (STF. HC 96.063, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 9-8-2011, 1ª T, DJE de 8-9-2011.)

* Obs: o STJ tem posição pacificada em sentido contrário (REsp 1341370 / MT, julgado no rito dos recursos repetitivos) e o STF, no RE 983765, entendeu que a questão carece de repercussão geral, de modo a prevalecer a posição do STJ.

Confissão espontânea não compensa multireincidência

Informativo nº 555 do STJ: Tratando-se de réu multireincidente, não é possível promover a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência. De fato, a Terceira Seção do STJ firmou o entendimento

de que a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência (REsp 1.154.752-RS, DJe 4/9/2012). No entanto, tratando-se de réu multirreincidente, promover essa compensação implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Isso porque a multirreincidência exige maior reprovação do que aquela conduta perpetrada por quem ostenta a condição de reincidente por força, apenas, de um único evento isolado em sua vida. (Precedente citado: AgRg no REsp 1.356.527-DF, 5ª T, DJe 25/9/2013. AgRg no REsp 1.424.247-DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 3/2/2015, DJe 13/2/2015).

Impossibilidade de fixação da abaixo do mínimo legal na segunda fase do cálculo de pena

Pena fixada no mínimo legal. Impossibilidade de redução abaixo desse patamar, com fundamento na circunstância atenuante da menoridade. (STF. HC 94.243, Rel. Min. Eros Grau, j. 31-3-2009, 2ª T, DJE de 14-8-2009.)

É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. (STF. HC 94.446, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14-10-2008, 1ª T, DJE de 31-10-2008)

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (Súmula nº 231 do STJ)

Impossibilidade de compensação entre institutos de fases distintas do cálculo de pena

(...) MENORIDADE. PLEITO DE COMPENSAÇÃO COM CAUSA DE AUMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU JURISPRUDENCIAL. 4. CONTRARIEDADE AO ART. 33, § 2º, B, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA.. (...) 3. A atenuante da menoridade é aferida na segunda fase da dosimetria da pena e as causas de aumento se verificam na terceira fase, mostrando-se, portanto, inviável a compensação pleiteada. Ademais, não há no Código Penal previsão de compensação entre institutos da segunda fase com os da terceira fase. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no AREsp 455209, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T, j. 20/05/2014, DJE 29/05/2014)

Necessidade de documento para comprovar a atenuante da menoridade relativa

(...). *ALEGAÇÃO DE QUE UM DOS PACIENTES, À ÉPOCA DOS FATOS, CONTAVA COM MENOS DE 21 ANOS. AFIRMAÇÃO NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. ENUNCIADO SUMULAR 74/STJ. (...) 2. Constou do aresto combatido que não há nos autos documentos que possam atestar a verdadeira idade do réu à época, não podendo o pedido ser acolhido. Incidência do enunciado 74 da súmula de Jurisprudência do STJ. 3. Ademais, conforme registrou o ilustre representante ministerial, embora a impetração sustente que o primeiro paciente nasceu no dia 02.08.87, tanto a Certidão de Antecedentes Criminais como o Guia de Recolhimento Provisório e a Ficha do Réu atestam o nascimento do réu em 25.05.85. 4. Opina o MPF pelo conhecimento parcial do writ e, na extensão, pela denegação da ordem. 5. Writ parcialmente conhecido e, na extensão, ordem denegada.* (STJ. HC 088435, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T, j. 14/10/2008, DJE 24/11/2008)

Confissão qualificada ou imprópria afasta o reconhecimento da atenuante

A confissão qualificada não é suficiente para justificar a atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP (Precedentes: HC 74.148/GO, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 17-12-1996; e HC 103.172/MT, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE de 24-9-2013). (...) A aplicação da atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, d, do CP não incide quando o agente reconhece sua participação no fato, contudo alega tese de exclusão da ilicitude. (STF. HC 119.671, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5-11-2013, 1ª T, DJE de 3-12-2013.)

Confissão parcial afasta o reconhecimento da atenuante

Apelação - Criminal - Roubo majorado - Defesa requer o afastamento da agravante genérica do art. 61, inciso II, alínea "h", fixadas as penas no mínimo legal, considerando serem os réus primários e de bons antecedentes, bem como afastadas as agravantes do uso de arma, assim como a consideração da atenuante da confissão - Impossibilidade - Provas hábeis a ensejar condenação nos termos em que prolatada, bem delineadas as agravantes - Confissões parciais que não têm o condão de diminuir a pena - Requer, ainda, a fixação de regime semiaberto para início de cumprimento da pena - Descabimento - Regime inicial fechado ade-

quado ao caso concreto, suficiente para a consciência da ilicitude e apto a prevenir a reincidência - Apelos não providos. (TJ/SP. Apelação Criminal nº 0012041-34.2009.8.26.0438, Rel. Des. Sérgio Ribas, 5ª Câmara de Direito Criminal, Voto nº 21.594, J. 25/06/2013, V.U)

(...) Pena - Atenuante da confissão espontânea - Não caracterização. Não se caracteriza a atenuante da confissão espontânea no "dictum" do acusado que admite apenas parcialmente a prática delituosa. (TJ/SP. Apelação Criminal nº 990.08.133674-0, Rel. Des. Wilson Barreira, 14ª Câmara de Direito Criminal, Voto nº 17.373, J. 02/06/2009, V.U)

Não importa para verificação da reincidência se o crime posterior é culposos

Conforme disposto no art. 63 do CP, não se exige a especificidade para reconhecer-se a reincidência, pouco importando que o crime anterior tenha sido doloso e o posterior haja ocorrido na forma culposa. (STF. HC 100.006, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2-2-2010, 1ª T, DJE de 19-2-2010)

Reincidência pode ser comprovada com a folha de antecedentes, prescindindo-se da certidão

A legislação estabelece apenas o momento em que a reincidência pode ser verificada (art. 63 do CP), sem, contudo, exigir um documento específico para a sua comprovação. (...) A folha de antecedentes criminais expedida pelo Departamento de Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul é formal e materialmente idônea para comprovar a reincidência do paciente, porquanto contém todas as informações necessárias para tanto, além de ser um documento público, com presunção iuris tantum de veracidade. (STF. HC 103.969, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21-9-2010, 1ª T, DJE de 8-10-2010)

(...) AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS MAUS ANTECEDENTES. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCINDIBILIDADE. (...) 3. Esta Corte tem entendido que a falta de certidão cartorária (certidão de objeto e pé) não impede o reconhecimento dos maus antecedentes, o que pode ser feito pela folha de antecedentes criminais. (...) (STJ. HC 287090/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T, j. 08/05/2014, DJE 12/12/2014)

Reincidência específica permite agravamento de pena superior a reincidência genérica

A reincidência específica é agravante que sempre determina a exacerbação da pena, inclusive em maior grau do que a recidiva genérica, por evidenciar que o réu persiste na senda do crime. (STF. HC 101.918, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11-5-2010, 1ª T, DJE de 4-6-2010.)

Mandante de crime pode responder pela agravante do inciso I do art. 62 do CP

Informativo nº 580 do STJ: Em princípio, não é incompatível a incidência da agravante do art. 62, I, do CP ao autor intelectual do delito (mandante). (STJ. REsp 1.563.169, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 10/3/2016, DJe 28/3/2016).

Possibilidade de provar a idade da vítima por outros meios que não o documento de identidade

A questão de direito tratada no presente habeas corpus diz respeito à aplicação da agravante da alínea h do inciso II do art. 61 do CP ao caso concreto. Não há a obrigatoriedade de o julgador se valer do sistema legal de apreciação de provas, uma vez que a idade da vítima foi provada por outros meios. A falta de juntada aos autos de documento de identidade da vítima não assume a importância que lhe atribui a impetração. (STF. HC 103.747, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 3-5-2011, 2ª T, DJE de 16-5-2011.)

Não incidência da atenuante da confissão espontânea em caso de confissão de crime diverso

Informativo nº 569 do STJ: O fato de o denunciado por roubo ter confessado a subtração do bem, negando, porém, o emprego de violência ou grave ameaça, é circunstância que não enseja a aplicação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP). Isso porque a atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu reconheça a autoria do fato típico que lhe é imputado. Ocorre que, no caso, o réu não admitiu a prática do roubo denunciado, pois negou o emprego de violência ou de grave ameaça para subtrair o bem da vítima, numa clara tentativa de desclassificar a sua conduta para o crime de furto. Nesse contexto, em que se nega a prática do tipo penal apontado na peça acusatória, não

é possível o reconhecimento da circunstância atenuante. Precedente citado: (HC 98.280-RS, 5ª T, DJe 30/11/2009. HC 301.063-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 3/9/2015, DJe 18/9/2015).

Bons antecedentes não configuram atenuante inominada

Informativo no 569 do STJ: Não caracteriza circunstância relevante anterior ao crime (art. 66 do CP) o fato de o condenado possuir bons antecedentes criminais. A atenuante inominada é entendida como uma circunstância relevante, anterior ou posterior ao delito, não disposta em lei, mas que influencia no juízo de reprovação do autor. Excluem-se, portanto, os antecedentes criminais, que já são avaliados na fixação da pena-base e expressamente previstos como circunstância judicial do art. 59 do CP. (REsp 1.405.989-SP, Rel. para o acórdão Min. Nefi Cordeiro, j. 18/8/2015, DJe 23/9/2015).

C) 3ª Fase do cálculo, regime prisional e substituição

Aumento de pena em virtude de concurso formal ou crime continuado incide sobre a pena após a aplicação das causas de aumento especiais

A majoração derivada de concurso formal ou ideal de delitos não deve incidir sobre a pena-base, mas sobre aquela a que já se ache acrescido o quantum resultante da aplicação das causas especiais de aumento a que se refere o § 2º do art. 157 do CP. (STF. HC 70.787, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14-6-1994, 1ª T, DJE de 23-10-2009.)

Na aplicação de pena privativa de liberdade, o aumento decorrente de concurso formal ou de crime continuado não incide sobre a pena-base, mas sobre a pena acrescida por circunstância qualificadora ou causa especial de aumento. (STF. RHC 86.080, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 6-6-2006, 1ª T, DJ de 30-6-2006.)

Possibilidade de regime mais severo mesmo que não reincidente e a quantidade de pena não ultrapasse o limite fixado na alínea do artigo 33, § 2º, do CP (quatro anos)

(...) o preceito inscrito no art. 33, § 2º, c, do CP não obriga o magistrado sentenciante, mesmo tratando-se de réu primário e sujeito a pena não superior a qua-

tro anos de prisão, a fixar, desde logo, o regime penal aberto. A norma legal em questão permite ao juiz impor, ao sentenciado, regime penal mais severo, desde que o faça, como no caso, em decisão suficientemente motivada. A opção pelo regime aberto constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado sentenciante. (STF. HC 71.952, voto do Rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-1995, 1ª T, DJE de 11-12-2009.)

Circunstâncias judiciais desfavoráveis são aptas a elevar a pena-base e fixar regime mais gravoso

Não há nulidade na decisão que majora a pena-base e fixa o regime inicial mais gravoso considerando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59). (STF. RHC 93.818, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22-4-2008, 1ª T, DJE de 16-5-2009)

Possibilidade de regime inicial mais gravoso em razão da gravidade concreta do crime

As alíneas b e c do § 2º do art. 33 do CP dispõem, expressamente, como pressuposto para a fixação dos regimes prisionais nelas estabelecidos (semiaberto e aberto), a não reincidência do condenado, sendo irrelevante o quantum de pena fixado na condenação. (...) No caso sob exame, o juízo sentenciante fixou o regime inicial fechado em razão da reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 2º, b, do CP, bem como da gravidade concreta dos atos perpetrados. Desse modo, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar inferior a oito anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente encontra-se devidamente justificada. (STF. HC 122.031, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6-5-2014, 2ª T, DJE de 26-5-2014)

Há impedimento para substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária quando há imposição de pena de multa prevista no tipo penal de lei especial

A cumulação de penas (privativa de liberdade e multa) imposta por lei especial não permite a substituição da primeira por prestação pecuniária. Incidência da Súmula 171 do STJ e art. 12 do CP. (STF. RHC 84.040, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13-4-2004, 2ª T, DJ de 30-4-2004.)

A detração do período de prisão provisória, com o fim de determinação do regime prisional inicial, deve ser contabilizada em sede de execução penal, e não no momento do cálculo de pena

Habeas corpus. Roubo qualificado. Sentença condenatória. Detração penal nos termos do artigo 387, § 2º, CPP. Fixação de regime mais brando. Impossibilidade nesta via. Necessidade também da aferição do requisito subjetivo: competência do Juízo das execuções criminais. Ordem denegada 'in limine'. (TJ/SP - Roubo: 20667401820148260000 SP 2066740-18.2014.8.26.0000, Rel. Des. Alberto Mariz de Oliveira, j. 13/05/2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, publicação 16/05/2014).

APELAÇÃO - Tráfico de drogas - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO - Impossibilidade. Materialidade e autoria satisfatoriamente demonstradas pela prova oral. Drogas que seriam destinadas a consumo de terceiras pessoas. Palavra dos policiais às quais se confere relevo probatório - Pena criteriosamente fixada - Regime inicial fechado mantido. Crime grave que fomenta a prática de diversos outros delitos, o que inviabiliza, inclusive, a substituição da pena - APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP - Impossibilidade. Detração é matéria afeita ao juízo da execução, o qual possui maiores informações acerca do efetivo tempo que o sentenciado permaneceu recluso - Recurso desprovido. (TJ/SP. Apelação nº 0003153-13.2009.8.26.0653 Rel. Des. Camilo Léllis, 8ª Câmara de Direito Criminal, Voto nº 8497, J. 30/01/14, V.U)

Ainda que realizado o desconto do quantum da pena referente à custódia preventiva (art. 387, § 2.º, do CPP), não há óbice de que o magistrado fixe regime inicial mais gravoso, fundamentando-se nas circunstâncias do caso concreto

A previsão inserida no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas da possibilidade de o Juízo de 1.º Grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. Ainda que realizado o desconto do quantum da pena, do período em que o réu se manteve em custódia preventiva, não há óbice de que o magistrado fixe regime inicial mais gravoso, fundamentando-se nas circunstâncias do caso concreto, que recomendam maior rigor no cumprimento da pena. (STJ. HC n.º 361092/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 05/11/2015).

Fixação de regime mais gravoso com base na fundamentação que motivou a exasperação da pena-base ao avaliar as circunstâncias judiciais é idônea

Informativo nº 775 do STF: 2ª Turma. A 2ª Turma denegou a ordem em “habeas corpus” no qual se sustentava a existência de ilegalidade em sentença condenatória que teria fixado de forma automática o regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena aplicada em patamar inferior a quatro anos, exclusivamente em razão da exasperação da pena-base. No caso, os pacientes foram condenados à pena de dois anos e seis meses de detenção pela suposta prática de crime contra a ordem econômica (Lei 8.176/1991, art. 1º, I), o que, segundo alegado, ensejaria a fixação do regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP. O Colegiado destacou que, na espécie, embora a pena final fixada fosse inferior a quatro anos, duas das circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do CP seriam desfavoráveis aos pacientes — as circunstâncias e as consequências do crime —, o que, nos termos do § 3º do art. 33 do CP (“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”) e do Enunciado 719 da Súmula do STF (“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”), impediria a aplicação do regime inicial mais brando. Nessa perspectiva, não haveria dúvidas de que, por ocasião da sentença, o magistrado “a quo” cumprira satisfatoriamente a exigência de fundamentação da decisão, tendo em vista que apresentara justificativa plausível, amparada pelo ordenamento jurídico, para determinação do regime inicial semiaberto. (HC 124876/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 24.2.2015.) (HC-124876)

Possibilidade de medida de segurança de tratamento ambulatorial para crime apenado com reclusão

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. CRIME APENADO COM RECLUSÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça entende que o artigo 97 do Código Penal não deve ser aplicado de forma isolada, devendo se analisar também qual é a medida de segurança que melhor se ajusta à natureza do tratamento de que necessita o inimputável 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no REsp 998128 MG 2007/0243232-9, 6ª T, DJe 25/04/2011).

Possibilidade de perda do cargo público diverso do exercido no momento do delito, quando o novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior

Informativo nº 599 do STJ: Cinge-se a controvérsia a saber se a perda de perdimento prevista no art. 92, I, do CP se restringe à atividade pública exercida no momento do delito. O STJ entende que o reconhecimento de que o réu praticou ato incompatível com o cargo por ele ocupado é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público (AgRg no REsp 1.613.927-RS, DJe 30/9/2016). Em regra, a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo público ocupado ou função pública exercida no momento do delito. Trilhando esse entendimento, doutrina defende que “A perda deve restringir-se somente àquele cargo, função ou atividade no exercício do qual praticou o abuso, porque a interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente”. 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. Porém, salienta-se que se o magistrado de origem considerar, motivadamente, que o novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior, ou seja, naquele em que foram praticados os crimes, mostra-se devida a perda da nova função, uma vez que tal ato visa anular a possibilidade de reiteração de ilícitos da mesma natureza, o que não ocorreu no caso. REsp 1.452.935-PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 14/3/2017, DJe 17/3/2017.

7 - Concurso de crimes

Crime tipificado no Código Penal não pode ser absorvido por infração descrita na Lei de Contravenções Penais

Informativo nº 743 do STF: 1ª Turma. Crime tipificado no Código Penal não pode ser absorvido por infração descrita na Lei de Contravenções Penais. Com base nessa orientação, a 1ª Turma denegou “habeas corpus” para refutar a incidência do princípio da consunção. Na espécie, a impetração pleiteava que o crime de uso de documento falso (CP, art. 304) fosse absorvido pela contravenção penal de exercício ilegal da profissão ou atividade econômica (LCP, art. 47). A Turma aduziu, ainda, que o crime de uso de documento falso praticado pelo paciente não fora meio necessário nem fase para consecução da infração de exercício ilegal da profissão. HC 121652/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, 22.4.2014.

Continuidade delitiva: necessidade de preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e de ordem subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. (1) CONTINUIDADE DELITIVA. TEORIA MISTA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DEMAIS REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (3) RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça vem adotando a teoria mista, segundo a qual, para a caracterização da continuidade delitiva, afigura-se imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos). 2. Maiores incursões no tema, com a finalidade de constatar eventual unidade de desígnios ou a presença dos demais requisitos do instituto, demandaria incursão aprofundada no exame das provas, incabível na estreita via do habeas corpus. 3. Recurso a que se nega provimento. (STJ). RHC 043601, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 03/06/2014, DJE 18/06/2014)

Continuidade delitiva: necessidade de lapso temporal entre os crimes inferior a trinta dias

Crime continuado: não reconhecimento integral, dado o intervalo superior a trinta dias entre alguns dos seis roubos praticados durante cerca de quatro meses: critério

jurisprudencial que, em si mesmo, não é ilegal nem incompatível com a concepção objetiva do Código, não se tendo logrado demonstrar que sua aplicação, nas circunstâncias do caso, desnaturaria a definição legal do crime continuado. (STF. HC 69.305, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 28-4-1992, 1ª T, DJ de 5-6-1992.)

(...) TRÁFICO DE DROGAS. CONTINUIDADE DELITIVA. INTERVALO ENTRE AS CONDUTAS SUPERIOR A 30 (TRINTA) DIAS. ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE UNIFICAÇÃO DE PENAS. (...) 3. O art. 71, caput, do Código Penal não delimita o intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva. Esta Corte não admite, porém, a incidência do instituto quando as condutas criminosas foram cometidas em lapso superior a trinta dias. Além disso, consignou a instância ordinária que, no caso, não restou preenchido sequer o requisito objetivo por haver diversidade na execução das condutas delitivas. 4. Ausência de ilegalidade flagrante que imponha a concessão de ordem de habeas corpus ex officio. 5. Writ não conhecido. (STJ. HC 239397/RS, Rel. Min. Laurita vaz, 5ª T, j. 08/04/2014, DJE 15/04/2014)

Continuidade delitiva: impossibilidade de reconhecimento quando há modos de execução diversos

(...) UNIFICAÇÃO DE PENAS. ROUBO MAJORADO. CONTINUIDADE DELITIVA. LAPSO TEMPORAL. INTERVALO ENTRE AS CONDUTAS SUPERIOR A DOIS MESES. ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. CRIMES PRATICADOS COM MEIOS E CIRCUNSTÂNCIAS ABSOLUTAMENTE DISTINTAS. CONDUTAS AUTÔNOMAS E ISOLADAS. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. De acordo com o art. 71, caput, do Código Penal, "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços." 2. Não há determinação expressa no art. 71, caput, do Código Penal sobre o lapso temporal limite para o reconhecimento da continuidade delitiva, sendo apenas exigido que os crimes devem ser praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, para que sejam considerados continuados. 3. Todavia, este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o lapso temporal superior a 30 (trinta) dias entre os crimes de roubo praticados pelo mesmo agente

não dá azo à aplicação da continuidade delitiva. 4. No caso, além do lapso temporal superior a 30 (trinta) dias entre as condutas apuradas nos processos-crime n.os 01001832807 e 01001942630, as demais circunstâncias não permitem a concessão do benefício. Os roubos apurados no processo 01001832807 ocorreram no interior de veículo de transporte coletivo, mediante grave ameaça empregada com uso de arma de fogo, quando foram subtraídos valores da empresa de transporte; enquanto o roubo apurado no processo 01001942630 foi praticado contra pedestre, no período noturno e com auxílio de outra pessoa, mediante a utilização de faca e com emprego de violência física contra a vítima. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no REsp 1154442, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 18/10/2012, DJE 24/10/2012)

Continuidade delitiva: impossibilidade de reconhecimento em caso de habitualidade ou reiteração criminosa

(...) EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE UNIFICAÇÃO DE PENAS PELO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA DE DIVERSAS CONDENAÇÕES POR CRIME DE ROUBO MAJORADO. INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, ANTE A HABITUALIDADE CRIMINOSA DO PACIENTE. (...). 3. A continuidade delitiva é uma ficção jurídica que beneficia o agente, quando vários delitos cometidos são entendidos como desdobramento do primeiro, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos. 4. O Tribunal de origem, ao examinar os elementos de prova constantes dos autos, entendeu que o Paciente seria um criminoso habitual e que, por isso, não faria jus à aplicação da causa geral de diminuição de pena. Revertal posição demandaria inevitável dilação probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus. Precedentes. 5. Ordem de habeas corpus não conhecida. (STJ. HC 262842/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 08/05/2014, DJE 16/05/2014)

Continuidade delitiva: para configuração, são considerados crimes da mesma espécie aqueles previstos no mesmo tipo penal

(...) ROUBO CIRCUNSTANCIADO E LATROCÍNIO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS DE ESPÉCIES DIVERSAS. MEIOS DE EXECUÇÃO DISTINTOS. HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. (...). 3. Os crimes de roubo e latrocínio, pelos quais o Paciente foi condenado, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie. No crime de roubo, a conduta do agente ofende o patrimô-

nio. No delito de latrocínio, ocorre lesão ao patrimônio e à vida da vítima, não havendo homogeneidade de execução na prática dos dois delitos, razão pela qual tem aplicabilidade a regra do concurso material. Precedentes. 4. Ausência de patente constrangimento ilegal que, eventualmente, imponha a concessão de ordem ex officio. 5. Ordem de habeas corpus não conhecida. (STJ. HC 240630/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 04/02/2014, DJE 17/02/2014)

Continuidade delitiva: a imprecisão quanto ao número de infrações não prejudica o aumento máximo

Informativo 791 do STF: 2ª Turma. A Segunda Turma indeferiu pedido formulado em “habeas corpus” no qual se pretendia fosse afastada a aplicação da fração de aumento da pena, em decorrência da continuidade delitiva, prevista no art. 71, “caput”, do CP, em seu grau máximo. Alegava o impetrante que o STJ, ao aumentar a fração de 1/6 para 2/3, teria efetuado a reanálise do acervo fático-probatório, o que seria vedado pelo Enunciado 7 da Súmula daquela Corte. Apon-tava que, no caso, por não se saber com certeza quantas teriam sido as infrações penais cometidas pelo paciente, o aumento da pena, em razão da continuidade delitiva, não poderia ser aplicado em seu grau máximo, de modo que deveria ser restabelecida a fração de aumento de pena fixada pelo tribunal local, em observância ao princípio do “in dubio pro reo”. A Turma entendeu que, como já decidido pelo STF, nova valoração de elementos fático-probatórios não se confundiria com reapreciação de matéria probatória. Asseverou que, na espécie, como toda a matéria fática teria sido bem retratada na sentença e no acórdão do tribunal local, o STJ teria se limitado a lhe emprestar a correta consequência jurídica. Consignou, ademais, que o aumento de 2/3 da pena se harmonizaria com a jurisprudência pacífica da Corte, no sentido de que o “quantum” de exasperação da pena, por força do reconhecimento da continuidade delitiva, deveria ser proporcional ao número de infrações cometidas. Considerou, por fim, que a imprecisão quanto ao número de crimes praticados pelo paciente não obstaría a incidência da causa de aumento da pena em seu patamar máximo, desde que houvesse elementos seguros, como na espécie, que demonstrassem que vários seriam os crimes praticados ao longo de dilatadíssimo lapso temporal. HC 127158/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, 23.6.2015.

8 - Suspensão condicional do processo

No caso de concurso formal ou continuidade delitiva a pena mínima a ser considerada é a do delito mais grave com o aumento mínimo

Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano (Súmula nº 723 do STF)

O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei 9.099/1995, não é admitido nos delitos praticados em concurso material quando o somatório das penas mínimas cominadas for superior a um ano, assim como não é aplicável às infrações penais cometidas em concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 ultrapassar o limite de um ano. (STF. HC 83.163, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, j. 16-4-2009, DJE de 19-6-2009.)

Possibilidade de condicionar a suspensão condicional da pena ao cumprimento de prestação pecuniária e de prestação de serviços à comunidade

Não é inconstitucional ou inválida a imposição, como condição para a suspensão condicional do processo, de prestação de serviços ou prestação pecuniária, desde que “adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado” e fixadas em patamares distantes das penas decorrentes de eventual condenação. A imposição das condições previstas no § 2º do art. 89 da Lei 9.099/1995 fica sujeita ao prudente arbítrio do juiz, não cabendo revisão em habeas corpus, salvo se manifestamente ilegais ou abusivas. (STF. HC 108.914, Rel. Min. Rosa Weber, j. 29-5-2012, 1ª T, DJE de 1º-8-2012.)

Suspensão condicional do processo. Prestação de serviços à comunidade. Possibilidade prevista no art. 89, § 2º, da Lei 9.099/1995. (STF. HC 106.115, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 8-11-2011, 2ª T, DJE de 29-11-2011.)

Informativo nº 574 do STJ: Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de

serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência. O § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 não veda a imposição de outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado (“O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”). Com o julgamento do RHC 55.119-MG (DJe 6/5/2015), a Sexta Turma do STJ passou a entender o tema conforme o entendimento da Quinta Turma e do STF, no sentido de que “não há óbice legal ou lógico a que, a par das condições legais, se celebre acordo por meio do qual, nos termos do art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, o réu assuma obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a penas restritivas de direitos (tais como a prestação de serviços comunitários, o fornecimento de cestas básicas a instituições filantrópicas a prestação pecuniária à vítima), visto que tais injunções constituem tão somente condições para sua efetivação e como tais são adimplidas voluntariamente pelo acusado”. Precedentes citados do STJ: (REsp 1.472.428-RS, Quinta Turma, DJe 12/11/2014; (AgRg no REsp 1.376.161-RS, Quinta Turma, DJe 1º/8/2014; (HC 325.184-MG, Sexta Turma, DJe 23/9/2015; (REsp 1.498.034- RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, j. 25/11/2015, DJe 2/12/2015)

Informativo nº 512 do STJ: É cabível a imposição de prestação de serviços à comunidade ou de prestação pecuniária como condição especial para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, desde que observados os princípios da adequação e da proporcionalidade. Conforme o art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, no momento da elaboração da proposta do sursis processual, é permitida a imposição ao acusado do cumprimento de condições facultativas, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do beneficiado. Precedentes citados do STF: HC 108.103-RS, DJe 06/12/2011; do STJ: HC 223.595-BA, DJe 14/6/2012, e REsp 1.216.734-RS, DJe 23/4/2012. RHC 31.283-ES, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11/12/2012.

Possibilidade no caso de furto qualificado privilegiado (a pena mínima autoriza a suspensão)

A questão tratada no presente writ diz respeito à possibilidade de aplicação do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP ao crime de furto qualificado. Considero que o critério norteador deve ser o da verificação da compatibilidade entre as qualificadoras (CP, art. 155, § 4º) e o privilégio (CP, art. 155, § 2º). E, a esse respeito, no segmento do crime de furto, não há incompatibilidade entre as

regras constantes dos dois parágrafos referidos. No caso em tela, entendo possível a incidência do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP, visto que, apesar de o crime ter sido cometido em concurso de pessoas, o paciente é primário e a coisa furtada de pequeno valor. (STF. HC 96.843, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24-3-2009, 2ª T, DJE de 24-4-2009.)

É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva. (Súmula nº 511 do STJ)

Aceitação ou não da proposta de suspensão condicional do processo deve ocorrer após recebimento da denúncia

Diante da formulação de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, o denunciado tem o direito de aguardar a fase de recebimento da denúncia, para declarar se a aceita ou não. A suspensão condicional do processo, embora traga ínsita a ideia de benefício ao denunciado, que se vê afastado da ação penal mediante o cumprimento de certas condições, não deixa de representar constrangimento, caracterizado pela necessidade de submeter-se a condições que, viesse a ser exonerado da acusação, não lhe seriam impostas. Diante da apresentação da acusação pelo Parquet, a interpretação legal que melhor se coaduna com o princípio da presunção de inocência e a garantia da ampla defesa é a que permite ao denunciado decidir se aceita a proposta após o eventual decreto de recebimento da denúncia e do conseqüente reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da aptidão da peça acusatória e da existência de justa causa para a ação penal. Questão de ordem que se resolve no sentido de permitir a manifestação dos denunciados, quanto à proposta de suspensão condicional do processo, após o eventual recebimento da denúncia. (STF. Pet 3.898, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27-8-2009, P, DJE de 18-12-2009.)

Possibilidade de revogação da suspensão após o período de prova, desde que referente a fato ocorrido durante a vigência

Informativo nº 574 do STJ. Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência. A letra do § 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 é esta:

“A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta”. Dessa forma, se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício deverá ser revogado, mesmo que já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência. Precedentes citados: (AgRg no REsp 1.366.930-MG, Quinta Turma, DJe 18/2/2015;); (AgRg no REsp 1.476.780-RJ, Sexta Turma, DJe 6/2/2015;); (e AgRg no REsp 1.433.114-MG, Sexta Turma, DJe 25/5/2015.) (REsp 1.498.034-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, j. 25/11/2015, DJe 2/12/2015)

Causas de aumento de pena devem ser levadas em consideração para aferição da possibilidade de suspensão condicional do processo

As causas de aumento de pena devem ser levadas em conta na pena abstrata, para o efeito de se conceder, ou não, a suspensão condicional do processo. (STF. HC 90.869, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 20-4-2010, 2ª T, DJE de 11-6-2010.)

Condenação anterior, com pena cumprida há mais de cinco anos, não impede concessão de transação penal ou suspensão condicional do processo

Suspensão condicional. Transação penal. Admissibilidade. Maus antecedentes. Descaracterização. Reincidência. Condenação anterior. Pena cumprida há mais de cinco anos. Impedimento inexistente. Habeas corpus deferido. Inteligência dos arts. 76, § 2º, III, e 89 da Lei 9.099/1995. Aplicação analógica do art. 64, I, do CP. O limite temporal de cinco anos, previsto no art. 64, I, do CP, aplica-se, por analogia, aos requisitos da transação penal e da suspensão condicional do processo. (STF. HC 86.646, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 11-4-2006, P, DJ de 9-6-2006.)

Transação penal não faz coisa julgada material

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial (Súmula Vinculante nº 35 do STF).

9 - Extinção da punibilidade

O prazo prescricional da medida de segurança tem por base a pena máxima cominada em abstrato do crime

A prescrição de medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação. (STF. HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2-6-2009, 2ª T, DJE de 26-6-2009)

Informativo nº 535 do STJ: A prescrição da medida de segurança imposta em sentença absolutória imprópria é regulada pela pena máxima abstratamente prevista para o delito. O CP não cuida expressamente da prescrição de medida de segurança, mas essa é considerada uma espécie do gênero sanção penal. Assim considerada, sujeita-se às regras previstas no CP relativas aos prazos prescricionais e às diversas causas interruptivas da prescrição. O STF já se manifestou nesse sentido ao entender que incide o instituto da prescrição na medida de segurança, estipulando que “é espécie do gênero sanção penal e se sujeita, por isso mesmo, à regra contida no artigo 109 do Código Penal” (RHC 86.888-SP, Primeira Turma, DJ de 2/12/2005). Esta Corte Superior, por sua vez, já enfrentou a questão, também considerando a medida de segurança como espécie de sanção penal e, portanto, igualmente sujeita à prescrição e suas regras, assentando, ainda, que o lapso temporal necessário à verificação da referida causa de extinção da punibilidade deve ser encontrado tendo como referência a pena máxima abstratamente prevista para o delito. 5ª T. REsp 39.920-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 6/2/2014.

A diminuição do prazo prescricional em razão da pessoa possuir mais de 70 anos deve ser verificada na data da sentença

É firme a jurisprudência deste STF no sentido de que o benefício da redução dos prazos da prescrição não é aplicável aos casos em que o agente completa setenta anos de idade depois da publicação da sentença penal condenatória e dos acórdãos que mantiveram essa decisão. (STF. HC 94.067, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28-10-2008, 1ª T, DJE de 13-3-2009.)

Informativo 822 do STF: 2ª Turma. A prescrição da pretensão punitiva de condenado com mais de 70 anos se consuma com a prolação da sentença e não com o trânsito em julgado, conforme estatui o art. 115 do CP [“Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”]. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma denegou a ordem de “habeas corpus” em que se discutia a extinção da punibilidade de paciente que completara 70 anos após a sentença condenatória, porém, antes do trânsito em julgado. (HC 129696/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19.4.2016.)

A idade estabelecida no Estatuto do Idoso não altera a idade para diminuição do prazo prescricional

A idade de sessenta anos, prevista no art. 1º do Estatuto do Idoso, somente serve de parâmetro para os direitos e obrigações estabelecidos pela Lei 10.741/2003. Não há que se falar em revogação tácita do art. 115 do CP, que estabelece a redução dos prazos de prescrição quando o criminoso possui mais de setenta anos de idade na data da sentença condenatória. A redução do prazo prescricional é aplicada, analogicamente, quando a idade avançada é verificada na data em que proferida decisão colegiada condenatória de agente que possui foro especial por prerrogativa de função, quando há reforma da sentença absolutória ou, ainda, quando a reforma é apenas parcial da sentença condenatória em sede de recurso. Não cabe aplicar o benefício do art. 115 do CP quando o agente conta com mais de setenta anos na data do acórdão que se limita a confirmar a sentença condenatória. (STF. HC 86.320, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17-10-2006, 1ª T, DJ de 24-11-2006.)

A data da sessão de julgamento é o marco interruptivo do prazo prescricional no caso de acórdão condenatório recorrível

Segundo a jurisprudência do STF, o marco interruptivo do prazo prescricional previsto no artigo 117, IV, do CP, mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei 11.596/2007, é o da data da sessão de julgamento. (STF. AP 409 AgR-segundo, Rel. Min. Teori Zavaski, j. 19-9-2013, DJE de 28-10-2013.)

Informativo 776 do STF: 1ª Turma. A prescrição da pretensão punitiva do Estado, em segundo grau de jurisdição, se interrompe na data da sessão de julgamento do recurso e não na data da publicação do acórdão. Com base nesse entendimento, a 1ª Turma, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em “habeas

corpus” em que se alegava a extinção da punibilidade do delito pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. O Colegiado afirmou que, por se tratar de acórdão, a publicação do ato ocorreria com a realização da sessão de julgamento. O Ministro Roberto Barroso enfatizou que a prescrição seria a perda de uma pretensão pelo seu não exercício, dentro de um determinado prazo. Portanto, a prescrição estaria associada à inércia do titular do direito. Dessa forma, com a realização da sessão de julgamento, não se poderia reconhecer essa inércia. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso. Reputava que a interrupção da prescrição só ocorreria com a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível (CP, art. 117, IV). Pontuava que o acórdão somente se tornaria recorrível com a sua confecção. Observava que a publicação do aresto teria ocorrido cinco meses depois da sessão de julgamento. (RHC 125078/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 3.3.2015.)

Informativo nº 521 do STJ: Para efeito de configuração do marco interruptivo do prazo prescricional a que se refere o art. 117, IV, do CP, considera-se como publicado o “acórdão condenatório recorrível” na data da sessão pública de julgamento, e não na data de sua veiculação no Diário da Justiça ou em meio de comunicação congênera. Conforme entendimento do STJ e do STF, a publicação do acórdão nos veículos de comunicação oficial deflagra o prazo recursal, mas não influencia na contagem do prazo da prescrição. Precedentes citados do STJ: EDcl no REsp 962.044-SP, Quinta Turma, DJe 7/11/2011; e AgRg no Ag 1.325.925-SP, Sexta Turma, DJe 25/10/2010. Precedentes citados do STF: AI-AgR 539.301-DF, Segunda Turma, DJ 3/2/2006; e HC 70.180-SP, Primeira Turma, DJ 1º/12/2006. (STJ. HC 233.594-SP, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 16/4/2013).

Detração não influi no prazo prescricional da pretensão punitiva

A detração apenas é considerada para efeito da prescrição da pretensão executória, não se estendendo aos cálculos relativos à prescrição da pretensão punitiva. (STF. HC 100.001, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 11-5-2010, 1ª T, DJE de 18-6-2010.)

O prazo regulado pela pena residual não inclui a detração realizada em razão da prisão cautelar

A prescrição regulada pela pena residual (CP, art. 113) não admite o cômputo do tempo de prisão provisória e só abrange as hipóteses de evasão do condenado ou revogação do livramento condicional. O prazo de prescrição da pretensão

executória é o previsto no art. 110, caput, do CP, ou seja, calcula-se com base na pena aplicada. A detração (CP, art. 42) é feita quando do cumprimento da pena. (STF. RHC 84.177, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29-6-2004, 2ª T, DJ de 20-8-2004.)

O tempo em que o réu esteve sujeito a prisão cautelar somente deve ser computado para os fins e efeitos do cumprimento da sanção penal. A prisão provisória é apenas computável na execução da pena privativa de liberdade. A norma inscrita no art. 113 do CP não admite que se desconte da pena in concreto, para efeitos prescricionais, o tempo em que o réu esteve provisoriamente preso. (STF. HC 69.865, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2-2-1993, 1ª T, DJ de 26-11-1993)

A redução do prazo prescricional, na hipótese de crime continuado, somente ocorre para aqueles praticados antes de o agente completar 21 anos

Crime continuado. Redução de prazo de prescrição por menoridade. Interpretação do art. 115 do CP. A expressão “ao tempo do crime” constante do art. 115 do CP tem de ser entendida, com relação ao crime continuado, como “ao tempo de cada crime” que integra essa modalidade de concurso de delitos, razão por que se afigura certo o entendimento segundo o qual a redução do prazo de prescrição por causa da menoridade só se dá quanto aos crimes praticados antes de o agente completar 21 anos de idade. (STF. HC 72.690, Rel. Min. Moreira Alves, j. 5-9-1995, 1ª T, DJ de 15-3-1996.)

Prazo prescricional fica suspenso desde a concessão até a revogação da suspensão da pena

Embora o CP não considere, de forma explícita, a suspensão condicional (sursis) como causa impeditiva da prescrição, esse efeito deflui da lógica do sistema vigente. (STF. HC 91.562, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 9-10-2007, 2ª T, DJE de 30-11-2007.)

Informativo nº 744 do STF: 2ª Turma. A Turma consignou que teria sido reconhecido o dolo específico de lesar vítimas ao se perpetrar o crime de “fraude” mediante emissão de cheques sem provisão de fundos. Dessa forma, teria sido atendido o requisito da dupla tipicidade, pois, no caso concreto, o aludido crime de “fraude” corresponderia ao crime de estelionato previsto no art. 171, “caput”, do

CP. Observou que, em relação à legislação penal brasileira, o prazo prescricional seria calculado nos termos do art. 109, IV, c/c o art. 112, I, ambos do CP, de modo que a prescrição se aperfeiçoaria em oito anos a partir de setembro de 2005. No cômputo do prazo prescricional seria necessário, porém, observar a suspensão da pena — de sua concessão até sua revogação —, período em que a prescrição também estaria suspensa. Assim, iniciada a contagem em setembro de 2005, suspensão em fevereiro de 2006, e retomada em fevereiro de 2007, a prescrição da pretensão executória somente ocorreria, em princípio, em outubro de 2014. Assinalou que, pela legislação penal de origem, o prazo de prescrição da pretensão executória, também de oito anos, só se teria iniciado na data em que se tornara definitiva a revogação da suspensão da execução da pena, e deveria ser contado somente a partir de fevereiro de 2007, ocasião em que fora determinada a revogação do benefício. Por fim, determinou o imediato recolhimento do extraditandado com direito a detração do tempo em que estivera preso no Brasil por força do pedido de extradição. (Ext 1254/Romênia, rel. Min. Teori Zavascki, j. 29.4.2014)

Possibilidade de revogação da decisão de extinção de punibilidade se fundada em certidão de óbito falsa

A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. (STF. HC 84.525, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 16-11-1994, 2ª T, DJ de 3-12-2004.)

A prescrição dos crimes eleitorais é regida pelas disposições do Código Penal

O regime jurídico da prescrição penal, em tema de delitos eleitorais, submete-se aos princípios e às normas gerais constantes do Código Penal (CP, art. 12). Sendo omissis o Código Eleitoral (CE, art. 287), a disciplina jurídica concernente tanto à prescrição da pretensão punitiva quanto à prescrição da pretensão executória do Estado encontra na legislação penal comum o seu específico estatuto de regência. (STF. HC 103.829, rel. min. Celso de Mello, j. 15-9-2010, P, DJE de 26-6-2013)

Impossibilidade da prescrição antecipada

É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. (Súmula nº 438 do STJ)

Interrupção de prescrição de pretensão punitiva em crimes conexos

Informativo nº 568 do STJ: No caso de crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo, havendo sentença condenatória para um dos crimes e acórdão condenatório para o outro delito, tem-se que a prescrição da pretensão punitiva de ambos é interrompida a cada provimento jurisdicional (art. 117, § 1º, do CP). De antemão, salienta-se que o art. 117, IV, do CP enuncia que: “O curso da prescrição interrompe-se: IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”. Nesse contexto, é importante ressaltar que, se a sentença é condenatória, o acórdão só poderá ser confirmatório ou absolutório, assim como só haverá acórdão condenatório no caso de prévia sentença absolutória. Na hipótese, contudo, os crimes são conexos, o que viabilizou a ocorrência, no mesmo processo, tanto de uma sentença condenatória quanto de um acórdão condenatório. Isso porque a sentença condenou por um crime e absolveu por outro, e o acórdão reformou a absolvição. Ressaltado isso, enfatiza-se que a prescrição não é contada separadamente nos casos de crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo. Ademais, para efeito de prescrição, o art. 117, § 1º, do CP dispõe que: “[...] Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles”. Portanto, observa-se que, a despeito de a sentença ter sido em parte condenatória e em parte absolutória, ela interrompeu o prazo prescricional de ambos os crimes julgados. Outrossim, o acórdão, em que pese ter confirmado a condenação perpetrada pelo Juiz singular, também condenou o agente – que, até então, tinha sido absolvido – pelo outro crime, de sorte que interrompeu, novamente, a prescrição de ambos os delitos conexos. Precedente citado do STF: (HC 71.983-SP, 2ª T, DJ 31/5/1996. RHC 40.177-PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/8/2015, DJe 1º/9/2015).

Denúncia é recebida (marco interruptivo da prescrição) com o acórdão que provê recurso contra rejeição da denúncia, salvo se a decisão de primeiro grau for nula

Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela. (Súmula nº 709 do STF)

O termo inicial do prazo prescricional do crime previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 é a data da entrega de declaração pelo

próprio contribuinte, e não a inscrição do crédito tributário em dívida ativa

Informativo 511 do STJ: Sexta Turma. DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. O termo inicial do prazo prescricional do crime previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 é a data da entrega de declaração pelo próprio contribuinte, e não a inscrição do crédito tributário em dívida ativa. Segundo a jurisprudência do tribunal (Súm. n. 436/STJ), “a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco”. A simples apresentação pelo contribuinte de declaração ou documento equivalente nos termos da lei possui o condão de constituir o crédito tributário, independentemente de qualquer outro tipo de procedimento a ser executado pelo Fisco. Assim, em razão de o crédito já estar constituído, é da data da entrega da declaração que se conta o prazo prescricional do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. HC 236.376-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/11/2012.

Constitucionalidade da limitação da prescrição penal retroativa

Informativo nº 771 do STF: Plenário. É constitucional o art. 110, § 1º, do CP (“§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”), na redação dada pela Lei 12.234/2010. Essa a conclusão do Plenário que, por maioria, denegou “habeas corpus” em que se pleiteava o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em favor do paciente, na modalidade retroativa, entre a data do fato e o recebimento da denúncia, diante da pena em concreto aplicada, por decisão transitada em julgado para a acusação. No caso, ele fora condenado à pena de um ano de reclusão, como incurso nas sanções do art. 240 do CPM (furto). Alegava-se que a citada inovação legislativa teria praticamente eliminado as possibilidades de se reconhecer a prescrição retroativa, e que o direito à prescrição seria qualificado, implicitamente, como um dos direitos fundamentais dos cidadãos pela Constituição. O Colegiado realizou retrospectiva histórica a respeito da prescrição retroativa na legislação pátria, a culminar na alteração promovida pela Lei 12.234/2010. O dispositivo do art. 110 do CP, antes do advento da mencionada lei, tratava da prescrição calculada pela pena concretamente fixada na sentença condenatória, desde que houvesse trânsito em julgado para a acusação ou desde que improvido seu recurso. A Corte consignou que a diferença entre a prescrição retroativa e a intercorrente residiria no fato de esta ocorrer entre a publicação da

sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa; e aquela seria contada da publicação da decisão condenatória para trás. A prescrição seria novamente computada, pois, antes, tivera seu prazo calculado em função da maior pena possível e, depois, seria verificada de acordo com a pena aplicada na sentença. Por essa razão, se o julgador constatasse não ocorrida a prescrição com base na pena concreta entre a publicação da sentença condenatória e o acórdão, passaria imediatamente a conferir se o novo prazo prescricional, calculado de acordo com a pena concreta, teria ocorrido entre: a) a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa; b) o recebimento da denúncia ou queixa e a pronúncia; c) a pronúncia e sua confirmação por acórdão; d) a pronúncia ou o seu acórdão confirmatório e a sentença condenatória; e e) o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória, no caso de crimes não dolosos contra a vida. Essa modalidade de prescrição seria denominada “retroativa” porque contada para trás, da condenação até a pronúncia ou recebimento da denúncia ou queixa, conforme a espécie de crime. Com a promulgação da nova lei, a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, seria regulada pela pena aplicada, e não poderia ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Desse modo, fora vedada a prescrição retroativa incidente entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa. Nesse contexto, não se operaria a prescrição retroativa durante a fase do inquérito 130 policial ou da investigação criminal, período em que ocorrida a apuração do fato, mas poderia incidir a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima em abstrato. Ademais, a norma não retroagiria, para não prejudicar autores de crimes cometidos antes de sua entrada em vigor. HC 122694/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 10.12.2014.

O acórdão confirmatório de sentença condenatória é marco interruptivo da prescrição

HABEAS CORPUS. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE INTERROMPE O CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. (...). 1. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal. Acrescente-se que a decisão proferida pelo Tribunal em sede de apelação substitui a sentença recorrida, consoante reiteradamente proclamado em nossa legislação processual (art. 825 do CPC/1939; art. 512 do CPC/1973; art. 1.008 do CPC/2015). Entendimento firmado à unanimidade pela Primeira Turma. (...) 3. Habeas corpus denegado. (STF. HC 138.086, rel. Min. Marco Aurélio, j.19/09/2017).

10 - Homicídio doloso e júri

A) Tipificação e pena

Gravidade do homicídio

“O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primitivas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animalescos. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.” (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol.5. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.25.)

Dolo eventual é compatível com a forma tentada

Esta Corte Superior de Justiça já se posicionou no sentido da compatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado. (AgRg no REsp 1199947/DF, Rel. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 17/12/2012) (STJ. AgRg no AREsp 608.605, Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T, j. 28/04/2015, DJe 07/05/2015)

Dolo eventual é compatível com qualificadoras do homicídio

Pretendida exclusão da qualificadora do motivo torpe (CP, art. 121, § 2º, I). Suposta incompatibilidade com o reconhecimento de dolo eventual (CP, art. 18, I, in fine). Inexistência. Adoção, no ponto, da técnica da motivação per relationem. Legitimidade constitucional. (STF. RHC 92.571, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30-6-2009, 2ª T, DJE de 28-2-2014)

Informativo nº 339 do STJ: No caso, o denunciado, ao conduzir seu veículo à velocidade de 165 Km/h, colidiu com o veículo da vítima, que trafegava à sua frente, provocando sua morte. Para o Min. Relator, ainda que a qualificadora de "perigo comum" (art. 121, § 2º, III, do CP) possa, em tese, ocorrer na hipótese de homicídio informado por dolo eventual no trânsito automotivo, na hipótese, todavia, revela-se adequada a sua exclusão pela sentença de pronúncia e pelo acórdão que a confirmou, tratando-se, portanto, de qualificadora improcedente. Mas, para o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, voto-vencedor, pela verificação objetiva

da ação praticada pelo agente - conduzir um veículo em via pública a 165 Km/h -, é evidentemente, causador de perigo comum. Observou que a inclusão da qualificadora do perigo comum não impede que o Tribunal do Júri a exclua, mas a não-inclusão impede que o Tribunal do Júri a acrescente. E concluiu preservar a denúncia e, principalmente, preservar a soberania do Tribunal do Júri de excluir a qualificadora, se achar que deva, e dar provimento ao recurso do Ministério Público, porque a descrição da conduta, embora sumária, breve, revela-se suficientemente completa para permitir a conclusão de que a conduta praticada pelo agente produziu esse perigo comum. REsp 912.060-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Rel. para acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/11/2007.

O paciente, médico-cirurgião plástico, foi denunciado pelo exercício ilegal da medicina (CP, art. 282, parágrafo único) e dois homicídios qualificados (CP, art. 121, § 2º, I e IV), decorrentes de dolo eventual. Foi pronunciado sem as qualificadoras. Diante disso, o Min. Relator, invocando precedentes deste Superior Tribunal, esclareceu não haver, no crime de homicídio, incompatibilidade entre o dolo eventual e o motivo fútil. E acrescentou que há conceitos de ordem jurisprudencial e de caráter doutrinário segundo os quais não são antinômicos o dolo eventual e as qualificadoras do homicídio, assumindo a posição a favor da compatibilidade, pois, na denúncia, teve-se por evidente a qualificadora - pelo fato tão-só de ter o médico omitido no seu carimbo as iniciais do Estado. Mas, votou pela concessão, em parte, da ordem, com o intuito de excluir das peças processuais a qualificadora relativa ao inciso IV do § 2º do art. 121 do CP não existente no caso. Explicitou-se não implicar nulidade do processo. A ação penal há de ter seqüência, prosseguimento normal. Só que, onde se lê algo relativo à qualificadora do inciso IV, doravante nada se lerá, simplesmente ela não será exposta aos jurados e nem sobre ela perguntados. Isso posto, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por unanimidade, concedeu em parte a ordem. Precedentes citados: REsp 365-PR, DJ 10/10/1989; REsp 57.586-PR, DJ 25/9/1995; REsp 192.049-DF, DJ 1º/3/1999, e HC 36.714-SP, DJ 1º/7/2005. HC 58.423-DF, Rel. Min. Nilson Naves, j. 24/4/2007.

Possibilidade de reconhecimento de homicídio com dolo eventual no caso de acidente de trânsito com motorista alcoolizado e em alta velocidade

(...) depreende-se da decisão de pronúncia, a existência de indícios suficientes de autoria em relação aos crimes dolosos de homicídio e lesão corporal, visto que diversas testemunhas afirmaram que o paciente dirigia seu veículo em alta velo-

cidadee, após o atropelamento, aparentava estar alcoolizado. No caso em tela, de acordo com o que consta da denúncia, o paciente aceitou o risco de produzir o resultado típico no momento em que resolveu dirigir seu automóvel em velocidade excessiva, sob o efeito de bebida alcoólica e substância entorpecente. (STF. HC 97.252, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 23-6-2009, 2ª T, DJE de 4-9-2009)

Informativo nº 469 do STJ: Trata-se de acidente de trânsito fatal com duas vítimas e quatro lesões corporais - segundo consta dos autos, o recorrente, no momento em que colidiu com outro veículo, trafegava em alta velocidade e sob a influência de álcool. Por esse motivo, foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 121, caput, por duas vezes e 129 por quatro vezes, ambos do CP, e pronunciado para ser submetido a julgamento no tribunal do júri. Ressalta o Min. Relator que o dolo eventual imputado ao recorrente com submissão ao júri deu-se pela soma de dois fatores: o suposto estado de embriaguez e o excesso de velocidade. Nesses casos, explica, o STJ entende que os referidos fatores caracterizariam, em tese, o elemento subjetivo do tipo inerente aos crimes de competência do júri popular. Ademais, a atribuição de indícios de autoria e da materialidade do delito foi fundamentada nas provas dos autos, não sendo possível o reexame em REsp (óbice da Súm. n. 7-STJ). Quanto à desclassificação do delito de homicídio doloso para o crime previsto no art. 302 do CTB - conforme a alegação da defesa, não está provada, nos autos, a ocorrência do elemento subjetivo do tipo (dolo) -, segundo o Min. Relator, faz-se necessário aprofundado exame probatório para ser reconhecida a culpa consciente ou o dolo eventual, pois deve ser feita de acordo com as provas colacionadas. Assim, explica que, além da vedação da citada súmula, conforme a jurisprudência, entende-se que, de acordo com o princípio do juiz natural, o julgamento sobre a ocorrência de dolo eventual ou culpa consciente deve ficar a cargo do tribunal do júri, constitucionalmente competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Dessa forma, a Turma negou provimento ao recurso, considerando que não houve ofensa aos arts. 408 e 74, § 1º, do CPP nem ao art. 302, parágrafo único, V, da Lei n. 9.503/1997, diante de indícios suficientes de autoria e da materialidade delitiva. Quanto à reavaliação desses elementos, isso não seria possível em REsp, pois incide a citada súmula, bem como não cabe o exame de dispositivo da CF. Precedentes citados: HC 118.071-MT, DJe 1º/2/2011; REsp 912.060-DF, DJe 10/3/2008; HC 26.902-SP, DJ 16/2/2004; REsp 658.512-GO, DJe 7/4/2008; HC 36.714-SP, DJ 1º/7/2005; HC 44.499-RJ, DJ 26/9/2005; HC 91.397-SP, DJe 15/12/2008, e HC 60.942-GO, DJ 29/10/2007. REsp 1.224.263-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12/4/2011.

Informativo nº 480 do STJ: O paciente foi pronunciado pela suposta prática de crime doloso contra a vida (art. 121, caput, do CP), uma vez que deu causa a acidente automobilístico quando dirigia em velocidade excessiva e embriagado, o que resultou a morte de uma pessoa. A Turma denegou a ordem ao entender que a decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessária à prolação de uma sentença condenatória, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade, a teor do art. 413 do CPP. Afirmar se o recorrente agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada de acordo com a narrativa dos fatos expostos na denúncia, com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido, no âmbito do devido processo legal, pelo tribunal do júri, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta neste Superior Tribunal. Precedentes citados: HC 118.071-MT, DJe 1º/2/2011; HC 91.397-SP, DJe 15/12/2008; HC 60.942-GO, DJ 29/10/2007, e REsp 912.060-DF, DJe 10/3/2008. HC 199.100-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 4/8/2011.

Possibilidade de homicídio com dolo eventual no caso de “racha”

O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP). Das várias teorias que buscam justificar o dolo eventual, sobressai a teoria do consentimento (ou da assunção), consoante a qual o dolo exige que o agente consinta em causar o resultado, além de considerá-lo como possível. A questão central diz respeito à distinção entre dolo eventual e culpa consciente que, como se sabe, apresentam aspecto comum: a previsão do resultado ilícito. No caso concreto, a narração contida na denúncia dá conta de que o paciente e o corréu conduziam seus respectivos veículos, realizando aquilo que coloquialmente se denominou “pega” ou “racha”, em alta velocidade, em plena rodovia, atingindo um terceiro veículo (onde estavam as vítimas). Para configuração do dolo eventual, não é necessário o consentimento explícito do agente nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente. O dolo eventual não poderia ser descartado ou julgado inadmissível na fase do iudicium accusationis. (STF. HC 91.159, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2-9-2008, 2ª T, DJE de 24-10-2008). No mesmo sentido, STF. HC

115.352, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16-4-2013, 2ª T, DJE de 30-4-2013, STF. HC 101.698, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18-10-2011, 1ª T, DJE de 30-11-2011.

Possibilidade de homicídio com dolo eventual qualificado pelo perigo comum em caso de velocidade excessiva em área movimentada

Não se permite ao Juiz, na sentença de pronúncia (art. 408 do CPP), excluir qualificadora de crime doloso contra a vida (dolo eventual), constante da Denúncia, eis que tal iniciativa reduz a amplitude do juízo cognitivo do Tribunal do Júri Popular, albergado na Constituição Federal; tal exclusão somente se admite quando a qualificadora for de manifesta e indiscutível impropriedade ou descabimento. Lições da doutrina jurídica e da Jurisprudência dos Tribunais do País. 2. Caracteriza-se o dolo do agente, na sua modalidade eventual, quando este pratica ato do qual pode evidentemente resultar o efeito lesivo (neste caso, morte), ainda que não estivesse nos seus desígnios produzir aquele resultado, mas tendo assumindo claramente, com a realização da conduta, o risco de provocá-lo (art. 18, I do CPB). 3. O agente de homicídio com dolo eventual produz, inequivocamente, perigo comum (art. 121, § 2o., III do CPB), quando, imprimindo velocidade excessiva a veículo automotor (165 km/h), trafega em via pública urbana movimentada (Ponte JK) e provoca desastre que ocasiona a morte do condutor de automóvel que se deslocava em velocidade normal, à sua frente, abalroando-o pela sua parte traseira. (STJ). REsp 912.060/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., julgado em 14/11/2007, DJe 10/03/2008)

Recusa de atendimento médico reiterada e injustificada pode caracterizar dolo eventual

Crime de competência do tribunal do júri. Recusa reiterada e injustificada de atendimento médico à pessoa gravemente enferma. Dolo eventual. Tribunal do júri. Reapreciação de material probatório. Denegação. (...) Para configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente. Na realidade, o dolo eventual não poderia ser descartado ou julgado inadmissível na fase do iudicium accusationis. A tese da inépcia da denúncia e do aditamento, à evidência, não

se sustenta, eis que foram preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP, inclusive em razão da observância dos atos previstos no art. 384, parágrafo único, do CPP, por força do aditamento à denúncia. (...) no curso da instrução, sobrevieram novos elementos de prova que apontaram para a ocorrência de possível dolo eventual na conduta do paciente. Assim, no segundo momento (o do aditamento à denúncia), descreveu-se a conduta de o paciente haver se recusado, por duas vezes, em dias consecutivos, a atender à vítima que já apresentava sérios problemas de saúde, limitando-se a dizer para a avó da vítima que a levasse de volta para casa e somente retornasse quando o médico pediatra tivesse retornado de viagem. (...) Somente é possível o trancamento da ação penal quando for evidente o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, não havendo qualquer dúvida acerca da atipicidade material ou formal da conduta, ou a respeito da ausência de justa causa para deflagração da ação penal. Não é a hipótese, competindo ao juiz natural que é o tribunal do júri a avaliação da existência de elementos suficientes para o reconhecimento da prática delitiva pelo paciente na modalidade de homicídio sob a modalidade do dolo eventual. (STF. HC 92.304, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 5-8-2008, 2ª T, DJE de 22-8-2008.)

Matar mulher que se sabe estar grávida também configura o crime de aborto

“Matar mulher que sabe estar grávida configura também o crime de aborto, verificando-se, no mínimo, dolo eventual; nessa hipótese, o agente responde, em concurso formal, pelos crimes de homicídio e aborto. Se houver desígnios autônomos, isto é, a intenção de praticar os dois crimes, o concurso formal será impróprio, aplicando-se cumulativamente a pena dos dois crimes; caso contrário, será próprio e o sistema de aplicação será o da exasperação.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal – Parte especial, v. 2, p. 165 apud CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.99-100).

Superioridade numérica de agressores caracteriza qualificadora de recurso que dificultou a defesa da vítima

Júri. Decisão de pronúncia. Crime de homicídio duplamente qualificado. Pretendida exclusão das qualificadoras. Afastamento das qualificadoras, pelo magistrado pronunciante, somente quando manifestamente improcedentes ou inocorrentes. (...) Superioridade numérica de agressores. Configuração como qualificadora,

por caracterizar utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima (...). (STF. HC 71.680, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14-3-1995, 1ª T, DJE de 6-11-2009.)

Incidência da qualificadora do motivo torpe em relação ao mandante de homicídio mercenário

Informativo nº 575 do STJ: O reconhecimento da qualificadora da “paga ou promessa de recompensa” (inciso I do § 2º do art. 121) em relação ao executor do crime de homicídio mercenário não qualifica automaticamente o delito em relação ao mandante, nada obstante este possa incidir no referido dispositivo caso o motivo que o tenha levado a empreitar o óbito alheio seja torpe. De fato, no homicídio qualificado pelo motivo torpe consistente na paga ou na promessa de recompensa (art. 121, § 2º, I, do CP) – conhecido como homicídio mercenário – há concurso de agentes necessário, na medida em que, de um lado, tem-se a figura do mandante, aquele que oferece a recompensa, e, de outro, há a figura do executor do delito, aquele que aceita a promessa de recompensa. É bem verdade que nem sempre a motivação do mandante será abjeta, desprezível ou repugnante, como ocorre, por exemplo, nos homicídios privilegiados, em que o mandante, por relevante valor moral, contrata pistoleiro para matar o estuproador de sua filha. Nesses casos, a circunstância prevista no art. 121, § 2º, I, do CP não será transmitida, por óbvio, ao mandante, em razão da incompatibilidade da qualificadora do motivo torpe com o crime privilegiado, de modo que apenas o executor do delito (que recebeu a paga ou a promessa de recompensa) responde pela qualificadora do motivo torpe. Entretanto, apesar de a “paga ou promessa de recompensa” (art. 121, § 2º, I, do CP) não ser elementar, mas sim circunstância de caráter pessoal do delito de homicídio, sendo, portanto, incomunicável automaticamente a coautores do homicídio, conforme o art. 30 do CP (REsp 467.810-SP, Quinta Turma, DJ 19/12/2003), poderá o mandante responder por homicídio qualificado pelo motivo torpe caso o motivo que o tenha levado a empreitar o óbito alheio seja abjeto, desprezível ou repugnante. (REsp 1.209.852-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 15/12/2015, DJe 2/2/2016).

Anterior discussão entre a vítima e o autor do homicídio, por si só, não afasta a qualificadora do motivo fútil

Informativo nº 525 do STJ: A anterior discussão entre a vítima e o autor do homicídio, por si só, não afasta a qualificadora do motivo fútil. Precedente citado: AgRg no AREsp 31.372-AL, Sexta Turma, DJe 21/3/2013; AgRg no AREsp 182.524-DF,

Quinta Turma, DJe 17/12/2012. (STJ. AgRg no REsp 1.113.364-PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 5ª T, DJe 21/8/2013).

Compatibilidade do motivo fútil com a embriaguez

1. *Pela adoção da teoria da actio libera in causa (embriaguez preordenada), somente nas hipóteses de ebriez decorrente de "caso fortuito" ou "forma maior" é que haverá a possibilidade de redução da responsabilidade penal do agente (culpabilidade), nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 28 do Código Penal.* 2. *Em que pese o estado de embriaguez possa, em tese, reduzir ou eliminar a capacidade do autor de entender o caráter ilícito ou determinar-se de acordo com esse entendimento, tal circunstância não afasta o reconhecimento da eventual futilidade de sua conduta. Precedentes do STJ.* (STJ. REsp 908.396/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 03/03/2009, DJe 30/03/2009)

Cabe ao Conselho de Sentença decidir se o ciúme qualifica o crime

2. *Segundo a exordial acusatória, a qualificadora do motivo fútil estaria caracterizada em razão de a agravante ter cometido o crime por ciúmes da vítima, visto que ele estaria namorando uma adolescente ao mesmo tempo em que mantinha um relacionamento com a acusada.* 3. *Se, de um lado, não há consenso doutrinário nem jurisprudencial acerca da possibilidade de o ciúme configurar a qualificadora do motivo fútil, de outro, não é admissível ao Tribunal de origem emitir qualquer juízo de valor, na fase do iudicium accusationis, acerca da motivação do crime de homicídio expressamente narrada na denúncia.* 4. *Isso porque, como é sabido, somente podem ser excluídas da sentença de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes ou incabíveis, o que não se vislumbra na hipótese dos autos.* 5. *Assim, compete ao Conselho de Sentença decidir se o referido sentimento, no caso concreto, configura a qualificadora do motivo fútil, prevista no art. 121, § 2º, II, do Código Penal.* (STJ. AgRg no AREsp 630.056/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., j. 02/06/2015, DJe 15/06/2015)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE. DECOTE DA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO TRIBUNAL DO JÚRI. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. *Cabe ao Tribunal do Júri decidir, no caso em concreto, se o ciúme, pelo inconformismo de estar a vítima se relacionando amorosamente com a antiga companheira do agravante, configura*

ou não a qualificadora de motivo torpe. 2. O Superior Tribunal de Justiça entende que, ao se prolatar a decisão de pronúncia, as qualificadoras somente podem ser afastadas quando se revelarem manifestamente improcedentes, o que não é o caso dos autos (precedentes.) 3. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AREsp 827875, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, J.22/09/2016, DJE 28/09/2016).

As circunstâncias para fixação da fração de diminuição no homicídio privilegiado são independentes das circunstâncias judiciais favoráveis

A diminuição da pena em virtude do reconhecimento do homicídio privilegiado nada tem a ver com a redução operada face às circunstâncias judiciais favoráveis. O juiz, ao aplicar a causa de diminuição do § 1º do art. 121 do CP, valorou a relevância do motivo de valor social, a intensidade da emoção e o grau de provocação da vítima, concluindo, fundamentadamente, pela diminuição da pena em apenas 1/6. (STF. HC 93.242, Rel. Min. Eros Grau, j. 26-2-2008, 1ª T, DJE de 25-4-2008)

Possibilidade da imputação do homicídio e do porte de arma

Embora seja admissível, não se revela possível, in casu, a aplicação do princípio da consunção, porquanto a conduta de portar a arma de um lado, e a tentativa de homicídio de outro, ao que se tem, decorrem de desígnios autônomos não se verificando a relação de meio-fim que autoriza a absorção de uma figura típica pela outra. (STJ. HC 101.127/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 02/10/2008, DJe 10/11/2008)

A emoção e a paixão não influenciam a responsabilização criminal

“A emoção e a paixão integram a psicologia do homem normal, e não eliminam a sua capacidade de entender a ilicitude do fato ou de comportar-se de acordo com tal entendimento, a menos que se trate de estados patológicos, nos quais se aplicam o art.26 e seu parágrafo único”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 16ª ed. Atualizador: Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.250).

“A emoção perturba os sentidos, mas não altera a capacidade de compreensão do significado valorativo dos próprios atos. Se a emoção é momentânea, a paixão pode constituir em uma emoção contínua que pode levar ao paroxismo, mas, de

qualquer forma, não vem a constituir doença mental ou um psicopatia". (REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.212).

Homicídio e tentativa de suicídio do autor

"O acusado está sendo julgado pelo homicídio, e não pela tentativa de suicídio. Esta indica não inconsciência, mas consciência do horror do próprio ato. Para ele o assassino só admitiu a pena de morte. E tentou matar-se. O Ministério Público, de acordo com a lei, não pede tanto." (LYRA, Roberto. Como Julgar, como defender, como acusar. Líder: Belo Horizonte, 2010, p.106).

Não existe, propriamente, "homicídio passional"

"O verdadeiro passional não mata. O amor é, por natureza e por finalidade, criador, fecundo, solidário, generoso. Ele é cliente das pretorias, das maternidades, dos lares, e não dos necrotérios, dos cemitérios, dos manicômios. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao bancodos réus. Para os fins da responsabilidade, a lei considera apenas o momento do crime. E nele o que atua é o ódio." (LYRA, Roberto. Como Julgar, como defender, como acusar. Líder: Belo Horizonte, 2010, p.111).

O Júri é instituição de Justiça, não de caridade

"O Júri não é instituição de caridade, mas de justiça. Não enxuga lágrimas integradas no passivo do crime, mas o sangue derramado na sociedade." (LYRA, Roberto. Como Julgar, como defender, como acusar. Líder: Belo Horizonte, 2010, p.112).

"Se alguém merece piedade não é quem mata, mas quem morre. Seja qual for a culpa da vítima, é sempre menor do que a do réu. Tem autoridade para pedir benevolência o culpado que, arvorando-se em juiz, puniu o inocente com a morte?" (LYRA, Roberto. Como Julgar, como defender, como acusar. Líder: Belo Horizonte, 2010, p.121).

Importância social da punição

"Punir é mater os laços de coexistência social, equilibrar o sistema da vida coletiva, tranquilizar o meio, intimidar os predispostos, evitar a iniquidade para os sentenciados, proteger o réu contra o desespero dos que ficaram com o coração

em crepe.” (LYRA, Roberto. Como Julgar, como defender, como acusar. Líder: Belo Horizonte, 2010, p.122).

Existência de mais de uma qualificadora permite utilizar uma para qualificar o crime e as demais para aumentar a pena-base

Havendo mais de uma qualificadora, é legal a consideração de uma delas como circunstância judicial e a consequente fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal do crime de homicídio qualificado. Do contrário, seriam apenas igualmente fatos ofensivamente diversos, crimes praticados com incidência de uma só qualificadora e aqueles praticados com duas ou mais qualificadoras. (STF. HC 95.157, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 16-11-2010, 2ª T, DJE de 1º-2-2011.)

B) Processo

Possibilidade de execução provisória imediata da pena imposta no julgamento pelo Tribunal do Júri

Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.” (STF. HC 118.770, 1ª T., Rel. Min. Roberto Barroso, j. 07-03-2017, public. 24-04.2017)

Exclusão de qualificadoras na pronúncia somente quando totalmente incompatíveis com as provas

As qualificadoras do crime de homicídio só podem ser afastadas pela sentença de pronúncia quando totalmente divorciadas do conjunto fático-probatório dos autos, sob pena de usurpar-se a competência do juiz natural, qual seja, o tribunal do júri. (STF. HC 97.230, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17-11-2009, 1ª T, DJE de 18-12-2009)

Júri. Decisão de pronúncia. Crime de homicídio duplamente qualificado. Pretendida exclusão das qualificadoras. Afastamento das qualificadoras, pelo magistrado pronunciante, somente quando manifestamente improcedentes ou inócenas. (...) Superioridade numérica de agressores. Configuração como qualificadora, por caracterizar utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima (...). (STF. HC 71.680, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14-3-1995, 1ª T, DJE de 6-11-2009.)

A exclusão de qualificadora imputada ao réu na denúncia somente pode ser feita pelo juiz da pronúncia se manifestamente descabida, nunca se, para tanto, há necessidade de exame valorativo dos fatos, sob pena de usurpar competência do Tribunal do Júri. Ainda que não se dispense fundamentação da sentença de pronúncia quanto ao acolhimento das qualificadoras, deve o juiz fazê-lo em linguagem comedida, de modo a não influenciar os juízes leigo quando do julgamento, hipótese ocorrida no caso, pelo que inócena a alegada nulidade por falta de motivação. (STJ. HC 27.483, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. j. 12.08.2003, RSTJ 175/508).

As qualificadoras constantes da denúncia, em crime de competência do Tribunal do Júri, só podem ser excluídas na decisão de pronúncia se manifestamente improcedentes e de todo descabidas: caso contrário, deverão permanecer, a fim de que o Tribunal Popular, que é o juiz natural da causa, sobre elas se manifeste. (TJ/SP, 1.ª C., RSE 387.808-3/2, Rel. Des. Raul Motta, j. 25.02.2002).

Absolvição sumária, quando da pronúncia, demanda prova incontestável

1. A Constituição Federal conferiu ao Tribunal do Júri a competência para julgar crimes dolosos contra a vida e lhe assegurou a soberania dos veredictos. Assim, em respeito ao princípio do juiz natural, somente é cabível a absolvição sumária

ria, na firme compreensão da jurisprudência e doutrina pátrias, quando houver prova unívoca da excludente, o que não é o caso dos autos, em que foi necessário um amplo e minudente estudo das provas constantes dos autos, para certificar-se das controvérsias quanto às circunstâncias do crime e para afastar um possível excesso injustificável na ação dos policiais civis. 2. Diante de incertezas a respeito da dinâmica dos fatos, não é facultado a Justiça togada dirimi-las, visto que a competência para tanto é do juiz natural da causa, vale dizer, do Tribunal do Júri. (STJ. REsp 1371179, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, j. 03/12/2015, DJe 15/12/2015)

PRONÚNCIA - Homicídio doloso - Absolvição sumária pretendida sob a alegação de legítima defesa - Admissão somente quando estiver límpida e cristalina-mente provada - Reconhecimento, apenas, da legitimidade da conduta, nesta fase do feito - Decisão de pronúncia que admite a acusação e não a responsabilidade do agente - Mero juízo de Admissibilidade - Tese de legítima defesa que deverá ser apreciada pelo Tribunal do Júri - Impossibilidade de absolvição sumária - Decisão mantida - Recurso não provido. (TJ/SP. Recurso em Sentido Estrito n. 300.492-3, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. Debatin Cardoso, j. 23.03.00 - V.U.)

JÚRI - Pronúncia - Recurso em Sentido Estrito - Homicídio tentado - Pretendida absolvição sumária - Alegada legítima defesa, porém não demonstrada suficientemente - Impossibilidade de reconhecimento - Apenas a certeza da excludente autoriza a absolvição - Julgamento de competência do Júri - Tese alternativa da desclassificação para lesões corporais - Não acolhimento - Alegada ausência do animus necandi não demonstrada cabalmente - Fase de pronúncia onde vigora o princípio do in dubio pro societate - Recurso improvido. (TJ/SP. RESE n.º 226.589-3, 4ª Câmara Criminal de Julho/98 - Rel. Des. Passos de Freitas - j. 23.07.98 - V.U.)

A oitiva da vítima em plenária não é imprescindível

1. De acordo com o artigo 201 do Código de Processo Penal, depreende-se que a oitiva da vítima, embora recomendável, não é imprescindível para a validade da ação penal. 2. Na hipótese dos autos, apenas o Ministério Público arrolou a vítima para ser ouvida em plenário, não tendo esta comparecido à sessão de julgamento em razão de estar residindo no exterior, o que fez com que o órgão acusatório desistisse de sua inquirição, com o que concordou o assistente de acusação. 3. A vítima foi arrolada para depor apenas pelo Ministério Público, o que revela que a sua dispensa não depende da concordância do réu, consoante já decidiu

esta Corte Superior de Justiça. Precedente. 4. Não tendo a defesa indicado a vítima para ser ouvida em plenário, não pode agora alegar que a sua presença seria essencial para o deslinde da controvérsia, e que não a teria arrolado porque o Ministério Público já o teria feito. Incidência da norma contida no artigo 565 do Código de Processo Penal. (STJ. RHC 47.452/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j.05/08/2014, DJe 14/08/2014)

Não há usurpação de competência do corpo de jurados quando há indeferimento de diligência considerada, pelo Juiz presidente, protelatória ou desnecessária

A teor do que dispõe o art. 497, IV e XI, do CPP, não há falar em usurpação da competência do corpo de jurados o indeferimento de diligência formulada pela defesa e considerada, pelo juiz presidente, protelatória e desnecessária, sobretudo quando não há notícia de inconformismo por parte de algum membro do Conselho de Sentença. (STF. HC 110.002, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 9-12-2014, 2ª T, DJE de 19-12-2014.)

Não alegado impedimento em plenário de jurado, nos termos do artigo 448 do CPP, e ocorre a preclusão

A norma especial contida no art. 448 do CPP veda expressamente a participação de marido e mulher no mesmo Conselho de Sentença. Realizado o sorteio dos jurados na forma e com a antecedência exigidas pela legislação, eventual arguição de suspeição ou impedimento deve ser feita em Plenário, sob pena de preclusão. (STF. HC 119.505, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 19-8-2014, 1ª T, DJE de 30-10-2014.)

Não gera nulidade o pronunciamento de jurados sobre matéria alheia ao processo

Pronunciamento dos jurados a respeito de matéria alheia ao processo não constitui nulidade. (STF. RHC 119.815, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25-2-2014, 1ª T, DJE de 18-3-2014.)

Possibilidade de exibição de organograma, fluxograma ou datashow em plenário sem observar o art. 479 do CPP

1. Havendo relação dos fatos com a mídia exibida perante o Tribunal do Júri, não se há falar em sua impertinência. 2. Ao juiz é dado negar o pedido de perícia re-

querida pelas partes quando não se mostrar necessária ao esclarecimento da verdade, salvo o caso de exame de corpo de delito, conforme preceitua o art. 184 do CPP. (...) 4. Não configura vilipêndio ao artigo 479 do Código de Processo Penal o fato de o Representante do Ministério Público ter utilizado a apresentação em plenário de peças processuais em power point. Tais peças processuais já se encontravam nos autos antes mesmo da sentença de pronúncia, não constituindo documentos novos de modo a exigir a antecedência de 3 dias úteis para sua utilização em plenário. 5. O organograma nada mais é que um roteiro, conferindo maior clareza à exposição dos fatos constantes dos autos, o qual, por óbvio, não configura documento, não sendo necessária assim, a observância de antecedência de 3 dias úteis para a sua juntada e ciência à parte contrária (art. 479, parágrafo único). 6. A utilização de recurso de informática, como o power point, ou a exibição de organograma explicitando de forma sucinta os acontecimentos vislumbrados durante a marcha processual, no plenário, constitui exercício de liberdade de manifestação, de modo a facilitar a inteligência do Conselho de Sentença, não configurando ofensa ao contraditório. (STJ. HC 174.006, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), 6ª T, j. 14/08/2012, DJe 27/08/2012)

Impossibilidade de inovação de tese na tréplica

Esta Corte possui entendimento de que a inovação de tese defensiva na fase de tréplica, no Tribunal do Júri, viola o princípio do contraditório, porquanto impossibilita a manifestação da parte contrária acerca da quaestio. (STJ. AgRg no AREsp 538.496, Rel. Min. Gurgel Faria, 5ª T, j. 18/08/2015, DJe 01/09/2015)

Para o desaforamento basta a dúvida fundada sobre a parcialidade dos jurados

Desaforamento. Dúvida fundada sobre a parcialidade dos jurados. Manifestação favorável de ambas as partes e do juízo local pelo acolhimento da proposta, com indicação de fatos concretos indicativos da parcialidade dos jurados. (...) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, a definição dos fatos indicativos da necessidade de deslocamento para a realização do júri — desaforamento — dá-se segundo a apuração feita pelos que vivem no local. Não se faz mister a certeza da parcialidade que pode submeter os jurados, mas tão somente fundada dúvida quanto a tal ocorrência. A circunstância de as partes e o juízo local se manifestarem favoráveis ao desaforamento, apontando-se fato “notório” na comunidade

de local apto a configurar dúvida fundada sobre a parcialidade dos jurados, justifica o desaforamento do processo (CPP, art. 424). (STF. HC 109.023, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 13-12-2011, 1ª T, DJE de 27-2-2012.)

Pedido de desaforamento fundado na possibilidade de o paciente, ex-prefeito municipal, influenciar jurados admitidos em caráter efetivo na gestão de um dos acusados. Influência não restrita aos jurados, alcançando, também, toda a sociedade da Comarca de Serra/ES. Não é necessária ao desaforamento a afirmação da certeza da imparcialidade dos jurados, bastando o fundado receio de que reste comprometida. (STF. HC 96.785, Rel. Min. Eros Grau, j. 25-11-2008, 2ª T, DJE de 22-5-2009.)

Decisão que analisa e recusa argumentos não tem força de influenciar opinião do tribunal do júri

A decisão que se limita a analisar e recusar os argumentos da defesa não tem a força de influenciar a opinião do tribunal do júri. (STF. RHC 94.608, Rel. Min. Ayres Britto, j. 24-11-2009, 1ª T, DJE de 5-2-2010.)

Ausência de protestos das partes registrado em ata de julgamento inviabiliza a impugnação em razão da ocorrência de preclusão

Júri. Alegada nulidade por suposta inversão na ordem dos quesitos. Ausência de protesto das partes. (...) Os protestos das partes — Ministério Público e acusado — não se presumem. Hão de ser consignados na ata de julgamento (CPP, arts. 494 e 495), que traduz o registro fiel de todas as ocorrências havidas no curso do julgamento perante o plenário do tribunal do júri. A falta de protesto em tempo oportuno, resultante da inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, opera a preclusão de sua faculdade jurídica de reclamar contra eventuais erros ou defeitos ocorridos ao longo do julgamento. (STF. HC 83.107, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19-8-2003, 2ª T, DJ de 11-3-2005.)

Efeito devolutivo da apelação se limita aos fundamentos da interposição

O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição. (Súmula nº 713 do STF.)

Impossibilidade do Tribunal excluir qualificadora votada pelo Conselho de Sentença (necessária a realização de novo Júri)

Sendo a qualificadora do crime matéria submetida ao corpo de jurados, a apelação que a tiver como fundamento deverá ser interposta com base na alínea d do inciso III do art. 593 do CPP, renovando-se o júri em caso de provimento. É que, se o próprio tribunal togado reformasse a sentença, não haveria mera correção de pena, mas desrespeito à decisão dos jurados reconhecedora ou não da tipicidade derivada, com evidente afronta à soberania dos veredictos. (STF. HC 122.320, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24-3-2015, 2ª T, DJE de 3-8-2015.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECOTE DE QUALIFICADORA (MOTIVO TORPE) RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. INADMISSIBILIDADE. OFENSA À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. ART. 121, § 2º, DO CPC E ART. 593, § 3º, DO CPP. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Na hipótese destes autos, o acórdão impugnado, ao excluir a qualificadora do motivo torpe reconhecida pelo Conselho de Sentença, sob o pretexto de ser manifestamente improcedente, acabou por ofender o princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal de 1988) e o disposto no art. 593, III, c e d, e § 3º, do Código de Processo Penal. 2. Muito embora tenha tentado dar ao tópico a aparência de questão de direito, o Tribunal a quo acabou por afirmar a improcedência da referida qualificadora por ausência de descrição - na denúncia - dos contornos fáticos em que teria ocorrido a desavença caracterizadora da torpeza, olvidando que o acusado foi pronunciado após inicial instrução e submetido ao Tribunal do Júri, ocasião em que os jurados puderam se debruçar sobre as alegações e circunstâncias em que se deram os fatos, analisando as teses apresentadas tanto pela acusação como pela defesa, tendo sido respeitado o contraditório e a ampla defesa. 3. Se o Tribunal entende que há dúvida sobre a existência da qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença, outra alternativa não tem senão submeter o acusado a novo julgamento, com fundamento no art. 593, III, d, e § 3º, do CPP, sendo inadmissível apenas o decote da qualificadora, com o ajuste da pena. Precedentes. 4. Afastada a improcedência afirmada pelo órgão julgador a quo, é de se reconhecer a higidez da deliberação do Conselho de Sentença, porquanto lastreada na decisão de pronúncia, que não foi anulada pelo acórdão recorrido, não tendo havido recurso sobre a inclusão da qualificadora, nem à época da prolação do decisum que limitou à acusação, nem após a sentença condenatória. 5. Em suma: a) a qualificadora de motivo torpe foi narrada e tipificada na denúncia, houve sentença de

pronúncia que entendeu por submetê-la ao plenário, foi devidamente quesitada e os jurados votaram pela existência da qualificadora; b) O reconhecimento de qualificadoras, nos termos do artigo 413, §1º, do Código de Processo Penal, é da competência do Tribunal do Júri que goza de soberania de suas decisões nos termos do artigo 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal; c) se é atribuição do Conselho de Sentença votar pela existência (ou não) de uma qualificadora constante da pronúncia, não pode o Tribunal de Justiça, em grau de apelação, decotar a qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença, sob pena de ofender o princípio da soberania dos veredictos e §1º do artigo 413 do CPP; d) Os fundamentos para a anulação de julgamento de júri estão consubstanciados no artigo 593 do Código de Processo Penal e não comporta interpretação extensiva de forma a confrontar a soberana decisão do Conselho de Sentença. 6. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença proferida pelo Conselho de Sentença. (STJ. REsp 1577374, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 28/06/2016, DJE 01/08/2016).

Não há excesso de linguagem ao afirmar que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, em caso de negativa de materialidade do crime com existência de laudo de exame necroscópico

Não há excesso de linguagem no acórdão que, provendo apelação do Ministério Público, conclui que os jurados, ao responderem negativamente ao quesito sobre a materialidade do crime, decidiram de forma manifestamente contrária à prova dos autos, em face do laudo de exame necroscópico. (STF. RHC 123.710, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21-10-2014, 1ª T, DJE de 21-11-2014.)

Leitura de sentença condenatória de corrêu em plenário não acarreta a nulidade da sessão de julgamento

Informativo 774 do STF: 1ª Turma. A leitura, pelo Ministério Público, da sentença condenatória de corrêu proferida em julgamento anterior não gera nulidade de sessão de julgamento pelo conselho de sentença. Com base nesse entendimento, a 1ª Turma negou provimento a recurso ordinário em "habeas corpus" em que discutida a nulidade da sentença condenatória proferida pelo tribunal do júri. Apontava o recorrente que o Ministério Público teria impingido aos jurados o argumento de autoridade, em afronta ao CPP ("Art. 478. Durante os de-

bates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: 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;”). A Turma observou que, embora o STJ não tivesse conhecido do “habeas corpus”, analisara a questão de fundo e, por isso, não estaria caracterizada a supressão de instância. No mérito, asseverou que o art. 478, I, do CPP vedaria que, nos debates, as partes fizessem referência a decisões de pronúncia e às decisões posteriores que julgassem admissível a acusação como argumento de autoridade para prejudicar ou beneficiar o acusado. Apontou que a proibição legal não se estenderia a eventual sentença condenatória de corréu no mesmo processo. Destacou, ainda, a ausência de comprovação de que o documento, de fato, teria sido empregado como argumento de autoridade e do prejuízo insanável à defesa. (RHC 118006/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 10.2.2015.)

Apelação fundada em decisão manifestamente contrária à prova dos autos é constitucional, pois não viola a soberania do veredictos

A soberania dos veredictos do tribunal do júri não é absoluta, submetendo-se ao controle do juízo ad quem, tal como disciplina o art. 593, III, d, do CPP. Conclusão manifestamente contrária à prova produzida durante a instrução criminal configura error in procedendo, a ensejar a realização de novo julgamento pelo tribunal do júri. Não há afronta à norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos do tribunal do júri no julgamento pelo tribunal ad quem que anula a decisão do Júri sob o fundamento de que ela se deu de modo contrário à prova dos autos. Sistema recursal relativo às decisões tomadas pelo tribunal do júri é perfeitamente compatível com a norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos. Juízo de cassação da decisão do tribunal do júri, de competência do órgão de segundo grau do Poder Judiciário (da Justiça Federal ou das justiças estaduais), representa importante medida que visa impedir o arbítrio. A decisão do Conselho de Sentença do tribunal do júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, colidindo com o acervo probatório produzido nos autos de maneira legítima. (STF. HC 88.707, rel. min. Ellen Gracie, j. 9-9-2008, 2ª T, DJE de 17-10-2008.)

Decisão de pronúncia que mantém circunstâncias qualificadoras para exame do Tribunal do Júri não é nula por ausência de fundamentação

Não é desfundamentada a decisão de pronúncia que, de olhos na contextura fática do caso, remete o exame da procedência das circunstâncias qualificadoras

para o tribunal do júri. (STF. RHC 100.526, rel. min. Ayres Britto, j. 9-2-2010, 1ª T, DJE de 12-3-2010.)

Competência do Tribunal do Júri prevalece sobre foro por prerrogativa de função estabelecido por Constituição estadual

A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual. (Súmula Vinculante nº 45 do STF.)

A competência territorial do Tribunal do Júri é relativa

É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a competência territorial do tribunal do júri é relativa e, portanto, sujeita à preclusão se não arguida em momento oportuno. (STF. HC 95.139, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23-9-2008, 1ª T, DJE de 8-5-2009.)

Ausência de protesto do defensor contra a formulação ou votação de quesitos afasta eventual nulidade

Tribunal do júri. (...) O defensor não se insurgiu contra a formulação ou a votação dos quesitos na sessão de julgamento, o que afasta eventual nulidade. (STF. HC 105.391, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 1º-3-2011, 1ª T, DJE de 13-4-2011.)

Possibilidade de complementação do número mínimo de por suplentes de outro plenário do mesmo Tribunal do Júri

(...) HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONVOCAÇÃO DE JURADOS DE OUTRO PLENÁRIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. (...) 2. A complementação do número regular mínimo de quinze jurados, por outros jurados de Plenários do mesmo Tribunal, não enseja nulidade. Precedentes desta Corte. 3. Eventuais nulidades ocorridas em Plenário do Júri devem ser argüidas na primeira oportunidade, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571, VIII, do Código de Processo Penal. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 151729, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 21/05/2015, DJE 29/05/2015).

A ausência do oferecimento das alegações finais em processos de competência do Júri não acarreta nulidade

Informativo nº 399 do STJ: Pleiteia-se, no recurso, que seja declarada a nulidade, por deficiência de defesa, do processo que apura a suposta prática de homicídio qualificado, visto que o defensor constituído nos autos, apesar de intimado, não ofereceu alegações finais, não recorreu da sentença de pronúncia e não apresentou contrariedade aos libelos. Requer-se a reabertura do prazo para alegações finais. Este Superior Tribunal consolidou o entendimento de que a apresentação de alegações finais é facultativa nos processos de competência do Tribunal do Júri, uma vez que não há julgamento do mérito com a sentença de pronúncia, mas mero juízo de admissibilidade da acusação formulada. Também possui entendimento pacífico de que, se a defesa fora intimada da sentença de pronúncia e não manifestou a pretensão de recorrer, é aplicável a regra processual da voluntariedade dos recursos, (art. 574, caput, do CPP). Outrossim, a não apresentação de contrariedade ao libelo, de acordo com a jurisprudência do STJ, não implica, por si só, nulidade, sendo mera faculdade processual da defesa. Todavia, embora a jurisprudência desta Corte indique que a não apresentação pelo advogado de uma das peças processuais citadas não acarreta, por si só, a declaração de nulidade do ato judicial, cabe ao magistrado verificar a eventual ocorrência de prejuízo ao réu diante de cada caso concreto, de modo que os automatismos devem ser evitados em se tratando de processo penal. No caso, o defensor constituído pelos réus deixou de apresentar três peças processuais, hipótese não contemplada em nenhum dos precedentes citados, nos quais, no máximo uma peça não foi oferecida. Para o Min. Relator, é evidente o prejuízo à defesa dos recorrentes, não sendo crível a tese esposada pelo acórdão recorrido de que a inércia do advogado, in casu, poderia ser mera estratégia defensiva. Ressaltou que, somente após a não apresentação de contrariedade ao libelo, ou seja, passados quase dez meses sem qualquer manifestação defensiva nos autos, os réus foram intimados para informar se o advogado à época constituído ainda continuava patrocinando seus interesses, quando o recomendado seria que os recorrentes, logo após o transcurso do prazo para a apresentação de alegações finais, fossem cientificados de que estavam sem defesa e, no caso de eventual inércia, fosse nomeado defensor dativo, dando-se, assim, efetividade ao princípio da plenitude de defesa. Conforme a CF/1988, é inadmissível que os réus fiquem tanto tempo indefesos em processo que apura a suposta prática de homicídio qualificado. Ante o exposto, a Turma deu provimento ao recurso. Precedente citado: HC 33.740-PE, DJ 28/6/2004. RHC 22.919-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.18/6/2009.

A simples leitura da pronúncia ou das demais decisões que julgaram admissível a acusação não conduz à nulidade do julgamento

Tribunal do júri. Art. 478, I, do CPP. Vedação de referências “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”. Interpretação do dispositivo. A lei não veda toda e qualquer referência às peças. Apenas sua utilização como argumento de autoridade é vedada. No caso da pronúncia, é vedada sua utilização como forma de persuadir o júri a concluir que, se o juiz pronunciou o réu, logo este é culpado. (STF. RHC 120.598, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24-3-2015, 2ª T, DJE de 3-8-2015.)

Informativo 531 do STJ: Quinta Turma. DIREITO PROCESSUAL PENAL. REFERÊNCIA À DECISÃO DE PRONÚNCIA DURANTE OS DEBATES NO JÚRI. A simples leitura da pronúncia ou das demais decisões que julgaram admissível a acusação não conduz, por si só, à nulidade do julgamento, o que só ocorre quando a menção a tais peças processuais é feita como argumento de autoridade, de modo a prejudicar o acusado. Precedente citado: REsp 1.190.757-DF, Sexta Turma, DJe 14/6/2013. HC 248.617-MT, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 5/9/2013, DJe 17/9/2013.

Não há óbice à menção aos antecedentes criminais do réu na plenária de julgamento

CRIMINAL. HC. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO EM RAZÃO DA LEITURA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS DO RÉU. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA. I No processo penal, não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu. Incidência do art. 563 do Código de Processo Penal. II. Hipótese em que não se vislumbra a ocorrência de constrangimento ilegal, pois não restou demonstrado qualquer prejuízo ao paciente, eis que o impetrante limitou-se a sustentar que a leitura dos antecedentes criminais do réu terminou por influenciar o convencimento dos jurados. III. Decisão do corpo de jurados que foi baseada no vasto conjunto probatório colhido, especialmente no depoimento de várias testemunhas e no da própria vítima, inexistindo prova de que os antecedentes criminais do réu tenham efetivamente corroborado para o veredicto. IV. A reincidência do réu, nos termos do art. 417 do Código de Processo Penal, deverá fazer parte do libelo-crime acusatório, sendo certo que a sua ausência afasta a possibilidade do reconhecimento

de tal agravante na dosimetria da pena, contudo, inexistente qualquer óbice à leitura da folha de antecedentes criminais do réu em plenário. V. Ordem denegada. (STJ. 5ª T, RHC 120.598, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 05-12-2016, DJ 05-02-2007)

Não há excesso de linguagem se a decisão de pronúncia afirmar a cognição sumária

Não há falar em excesso de linguagem quando a decisão de pronúncia, a despeito do emprego de afirmações de colorido maior — contrário à melhor técnica —, a elas faz o necessário contraponto, assentando que a cognição é exercida, no plano indiciário, dentro dos limites legais. Em face do art. 478, I, do CPP, que veda às partes, nos debates, aludirem à decisão de pronúncia, sob pena de nulidade, descabe reconhecer-se o alegado vício da pronúncia. (STF. HC 122.924, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 7-10-2014, 1ª T, DJE de 17-11-2014.)

Não configura excesso de linguagem a decisão de pronúncia que se limita a transcrever depoimentos judiciais e conteúdo de provas documentais

A pronúncia é decisão na qual o juiz não poderá tecer uma análise crítica e valorativa da prova de maneira aprofundada, sob pena de influir na íntima convicção dos jurados, tornando nulo o feito. Na espécie, o magistrado em nenhum momento adentrou no mérito da causa, nem incorreu em juízo de valor. Limitou-se a transcrever os depoimentos prestados em juízo por algumas testemunhas e o conteúdo de algumas provas documentais constantes nos autos, sem usurpar a competência constitucional do tribunal do júri. A decisão respeitou os limites de comedimento que devem ser observados naquela fase processual. Não há que se falar em excesso de fundamentação, ou que a decisão teria o condão de influenciar os jurados. A determinação feita pelo juiz do processo de remessa de cópia de documentos acostados aos autos para o Ministério Público, para a apuração do envolvimento do paciente com o “jogo do bicho”, não pode ser vista como valoração de provas passível de levar à nulidade da decisão de pronúncia por excesso de linguagem. A remessa é ato de ofício, imposto pelo art. 40 do CPP, e seu descumprimento, conforme o caso, pode configurar crime ou infração funcional, especialmente quando se tratar de delito de ação penal pública incondicionada. (STF. HC 101.325, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22-6-2010, 2ª T, DJE de 6-8-2010.)

Não configura excesso de linguagem a decisão de pronúncia que expõe fundamentadamente os motivos de convencimento

Não se mostra excessiva, a ponto de influenciar os jurados, a linguagem utilizada em pronúncia que se limita a expor, fundamentadamente, os motivos do convencimento do juiz acerca da materialidade e da presença de indícios da autoria, especificando o dispositivo legal no qual o réu está incurso, bem como as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena, conforme dispõe o art. 413, caput e § 1º, do CPP (na redação dada pela Lei 11.689/2008). (STF. HC 96.267, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8-9-2009, 2ª T, DJE de 2-10-2009.)

Não cabe falar em excesso de linguagem na sentença de pronúncia se evidenciado que o juiz presidente do tribunal do júri limitou-se a explicitar os fundamentos de sua convicção, na forma do disposto nos arts. 413 do CPP, na redação conferida pela Lei 11.689/2008, e 93, IX, da CB/1988. (STF. HC 96.737, Rel. Min. Eros Grau, j. 26-5-2009, 2ª T, DJE de 7-8-2009.)

Não impugnação da pronúncia por meio de recurso cabível acarreta a preclusão

A defesa não impugnou a pronúncia através do recurso cabível e somente veio a alegar sua nulidade depois da condenação proferida pelo tribunal popular. Evidente caso de preclusão, que torna impossível a análise dos fundamentos, já superados, que conduziram ao recebimento da denúncia. (STF. RHC 91.367, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 29-4-2008, 2ª T, DJE de 20-6-2008.)

Verificada contradição nas respostas dos quesitos impõe-se explicação da contradição e nova quesitação que tiveram respostas contraditórias, sob pena de nulidade

Diante da não observância pelo juiz presidente do disposto no art. 489 do CPP (atual 490 do mesmo codex), solução outra não havia ao Tribunal estadual senão determinar a realização de novo julgamento, visto que a não repetição da votação desses quesitos em tempo oportuno resultou em respostas que envolvem contradição inconciliável. (STF. HC 101.799, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26-6-2012, 1ª T, DJE de 23-8-2012.)

Defeitos na elaboração dos quesitos devem ser apontados após a leitura pelo magistrado, sob pena de preclusão

Eventuais defeitos na elaboração dos quesitos devem ser apontados logo após sua leitura pelo magistrado, sob pena de preclusão, que só pode ser superada nos casos em que os quesitos causem perplexidade aos jurados. (STF. HC 85.295, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2-2-2010, 2ª T, DJE de 26-3-2010.)

Manutenção pelo Tribunal de qualificadora ausente por erro material no dispositivo da sentença de pronúncia não gera reformatio in pejus

Não incorre em reformatio in pejus o tribunal que, em recurso da defesa, mantém a imposição de qualificadora expressamente reconhecida na sentença de pronúncia, mas ausente do seu dispositivo por evidente erro material. (STF. RHC 85.514, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2-2-2010, 2ª T, DJE de 26-3-2010)

Quando o acusado é intimado da sentença de pronúncia e fica demonstrada a ciência inequívoca da defesa, não há nulidade diante da falta de intimação dos advogados

Não há nulidade, por falta de intimação dos advogados, quando o réu é intimado pessoalmente da sentença de pronúncia e, conforme restou comprovado, sua defesa revelou plena ciência do ato. A alegação de eventual nulidade deve ser arguida em momento oportuno sob pena de preclusão. Necessária, também, a comprovação do prejuízo sofrido. (STF. RHC 99.685, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18-5-2010, 1ª T, DJE de 4-6-2010.)

Excesso de linguagem, salvo em decisão de pronúncia, não gera nulidade do julgamento

Deveras, o eventual excesso de linguagem, que visa dar fundamento à decisão judicial, salvo regra expressa quanto à pronúncia, não gera a anulação do julgamento. (STF. HC 103.805, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5-4-2011, 1ª T, DJE de 17-5-2011.)

Não é possível a anulação do julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos se o Conselho de Sentença escolheu por umas das possíveis versões

Não há falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos se os jurados optaram pela condenação do increpado, com o reconhecimento das qualifi-

cadoras, em franco acolhimento a uma das teses que lhes fora apresentada, com o respaldo do arcabouço probatório carreado aos autos, exercendo, assim, a sua soberania, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição da República. (STJ. HC 200.220, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 20/03/2014, DJe 07/04/2014)

Necessidade de formulação do quesito da absolvição antes do de desclassificação, quando a absolvição for a tese defensiva principal

Informativo nº 573 do STJ: Sexta Turma. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ORDEM DE FORMULAÇÃO DO QUESITO DA ABSOLVIÇÃO ENQUANTO TESE DEFENSIVA PRINCIPAL EM RELAÇÃO AO QUESITO DA DESCLASSIFICAÇÃO. A tese absolutória de legítima defesa, quando constituir a tese principal defensiva, deve ser quesitada ao Conselho de Sentença antes da tese subsidiária de desclassificação em razão da ausência de animus necandi. De fato, o § 4º do art. 483 do CPP (com redação dada pela Lei 11.689/2008) permite a formulação do quesito sobre a desclassificação antes ou depois do quesito genérico da absolvição, ao estabelecer que, “Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) [questionamento acerca da autoria ou participação] ou 3º (terceiro) [indagação sobre se o acusado deve ser absolvido] quesito, conforme o caso”. Essa opção do legislador – no sentido de conferir certa flexibilidade à ordem do aludido quesito da desclassificação – ocorreu tendo em vista eventuais dificuldades que poderiam surgir em alguns casos. No caso em análise, para afirmar se o quesito sobre a desclassificação deve ser formulado antes ou depois do quesito genérico da absolvição, faz-se necessária a ponderação de dois princípios jurídicos garantidos no art. 5º, XXXVIII, da CF: “a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” e a “plenitude de defesa”. Por um lado, por força da “competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”, o Conselho de Sentença só pode proferir decisão absolutória se previamente reconhecer a existência de crime doloso contra a vida ou conexo. Nesse sentido, há entendimento doutrinário no sentido de que a desclassificação, em regra, deve ser questionada antes do quesito genérico relativo à absolvição, justamente porque visa firmar a competência do Tribunal do Júri para decidir o delito doloso contra a vida. Por outro lado, o princípio constitucional da ampla defesa no Tribunal do Júri tem uma nuance que amplifica o seu significado. A defesa, além de ampla deve ser plena, pode ser exercida mediante defesa técnica e, também, auto-defesa, de modo a cercar o acusado de maiores garantias diante de um tribunal

popular leigo que pode se amparar inclusive em convicção íntima, julgando sem a obrigação da fundamentação das decisões imposta ao magistrado togado. Nessa conjuntura, por força do princípio da “plenitude de defesa”, o juiz-presidente pode formular quesito com base no interrogatório do acusado, como expressão do exercício pleno do direito de autodefesa. Do mesmo modo, se o juiz-presidente inferir tese alternativa do interrogatório, deve formular quesito a respeito, mesmo que antagônica em relação à tese sustentada pela defesa técnica, não podendo rejeitar as teses sob o fundamento de que são incompatíveis. Nestes casos – em que há teses alternativas –, eventual conflito deve ser solucionado pela regra da subsidiariedade. Dessa forma, em favor da “plenitude de defesa” no Tribunal do Júri, a tese principal deve preceder, em todos os aspectos, as eventuais teses subsidiárias sustentadas na defesa técnica ou na autodefesa. Sendo assim, considerando o fato de que há norma processual que permite a formulação do quesito sobre a desclassificação antes ou depois do quesito genérico da absolvição, estando a defesa assentada em tese principal absolutória (legítima defesa) e tese subsidiária desclassificatória (ausência de animus necandi), a tese principal deve ser questionada antes da tese subsidiária, sob pena de causar enorme prejuízo para a defesa e evidente violação ao princípio da amplitude da defesa. Acerca do tema, aliás, invoca-se entendimento doutrinário segundo o qual, seja diante de desclassificação própria ou de imprópria, “se a participação de menor importância for apenas uma tese subsidiária, tendo postulado a defesa, como tese principal, a legítima defesa, o quesito da desclassificação deverá ser formulado depois do terceiro quesito, sobre a inocência do acusado. Isso porque haveria grande prejuízo para a defesa, ficando praticamente prejudicada eventual tese principal de absolvição, se o quesito sobre a participação de menor importância fosse formulado antes do quesito sobre ser o acusado inocente”. Além disso, acolhida a tese principal absolutória, inexistente nulidade decorrente da falta do quesito relativo à desclassificação quando proveniente de tese subsidiária, até porque a desclassificação própria – diferentemente da desclassificação imprópria – sequer demanda quesito específico, podendo ser inferida a partir da resposta aos demais quesitos (como ocorre, exemplificativamente, no caso de resposta positiva ao quesito da tentativa, que resulta na afirmação da existência de crime doloso contra a vida por incompatibilidade lógica entre a tentativa e a ausência de animus necandi). Além do mais, vale lembrar que o quesito relativo à absolvição é obrigatório, devendo ser formulado independente das teses defensivas sustentadas em Plenário, e sua falta que induz à nulidade absoluta do julgamento (HC 137.710-GO, Sexta Turma, DJe 21/2/2011). Por isso, visando conferir maior eficácia ao princípio da plenitude da defesa, deve ser considerada a tese defensiva principal com primazia na

aplicação da norma, mormente quando mais favorável ao réu, de modo que a tese de desclassificação, quando subsidiária, deve ser questionada somente após o quesito da absolvição, em caso de resposta negativa, sob pena de, acaso acolhida a tese subsidiária, faltar o quesito obrigatório relativo à tese principal e suprimir do Conselho de Sentença a autonomia do seu veredicto. REsp 1.509.504-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/10/2015, DJe 13/11/2015.

A inversão da ordem dos quesitos gera apenas nulidade relativa, devendo ser provado o prejuízo

Para efeito de invalidação do processo penal perante o Júri, não basta à parte meramente alegar inversão da ordem de formulação dos quesitos (CPP, art. 484), eis que se impõe, a quem suscita a ocorrência de tal vício formal, o ônus de comprovar a efetiva verificação de prejuízo (CPP, art. 563), pois nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa ("pas de nullité sans grief"). Precedentes. A ausência de reclamação ou de protesto torna preclusa a faculdade processual de a parte argüir qualquer nulidade eventualmente ocorrida. O silêncio da parte - que se mostra pleno de expressão semiológica - tem efeito convalidador dos vícios acaso verificados durante o julgamento, ressalvados os defeitos e irregularidades, que, por sua seriedade e gravidade, hajam induzido os jurados a erro, dúvida, incerteza ou perplexidade sobre o fato objeto de sua apreciação decisória. Precedentes. - Os protestos das partes - Ministério Público e acusado - não se presumem. Hão de ser consignados na ata de julgamento (CPP, arts. 494 e 495), que traduz o registro fiel de todas as ocorrências havidas no curso do julgamento perante o plenário do Tribunal do Júri. A falta de protesto em tempo oportuno, resultante da inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, opera a preclusão de sua faculdade jurídica de reclamar contra eventuais erros ou defeitos ocorridos ao longo do julgamento. Precedentes. (STF. HC 83107, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T, j. 19/08/2003, DJ 11-03-2005)

Defeitos na formulação de quesitos geram apenas nulidade relativa e devem ser apontados até a leitura pelo Juiz

Eventuais defeitos na elaboração dos quesitos devem ser apontados logo após sua leitura pelo magistrado, sob pena de preclusão, que só pode ser superada nos casos em que os quesitos causem perplexidade aos jurados. (STF. HC 85295, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T, j. 02/02/2010, DJe 26-03-2010. No mesmo sentido: STF, Primeira Turma, HC 104776 (02/08/2011).

Eventuais nulidades ocorridas em Plenário do Júri, decorrentes de impedimento ou suspeição de jurados, devem ser arguidas no momento oportuno, sob pena de preclusão.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. Esta Corte possui o entendimento harmônico de que eventuais nulidades ocorridas no plenário de julgamento do Tribunal do Júri devem ser arguidas durante a sessão, sob pena de serem fulminadas pela preclusão, nos termos da previsão contida no art. 571, VIII, do Código de Processo Penal. 3. Na hipótese, a discussão sobre o impedimento ou a suspeição de jurado deveria ter ocorrido no momento do sorteio do conselho de sentença. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 208900, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, j. 11/10/2016, DJe 08/11/2016).

11 - Homicídio culposo

Perdão judicial, no caso de homicídio culposo, só se aplica se o agente tiver vínculo afetivo com a vítima

Informativo nº 542 do STJ: O perdão judicial não pode ser concedido ao agente de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB) que, embora atingido moralmente de forma grave pelas consequências do acidente, não tinha vínculo afetivo com a vítima nem sofreu sequelas físicas gravíssimas e permanentes. Conquanto o perdão judicial possa ser aplicado nos casos em que o agente de homicídio culposo sofra sequelas físicas gravíssimas e permanentes, a doutrina, quando se volta para o sofrimento psicológico do agente, enxerga no § 5º do art. 121 do CP a exigência de um laço prévio entre os envolvidos para reconhecer como “tão grave” a forma como as consequências da infração atingiram o agente. A interpretação dada, na maior parte das vezes, é no sentido de que só sofre intensamente o réu que, de forma culposa, matou alguém conhecido e com quem mantinha laços afetivos. O exemplo mais comumente lançado é o caso de um pai que mata culposamente o filho. Essa interpretação desdobra-se em um norte que ampara o julgador. Entender pela desnecessidade do vínculo seria abrir uma fenda na lei, não desejada pelo legislador. Isso porque, além de ser de difícil aferição o “tão grave” sofrimento, o argumento da desnecessidade do vínculo serviria para todo e qualquer caso de delito de trânsito com vítima fatal. Isso não significa dizer o que a lei não disse, mas apenas conferir-lhe interpretação mais razoável e humana, sem perder de vista o desgaste emocional que possa sofrer o acusado dessa espécie de delito, mesmo que não conhecendo a vítima. A solidarização com o choque psicológico do agente não pode conduzir a uma eventual banalização do instituto do perdão judicial, o que seria no mínimo temerário no atual cenário de violência no trânsito, que tanto se tenta combater. Como conclusão, conforme entendimento doutrinário, a desnecessidade da pena que esteia o perdão judicial deve, a partir da nova ótica penal e constitucional, referir-se à comunicação para a comunidade de que o intenso e peregrino sofrimento do infrator não justifica o reforço de vigência da norma por meio da sanção penal. REsp 1.455.178-DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 5/6/2014.

Perdão judicial referente a uma das vítimas não se estende à outra vítima morta no mesmo contexto

Informativo nº 606 do STJ: A matéria tratada nos autos consiste em averiguar a possibilidade de concessão do perdão judicial (art. 121, § 5º do CP) a autor de

crime culposo de trânsito, que, mediante uma única ação imprudente, leva duas vítimas a óbito, independentemente de haver prova de que mantivesse fortes vínculos afetivos com uma das vítimas fatais. Sob esse prisma, cumpre observar que, quando a avaliação está voltada para o sofrimento psicológico do autor do crime, a melhor doutrina enxerga no § 5º do art. 121 do CP a exigência de um vínculo, de um laço prévio de conhecimento entre os envolvidos, para que seja "tão grave" a consequência ao agente a ponto de ser despicienda e até exacerbada outra pena, além da própria dor causada, intimamente, pelo dano provocado ao outro. No que toca ao instituto do concurso formal, ao se analisar a literalidade do art. 70 do CP, verifica-se que, a um primeiro olhar, trata-se de um sistema de exasperação da pena, ou seja, nos casos de concurso formal próprio ou homogêneo, a pena a ser aplicada deverá ser a de um dos delitos, aumentada de um sexto até a metade. Dessa forma, o percentual de aumento deve ter relação com o número de resultados e vítimas, e não com as circunstâncias do fato. Quis o legislador, com isso beneficiar o acusado ao lhe fixar somente uma das penas, mas acrescentando-lhe uma cota-parte que sirva para representar a punição por todos os delitos, porquanto derivados da mesma ação ou omissão do agente. Note-se, porém, que não há referência à hipótese de extensão da absolvição, da extinção da punibilidade, ou mesmo da redução da pena pela prática de nenhum dos delitos. Dispõe, entretanto, o art. 108 do Código Penal, in fine, que, "nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão". Assim, tratando-se o perdão judicial de uma causa de extinção de punibilidade excepcional, que somente é cabível quando presentes os requisitos necessários à sua concessão, esses preceitos de índole atípica devem ser os balizadores precípuos para a aferição de sua concessão ou não, levando-se em consideração cada delito de per se, e não de forma generalizada, como nos casos em que se afiguram pluralidades de delitos decorrentes do concurso formal de crimes. 6ª T. REsp 1.444.699-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 1/6/2017, DJe 9/6/2017.

Morte instantânea da vítima e omissão de socorro como causa de aumento de pena no homicídio culposo

Informativo no 554 do STJ: No homicídio culposo, a morte instantânea da vítima não afasta a causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do CP – deixar de prestar imediato socorro à vítima –, a não ser que o óbito seja evidente, isto é, perceptível por qualquer pessoa. Com efeito, o aumento imposto à pena decorre do total desinteresse pela sorte da vítima. Isso é evidenciado por estar a majore-

rante inserida no § 4º do art. 121 do CP, cujo móvel é a observância do dever de solidariedade que deve reger as relações na sociedade brasileira (art. 3º, I, da CF). Em suma, o que pretende a regra em destaque é realçar a importância da alteridade. Assim, o interesse pela integridade da vítima deve ser demonstrado, a despeito da possibilidade de êxito, ou não, do socorro que possa vir a ser prestado. Tanto é que não só a omissão de socorro majora a pena no caso de homicídio culposo, como também se o agente “não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar a prisão em flagrante”. Cumpre destacar, ainda, que o dever imposto ao autor do homicídio remanesce, a não ser que seja evidente a morte instantânea, perceptível por qualquer pessoa. Em outras palavras, havendo dúvida sobre a ocorrência do óbito imediato, compete ao autor da conduta imprimir os esforços necessários para minimizar as consequências do fato. Isso porque “ao agressor, não cabe, no momento do fato, presumir as condições físicas da vítima, medindo a gravidade das lesões que causou e as consequências de sua conduta. Tal responsabilidade é do especialista médico, autoridade científica e legalmente habilitada para, em tais circunstâncias, estabelecer o momento e a causa da morte” (REsp 277.403-MG, Quinta Turma, DJ 2/9/2002). Precedente citado do STF: HC 84.380-MG, Segunda Turma, DJ 3/6/2005. HC 269.038-RS, Rel. Min. Felix Fischer, j.2/12/2014, DJe 19/12/2014.

Possibilidade de incidência da causa de aumento de pena do art. 121, § 4º, do CP, em homicídio culposo praticado por médico

Informativo nº 520 do STJ: É possível a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do CP no caso de homicídio culposo cometido por médico e decorrente do descumprimento de regra técnica no exercício da profissão. Nessa situação, não há que se falar em bis in idem. Isso porque o legislador, ao estabelecer a circunstância especial de aumento de pena prevista no referido dispositivo legal, pretendeu reconhecer maior reprovabilidade à conduta do profissional que, embora tenha o necessário conhecimento para o exercício de sua ocupação, não o utilize adequadamente, produzindo o evento criminoso de forma culposa, sem a devida observância das regras técnicas de sua profissão. De fato, caso se entendesse caracterizado o bis in idem na situação, ter-se-ia que concluir que essa majorante somente poderia ser aplicada se o agente, ao cometer a infração, incidisse em pelo menos duas ações ou omissões imprudentes ou negligentes, uma para configurar a culpa e a outra para a majorante, o que não seria condizen-

te com a pretensão legal. Precedente citado do STJ: HC 63.929- RJ, Quinta Turma, DJe 9/4/2007. Precedente citado do STF: HC 86.969-6-RS, Segunda Turma, DJ 24/2/2006. (STJ. HC 181.847-MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Rel. para acórdão Min. Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), 5ª T, j. 4/4/2013).

12 - Lesões corporais e ameaça

Ausência de laudo pericial não impede prova da gravidade da lesão por outros meios

A ausência do laudo pericial não impede seja reconhecida a materialidade do delito de lesão corporal de natureza grave por outros meios. (STF. HC 114.567, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16-10-2012, 2ª T, DJE de 7-11-2012.)

Lesão corporal qualificado pela deformidade permanente não é afastada por posterior cirurgia plástica reparadora

Informativo nº 562 do STJ: A qualificadora “deformidade permanente” do crime de lesão corporal (art. 129, § 2º, IV, do CP) não é afastada por posterior cirurgia estética reparadora que elimine ou minimize a deformidade na vítima. Isso porque, o fato criminoso é valorado no momento de sua consumação, não o afetando providências posteriores, notadamente quando não usuais (pelo risco ou pelo custo, como cirurgia plástica ou de tratamentos prolongados, dolorosos ou geradores do risco de vida) e promovidas a critério exclusivo da vítima. (HC 306.677-RJ, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ-SP), Rel. para acórdão Min. Nefi Cordeiro, j. 19/5/2015, DJe 28/5/2015).

Possibilidade de aplicação da agravante de traição, emboscada ou dissimulação no crime de lesão corporal seguida de morte

Informativo nº 535 do STJ: É possível a aplicação da agravante genérica do art. 61, II, “c”, do CP nos crimes preterdolosos, como o delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP). De início, nos termos do art. 61, II, “c”, do CP são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, ter o agente cometido o crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. De fato, apesar da existência de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, entende-se que não há óbice legal ou incompatibilidade qualquer na aplicação da citada agravante genérica aos crimes preterdolosos. Isso porque, nos crimes qualificados pelo resultado na modalidade preterdolosa, a conduta-base dolosa preenche autonomamente o tipo legal e o resultado culposo denota mera consequência que, assim sendo, constitui elemento relevante em sede de determinação da medida da pena. Ademais, o art. 129, § 3º, do CP descreve con-

duta dolosa que autonomamente preenche o tipo legal de lesões corporais, ainda que dessa conduta exsurja resultado diverso mais grave a título de culpa, consistente na morte da vítima. Assim, no crime de lesão corporal seguida de morte, a ofensa intencional à integridade física da vítima constitui crime autônomo doloso, cuja natureza não se altera com a produção do resultado mais grave previsível mas não pretendido (morte), resolvendo-se a maior reprovabilidade do fato no campo da punibilidade. Além do mais, entende a doutrina que nos casos de lesões qualificadas pelo resultado, o tipo legal de crime é o mesmo (lesão corporal dolosa), não se alterando o tipo fundamental, apenas se lhe acrescentando um elemento de maior punibilidade. REsp 1.254.749-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6/5/2014

Estado de ira não exclui o potencial de intimidar, sendo compatível com a ameaça

“o estado de ira, de raiva ou de cólera não exclui a intenção de intimidar. Ao contrário, a ira é a força propulsora da vontade de intimidar. Ademais, é incorreta a afirmação de que a ameaça do homem irado não tem possibilidade de atemorizar, pois exatamente por isso apresenta maior potencialidade de intimidação, pelo desequilíbrio que o estado colérico pode produzir em determinadas pessoas. Aliás, não raro os crimes de ameaça são praticados nesses estados. E exatamente o estado de ira ou de cólera é o que mais atemoriza o ameaçado”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.586)

A avaliação da ameaça é balizada pela vítima

“Vale dizer que a avaliação de ameaça não é abalizada pelo agente, mas sim pela vítima, contra quem é dirigida a promessa de mal” (MIRABETE, Julio; Fabrinini; FABRINNI, Renato. Manual de Direito Penal. V.2. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159).

O fato da lesão ter sido praticada por familiar é suficiente para configurar a forma qualificada do artigo 129, §9º do CP, prescindindo-se que seja praticada em ambiente familiar

Informativo nº 609 do STJ: A controvérsia de que trata o habeas corpus envolve discussão a respeito do trancamento da ação penal, em razão de alegada inépcia

da denúncia fundamentada no art. 129, § 9º, do Código Penal. Isso porque, a conduta estabelecida no tipo penal não se amoldaria às hipóteses em que a agressão física, ainda que entre irmãos, tenha ocorrido na sede da empresa em que o autor e a vítima trabalhavam. Com efeito, da simples leitura do artigo mencionado, verifica-se que a lesão corporal qualificada pela violência doméstica não exige que as agressões ocorram em contexto familiar de forma peremptória, apresentando, em verdade, diversos núcleos alternativos. Portanto, cuidando-se de lesões corporais praticadas contra irmão, a conduta já se encontra devidamente subsumida ao tipo penal tratado, o qual não exige que a lesão seja contra familiar e também em contexto familiar, sendo suficiente a configuração da primeira elementar. De acordo com a doutrina, nesses casos, é "dispensável a coabitação entre o autor e a vítima, bastando existir a referida relação parental. Assim, se numa confraternização de família, que há muito não se reunia, um irmão, vindo de Estado longínquo, agride o outro, ferindo-o na sua saúde física ou mental, terá praticado o crime de violência doméstica". RHC 50.026-PA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 3/8/2017, DJe 16/8/2017.

13 - Furto

A) Prova, tipificação e consumação

Palavra da da vítima como prova idônea

Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima apresenta extrema relevância e alto valor probatório. Entender o contrário, de maneira a desacreditar a palavra do ofendido sem que, para tanto, haja alguma razoável justificativa, implicaria em assegurar a impunidade aos delinquentes. (TJ/SP – Apelação Criminal nº 0053260-22.2012.8.26.0050, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amado de Faria, j. 06/07/2013).

Aprensão do bem na posse do acusado faz com se presuma a autoria

Furto qualificado – Apreensão da “res” em poder do acusado – inversão do ônus probatório. Estando a “res furtiva” em poder do acusado no momento da abordagem, cabe a ele ofertar justificativa plausível para a posse dos bens. (TJ/SP, AC, 14ª Câmara, D.J. 17/02/2011, Rel. Wilson Barreira).

O sinal de TV a cabo pode ser equiparado à energia elétrica para fins de configuração do furto

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CAPTAÇÃO IRREGULAR DE SINAL DE TELEVISÃO A CABO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EQUIPARAÇÃO À ENERGIA ELÉTRICA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não há na impetração a cópia da denúncia ofertada contra os recorrentes, documentação indispensável para análise da alegada atipicidade da conduta que lhes foi atribuída. 2. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. 3. Assim não fosse, tomando-se por base apenas os fatos relatados na inicial do mandamus impetrado na origem e no aresto objurgado, não se constata qualquer ilegalidade passível de ser remediada por este Sodalício, pois o sinal de TV a cabo pode ser equiparado à energia elétrica para fins de incidência do arti-

go 155, § 3º, do Código Penal. Doutrina. Precedentes. 4. Recurso improvido. (STJ. RHC 030847/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 20/08/2013, DJE 04/09/2013)

Não caracteriza crime impossível a existência de sistema de vigilância no estabelecimento comercial

Tentativa de furto. (...) O pleito de absolvição fundado em que o sistema de vigilância do estabelecimento comercial tornou impossível a subtração da coisa não pode vingar. A paciente e seu comparsa deixaram o local do crime, somente sendo presos após perseguição, restando, assim, caracterizada a tentativa de furto. Poderiam, em tese, lograr êxito no intento delituoso. Daí que o meio para a consecução do crime não era absolutamente ineficaz. (STF. HC 95.613, Rel. Min. Eros Grau, j. 11-11-2008, 2ª T, DJE de 14-8-2009.)

Na hipótese em que o sistema de vigilância não inviabiliza, mas apenas dificulta a consumação do crime de furto, não há que falar na incidência do instituto do crime impossível por ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17). (STF. HC 120.083, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 3-6-2014, 2ª T, DJE de 6-8-2014.)

Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto. (Súmula nº 567 do STJ)

Não aplicação do princípio da insignificância pelo valor do bem

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DA RES FURTIVA. REINCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Além da subsunção formal da conduta humana a um tipo penal, deve haver uma aplicação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, para aferir se houve ofensividade relevante aos valores tidos como indispensáveis à ordem social. 2. Hipótese em que o valor dos bens subtraídos totaliza R\$ 155,00, o que afasta a mínima ofensividade da conduta. 3. Não há como reconhecer a irrelevância penal da conduta, por ausência do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, haja vista a reincidência do agravante, que ostenta duas condenações criminais por furto, uma delas com trânsito em julgado anterior à data dos fatos. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgInt no AREsp 905.030, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T, j. 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

Não aplicação do princípio da insignificância quando os bens sejam superiores ao valor de um décimo do salário mínimo à época dos fatos

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. I - No caso, imputa-se ao paciente o furto de um botijão de gás de residência, cujo valor - R\$ 80,00 (oitenta reais) - não pode ser considerado irrisório, já que equivale a mais de dez por cento do salário mínimo vigente à época do fato (R\$ 678,00). II - De outro lado, na linha da jurisprudência desta col. Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se também incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, haja vista que o agravante é reincidente. (Precedentes). Agravo Regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 651694/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, j. 07/05/2015, DJE 15/05/2015)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. (...) 2. Consoante já asentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, para excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (conforme decidido nos autos do HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004). 3. A conduta perpetrada pelo réu - subtrair um relógio de parede, um botijão de gás e uma garrafa de refrigerante, avaliados em R\$ 42,50 (aproximadamente 10% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos) - e, o fato de tratar-se de réu portador de maus antecedentes não se revelam como de escassa ofensividade social e penal. 4. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp 1361146/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 28/04/2015, DJE 07/05/2015)

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de furtos sucessivos

Furto a estabelecimentos comerciais de forma sucessiva. Bens de pequeno valor não avaliados. Ausência de um dos vetores considerados para aplicação do princípio da insignificância: o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

Maior desvalor da conduta aliado à personalidade do agente, voltada ao cometimento de delitos patrimoniais (reincidência específica). Ordem denegada. (STF. HC 118.040, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24-10-2013, 2ª T, DJE de 8-10-2013)

O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade. In casu, o paciente foi condenado pela prática do crime de furto (art. 155, caput, do CP) por ter subtraído quatro galinhas caipiras, avaliadas em R\$ 40,00. As instâncias precedentes deixaram de aplicar o princípio da insignificância em razão de ser o paciente contumaz na prática do crime de furto. Trata-se de condenado reincidente na prática de delitos contra o patrimônio. Destarte, o reconhecimento da atipicidade da conduta do recorrente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta. O furto famélico subsiste com o princípio da insignificância, posto não integrarem binômio inseparável. É possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico. In casu, o paciente é conhecido — consta na denúncia — por “Fernando Gatuno”, alcunha sugestiva de que se dedica à prática de crimes contra o patrimônio; aliás, conforme comprovado por sua extensa ficha criminal, sendo certo que a quantidade de galinhas furtadas (quatro) é apta a indicar que o fim visado pode não ser somente o de saciar a fome à falta de outro meio para conseguir alimentos. (STF. HC 115.850 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24-9-2013, 1ª T, DJE de 28-10-2013.)

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de abordagem agressiva

Não tem pertinência o princípio da insignificância se o crime de furto é praticado mediante abordagem de inopino e agressiva da vítima, ainda que sem caracterizar violência ou grave ameaça. (STF. HC 108.351, Rel. Min. Rosa Weber, j. 15-5-2012, 1ª T, DJE de 5-6-2012.)

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de bem de inestimável valor sentimental

Furto de quadro denominado “disco de ouro”. Premiação conferida àqueles artistas que tenham alcançado a marca de mais de cem mil discos vendidos no País.

Valor sentimental inestimável. Alegada incidência do postulado da insignificância penal. Inaplicabilidade. (...) As circunstâncias peculiares do caso concreto inviabilizam a aplicação do postulado da insignificância à espécie. Paciente que invadiu a residência de músico, donde subtraiu um quadro denominado “disco de ouro”, premiação a ele conferida por ter alcançado a marca de mais de cem mil discos vendidos no País. Embora a res subtraída não tenha sido avaliada, essa é dotada de valor sentimental inestimável para a vítima. Não se pode, tão somente, avaliar a tipicidade da conduta praticada em vista do seu valor econômico, especialmente porque, no caso, o prejuízo suportado pela vítima, obviamente, é superior a qualquer quantia pecuniária. (STF. HC 107.615, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 6-9-2011, 1ª T, DJE de 6-10-2011.)

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de furto de fios da rede de iluminação pública

Tentativa de furto qualificado de aproximadamente cinquenta metros de fio de cobre utilizados em rede elétrica. Alegação de incidência do princípio da insignificância: inviabilidade. (...) Na espécie, embora o objeto da tentativa de furto qualificado tenha sido avaliado em R\$ 150,00 reais, de pouco valor material, é certo, houve prejuízo para a vítima, que teve que reparar a rede elétrica danificada, e a interrupção do serviço de iluminação pública para os usuários da respectiva localidade. (STF. HC 104.403, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2-12-2010, 1ª T, DJE de 1º-2-2011)

Habeas corpus. 2. Furto de fios elétricos praticado mediante concurso de agentes. Condenação. 3. Pedido de aplicação do princípio da insignificância. 4. Ausência de dois dos vetores considerados para a aplicação do princípio da bagatela: a ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade da conduta. 5. A prática delituosa é altamente reprovável, pois afeta serviço essencial da sociedade. Os efeitos da interrupção do fornecimento de energia não podem ser quantificados apenas sob o prisma econômico, porque importam em outros danos aos usuários do serviço. 6. Personalidade do agente voltada ao cometimento de delitos patrimoniais (reiteração delitiva). Precedentes do STF no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada. 7. Furto em concurso de pessoas. Maior desvalor da conduta. Precedentes do STF. 8. Ordem denegada. (STF. HC 118361, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 25/02/2014, DJe 14-03-2014)

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de concurso de pessoas

Paciente denunciado pelo furto qualificado (art. 155, § 4º, IV, do CP). Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reprovabilidade da conduta do agente. Reprimenda que não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade. Ordem denegada. (STF. HC 112.103, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21-8-2012, 2ª T, DJE de 21-10-2013.)

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de abuso de confiança

Não tem relevância o princípio da insignificância se o crime de furto é praticado mediante abuso de confiança, causando não somente dano patrimonial, mas igualmente violação da privacidade e da intimidade da vítima. (STF. RHC 115.043, Rel. Min. Rosa Weber, j. 21-5-2013, 1ª T, DJE de 5-6-2013.)

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de qualificadora rompimento de obstáculo

Alegação de incidência do princípio da insignificância: inviabilidade. (...) No caso dos autos, em que o delito foi praticado com rompimento de obstáculo e em concurso com menor, percebe-se o descomprometimento do paciente com os valores tutelados pelo direito. (STF. HC 103.359, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18-5-2010, 1ª T, DJE de 6-8-2010.)

Habeas Corpus. Penal. Furto qualificado. Incidência do princípio da insignificância. Inviabilidade. Crime praticado mediante o rompimento de obstáculo. Ordem denegada. É entendimento reiterado desta Corte que a aplicação do princípio da insignificância exige a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. As peculiaridades do delito - praticado mediante a destruição de obstáculo (arrombamento da janela da casa da vítima) -, demonstram significativa reprovabilidade do comportamento e relevante periculosidade da ação, fato este suficiente ao afastamento da incidência do princípio da insignificância. Ordem denegada. (STF. HC 110840, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 22/05/2012, DJe 08-08-2012)

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de reincidência

A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato — tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. No caso dos autos, em que o delito foi praticado com a invasão do domicílio da vítima, não é de se desconhecer o alto grau de reprovabilidade do comportamento do paciente. A reincidência, apesar de tratar-se de critério subjetivo, remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, já que não está sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica. (STF. HC 97.772, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3-11-2009, 1ª T, DJE de 20-11-2009.)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REGISTROS CRIMINAIS PRETÉRITOS. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada, em casos de pequenos furtos, considerando não só o valor do bem subtraído, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada. A existência de registros criminais pretéritos contra o paciente obsta o reconhecimento do princípio da insignificância, consoante jurisprudência consolidada da Primeira Turma desta Suprema Corte (v.g.: HC 109.739/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.02.2012; HC 110.951, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 27.02.2012; HC 108.696 rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20.10.2011; e HC 107.674, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.9.2011). Ressalva de entendimento pessoal da Ministra Relatora. Ordem denegada. (STF. HC 103506, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª T, j. 12/06/2012, DJe 26-06-2012)

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de furto do instrumento de trabalho por agente que responde a outros processos por crimes patrimoniais

Informativo nº 534 do STJ: Não se aplica o princípio da insignificância ao furto de uma máquina de cortar cerâmica avaliada em R\$ 130 que a vítima utilizava usualmente para exercer seu trabalho e que foi recuperada somente alguns dias depois da consumação do crime praticado por agente que responde a vários processos por delitos contra o patrimônio. A doutrina e a jurisprudência do STF e do STJ admitem a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância como critério para a verificação judicial da relevância penal da conduta humana sob julgamento. Para empreender essa tarefa, importa avaliar empiricamente o valor do bem ou dos bens furtados, a situação econômica da vítima, as circunstâncias em que o crime foi perpetrado e a personalidade e as condições pessoais do agente, notadamente se demonstra fazer da subtração de coisas alheias um meio ou estilo de vida, com sucessivas ocorrências (reincidente ou não). Se, do ponto de vista da mera dogmática penal, estes últimos fatos não poderiam ser considerados como óbice ao reconhecimento da insignificância penal – por aparentemente sinalizar a prevalência do direito penal do autor e não do fato –, não deve o juiz, na avaliação da conduta formalmente correspondente a um tipo penal, ignorar o contexto que singulariza a conduta como integrante de uma série de outras de igual natureza, as quais, se não servem para caracterizar a continuidade delitiva, bem evidenciam o comportamento humano avesso à norma penal e ao convívio respeitoso e harmônico que se espera de todo componente de uma comunhão social. Assim, por razões derivadas predominantemente de política criminal, não se deve admitir a incidência do princípio da bagatela em casos nos quais o agente é contumaz autor de crimes contra o patrimônio, ressaltadas, vale registrar, as hipóteses em que a inexpressividade da conduta ou do resultado é tão grande que, a despeito da existência de maus antecedentes, não se justifica a utilização do aparato repressivo do Estado para punir o comportamento formalmente tipificado como crime. De fato, a conduta perpetrada pelo paciente – subtração de uma máquina de cortar cerâmica avaliada em R\$ 130 – não se revela de escassa ofensividade penal e social. Além disso, o fato de o paciente ostentar, na certidão de antecedentes criminais, inúmeros processos em curso por delitos contra o patrimônio, a denotar sua habitualidade criminosa, é altamente censurável a conduta do agente, porquanto, o maquinário subtraído era usualmente utilizado pela vítima para exercer seu trabalho. Não se pode considerar, também, como inexpressiva a lesão jurídica provocada, visto o valor da ferramenta de trabalho subtra-

ida e a sua recuperação pela vítima tão somente após alguns dias da consumação do delito. HC 241.713-DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 10/12/2013.

Não aplicação da insignificância no caso de continuidade delitiva

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. CONTINUIDADE DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. Segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, na aplicação do princípio da insignificância, devem ser utilizados os seguintes parâmetros: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) lesão jurídica inexpressiva, os quais devem estar presentes, concomitantemente, para a incidência do referido instituto. 2. No caso, além de o valor dos bens subtraídos não ser irrisório - R\$ 312,00 (trezentos e doze reais) -, a prática reiterada do mesmo crime, em continuidade delitiva, denota maior grau de reprovabilidade no comportamento do agente, inviabilizando a aplicação do princípio da insignificância. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no AREsp 653257/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ªT, j. 30/06/2015, DJE 04/08/2015)

Consumação com mera inversão da posse (desnecessidade da posse mansa e pacífica)

É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, para a consumação do crime de furto, basta a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse do objeto do delito, ainda que retomado, em seguida, pela perseguição imediata. (STF. HC 92.922, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, j. 19-5-2009, 1ª T, DJE de 12-3-2010.)

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. LEADING CASE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 102.490/SP. ADOÇÃO DA TEORIA DA APPREHENSIO (OU AMOTIO). PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSO E PACÍFICA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da apprehensio (ou amotio), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha

a posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata. Desde então, o tema encontra-se pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores. 3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. 4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado. (STJ. REsp 1524450/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 3ª Seção, j. 14/10/2015, DJE 29/10/2015)

B) Furto privilegiado, qualificado e pena

Coisa com valor superior ao salário mínimo na época não caracteriza pequeno valor para fins de furto privilegiado

Furto. Pedido de reconhecimento de furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP): impossibilidade. Não preenchimento do requisito segundo o qual a coisa subtraída tem de ser de pequeno valor. Para o reconhecimento de furto privilegiado, o CP exige como segundo requisito que a coisa objeto do furto seja de pequeno valor. Na espécie vertente, os bens subtraídos foram avaliados em R\$ 500,00, valor superior ao salário mínimo vigente à época do fato, R\$ 350,00 (Lei 11.321/2006). (STF. RHC 111.138, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13-12-2011, 1ª T, DJE de 13-2-2012.)

A qualificadora do rompimento de obstáculo se aplica inclusive quando a violência empregada for contra a própria coisa furtada

Configura o furto qualificado a violência contra coisa, considerado veículo, visando adentrar no recinto para retirada de bens que nele se encontravam. (STF. HC 98.606, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 4-5-2010, 1ª T, DJE de 28-5-2010.)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 155, § 4º, I, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO PARA SUBTRAÇÃO DO PRÓPRIO VEÍCULO. CONFIGURAÇÃO DA QUALIFICADORA. 2. NECESSIDADE DE ULTRAPASSAR BARREIRA INDISPENSÁVEL À SUBTRAÇÃO DA COISA. IRRELEVÂNCIA DO OBJETO EFETIVAMENTE FURTADO. 3. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não é possível deixar de reconhecer a prática de furto qualificado apenas

e simplesmente por se ter avariado o próprio bem subtraído, pois referida circunstância não tem o condão de desconfigurar o efetivo rompimento de obstáculo. Não há dúvidas de que as portas, os vidros e o alarme do carro visam exatamente impedir ou pelo menos dificultar sua subtração e dos bens que estão no seu interior, sendo ainda inquestionável a necessidade de transposição desta barreira para que se furte tanto o carro quanto os objetos do seu interior. 2. A conduta em ambos os casos é a mesma, consiste em romper obstáculo como meio necessário para subtrair coisa alheia móvel, o que denota sua maior reprovabilidade, ante a utilização de meios excepcionais para superar os obstáculos defensivos da propriedade. Dessa forma, é indiferente para configurar referida qualificadora analisar qual o bem subtraído. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ. REsp 1395838/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T, j. 20/05/2014, DJE 28/05/2014)

O rompimento de vidro de veículo para furtar objetos do interior configura a qualificadora do rompimento de obstáculo

A destruição ou avaria de automóvel para a subtração de objeto que se encontra em seu interior faz incidir a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do CP. O rompimento de obstáculo para alcançar a res furtiva leva a uma maior reprovabilidade da conduta. (STF. HC 95.351, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21-10-2008, 1ª T, DJE de 7-11-2008.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. VEÍCULO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO DE AGENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DOSIMETRIA. ATOS INFRACIONAIS E PROCESSOS EM TRÂMITE PARA ELEVAR A PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚMULA 444 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PERMANÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. (...) 2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 1.079.847/SP, firmou a orientação de que "a subtração de objetos localizados no interior de veículo automotor, mediante o rompimento ou destruição do vidro do automóvel, qualifica o furto" (Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe, 5.9.2013). (...) (STJ. HC 182279/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, j. 09/06/2015, DJE 19/06/2015)

Informativo nº 532 do STJ: A subtração de objeto localizado no interior de veículo automotor mediante o rompimento do vidro qualifica o furto (art. 155, § 4º, I,

do CP). Precedente citado: EREsp 1.079.847-SP, Terceira Seção, Dje de 5/9/2013. AgRg no REsp 1.364.606- DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ªT, j. 22/10/2013.

Possibilidade de nomeação de peritos, na falta de peritos oficiais, para realização de perícia para verificar a qualificadora do rompimento de obstáculo

Informativo nº 532 do STJ: Verificada a falta de peritos oficiais na comarca, é válido o laudo pericial que reconheça a qualificadora do furto referente ao rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, I, do CP) elaborado por duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior, ainda que sejam policiais. A incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do CP está condicionada à comprovação do rompimento de obstáculo por laudo pericial, salvo em caso de desaparecimento dos vestígios, quando a prova testemunhal poderá lhe suprir a falta. Na ausência de peritos oficiais na comarca, é possível que se nomeie duas pessoas para realizar o exame, como autoriza o art. 159, § 1º, do CPP. O referido preceito, aliás, não impõe nenhuma restrição ao fato de o exame ser realizado por policiais. (STJ. REsp 1.416.392-RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 19/11/2013).

O uso de qualquer instrumento utilizados para abrir fechaduras configura a qualificadora da chave falsa

A jurisprudência do STF é firme no sentido de que o conceito de chave falsa abrange a chave “mixa” e todo e qualquer instrumento ou dispositivo empregado para abertura de fechaduras. (STF. HC 106.095, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3-5-2011, 1ª T, DJE de 19-5-2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. USO DE CHAVE MIXA. CONFIGURAÇÃO DO USO DE CHAVE FALSA. (...) 2. No que se refere ao furto qualificado pelo emprego de chave falsa, a jurisprudência desta Corte tem se manifestado no sentido de "o conceito de chave falsa abrange todo o instrumento, com ou sem forma de chave, utilizado como dispositivo para abrir fechadura, incluindo mixas" (HC n. 101.495/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 25/8/2008). Entendendo o Tribunal de origem que o crime foi cometido com o uso de chave mixa, impossível o afastamento da qualificadora. (...) 7. Habeas corpus não

conhecido. (STJ. HC 200126/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, j. 28/04/2015, DJE 18/05/2015)

Possibilidade de suprir a ausência de exame pericial no caso de crime de furto qualificado pela escalada

Informativo nº 529 do STJ: Ainda que não tenha sido realizado exame de corpo de delito, pode ser reconhecida a presença da qualificadora de escalada do crime de furto (art. 155, § 4º, II, do CP) na hipótese em que a dinâmica delitiva tenha sido registrada por meio de sistema de monitoramento com câmeras de segurança e a materialidade do crime qualificado possa ser comprovada por meio das filmagens e também por fotos e testemunhos. De fato, nas infrações que deixam vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito, nos termos do que disciplina o art. 158 do CPP, o qual somente pode ser suprido pela prova testemunhal quando aqueles houverem desaparecido. Contudo, estando devidamente demonstrada a existência de provas referentes à utilização da escalada para realizar o furto, por meio de filmagem, fotos e testemunhos, mostra-se temerário desconsiderar o arcabouço probatório ante a ausência de laudo pericial da escalada, o qual certamente apenas confirmaria as provas já existentes. Note-se que prevalece igualmente no STJ o entendimento de que não se deve reconhecer uma nulidade sem a efetiva demonstração do prejuízo, pois a forma não deve preponderar sobre a essência no processo penal. Ademais, importante ponderar que não pode o processo penal andar em descompasso com a realidade, desconsiderando elementos de prova mais modernos e reiteradamente usados, os quais, na maioria das vezes, podem revelar de forma fiel a dinâmica delitiva e as circunstâncias do crime praticado. (STJ. REsp 1.392.386-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T, j. 3/9/2013).

A qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo pode ser provada por testemunhas quando a infração não deixar vestígios

Tentativa de furto qualificado por rompimento de obstáculo. Desclassificação para furto simples tentado. Ausência de destruição ou rompimento efetivo do obstáculo. Desnecessidade. Doutrina. Não realização de perícia técnica para atestar a materialidade do crime previsto no art. 155, § 4º, I, do CP. Obstáculo não destruído por circunstâncias alheias à vontade do agen-

te. Ausência de vestígios. Inviabilidade do exame de corpo de delito. Existência de prova. Testemunha apta a comprovar a materialidade do delito. Ordem denegada. (STF. HC 102.856, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 6-5-2014, 2ª T, DJE de 21-5-2014.)

Há compatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento do repouso noturno

Informativo 851 do STF: 2ª Turma. Furto qualificado e causa de aumento de pena - 2 É legítima a incidência da causa de aumento de pena por crime cometido durante o repouso noturno (CP/1940, art. 155, § 1º) no caso de furto praticado na forma qualificada (CP/1940, art. 155, § 4º). Com base nesse entendimento, a Segunda Turma, em conclusão, denegou a ordem em “habeas corpus” — v. Informativo 824. Destacou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade das causas privilegiadas de furto (CP/1940, art. 155, § 2º) com a sua modalidade qualificada. Além disso, sustentou que a inserção pelo legislador do dispositivo da majorante antes das qualificadoras não inviabilizaria a aplicação da majorante do repouso noturno à forma qualificada de furto. Acrescentou que, de acordo com a análise dos tipos penais, a única estrutura permanente e inatingível diz respeito ao “caput”, representativo da figura básica do delito. Ademais, ressaltou que se deve interpretar cada um dos parágrafos constantes do tipo de acordo com a sua natureza jurídica, jamais pela sua singela posição ocupada topograficamente. HC 130952/MG, rel. Min. Dias Toffoli, j. 13.12.2016.

Informativo nº 554 do STJ: A causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do CP – que se refere à prática do crime durante o repouso noturno – é aplicável tanto na forma simples (caput) quanto na forma qualificada (§ 4º) do delito de furto. Isso porque esse entendimento está em consonância, mutatis mutandis, com a posição firmada pelo STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.193.194-MG, no qual se afigurou possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), máxime se presentes os requisitos. Dessarte, nessa linha de raciocínio, não haveria justificativa plausível para se aplicar o § 2º do art. 155 do CP e deixar de impor o § 1º do referido artigo, que, a propósito, compatibiliza-se com as qualificadoras previstas no § 4º do dispositivo. Ademais, cumpre salientar que o § 1º do art. 155 do CP refere-se à causa de aumento, tendo aplicação apenas na terceira fase da dosimetria, o

que não revela qualquer prejuízo na realização da dosimetria da pena com arrimo no método trifásico. Cabe registrar que não se desconhece o entendimento da Quinta Turma do STJ segundo o qual somente será cabível aplicação da mencionada causa de aumento quando o crime for perpetrado na sua forma simples (caput do art. 155). Todavia, o fato é que, após o entendimento exarado em 2011 no julgamento do EREsp 842.425-RS, no qual se evidenciou a possibilidade de aplicação do privilégio (§ 2º) no furto qualificado, não há razoabilidade em negar a incidência da causa de aumento (delito cometido durante o repouso noturno) na mesma situação em que presente a forma qualificada do crime de furto. Em outras palavras, uma vez que não mais se observa a ordem dos parágrafos para a aplicação da causa de diminuição (§ 2º), também não se considera essa ordem para imposição da causa de aumento (§ 1º). HC 306.450-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 4/12/2014, DJe 17/12/2014.

Não há continuidade delitiva entre furto e roubo por serem crimes de espécies diferentes

Não é admissível continuidade delitiva entre roubo e furto. Firmou o STF, em sessão plenária de 21-5-1980, no RE criminal 91.317 (RTJ 98/357), que não se configura crime continuado, quando há roubo e furto, porque esses delitos, embora da mesma natureza, não são, entretanto, da mesma espécie. (STF. HC 70.360, rel. min. Néri da Silveira, j. 17-8-1993, 2ª T, DJ de 3-6-1994.)

Caracteriza concurso formal a conduta única com lesão a patrimônios de vítimas diversas e não crime único

A jurisprudência deste STF é firme no sentido de configurar-se concurso formal a ação única que tenha como resultado a lesão ao patrimônio de vítimas diversas, e não crime único (...). (STF. HC 91.615, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11-9-2007, 1ª T, DJE de 28-9-2007.)

Inadmissibilidade de aplicar, ao furto qualificado pelo concurso de agentes, a majorante correspondente do roubo

É inadmissível aplicar, ao furto qualificado pelo concurso de agentes, a majorante do roubo. (Súmula nº 442 do STJ)

14 - Roubo e latrocínio

A) Prova, tipificação e consumação

Importância do depoimento da vítima

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, inciso II, c/c art. 70, todos do CP). Condenação. (...)5. Presença de elementos seguros para manter a condenação do recorrente: prisão em flagrante; depoimentos dos policiais e das vítimas e reconhecimento do réu ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento. (STF. RHC 119439, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 25/02/2014, DJe 04-09-2014)

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Penal e Processual Penal. Roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo. 3. Alegação de que a condenação ter-se-ia baseado unicamente em provas colhidas em sede policial. Depoimento das vítimas ratificado em juízo. Prisão em flagrante efetuada por policiais. Testemunho válido. 4. Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (STF. RHC 118086, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 03/12/2013)

ROUBO - PALAVRA DA VITIMA EM CONSONÂNCIA COM DEMAIS PROVAS DOS AUTOS - VALOR - RELEVÂNCIA: A palavra da vítima representa viga mestra da estrutura probatória e sua acusação firme e segura com apoio em outros elementos de convicção autoriza o édito condenatório. (TJ/SP. Apelação 0012427-51.2011.8.26.0161, 15ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. J. Martins, j. 14/03/2013, Publicação 08/04/2013)

Vítima sem bens de valor em seu poder não caracteriza crime impossível

A inexistência de objeto de valor em poder da vítima não descaracteriza a figura típica prevista no art. 157 do CP, porquanto o roubo é modalidade de crime complexo, cuja primeira ação — a violência ou grave ameaça — constitui início de execução. (STF. HC 78.700, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16-3-1998, 1ª T, DJ de 14-5-1999.)

Princípio da insignificância não é aplicável

A Segunda Turma desta Corte afirmou entendimento no sentido de ser “inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo (art. 157, CP), por se tratar de crime complexo, no qual o tipo penal tem como elemento constitutivo o fato de que a subtração de coisa móvel alheia ocorra “mediante grave ameaça ou violência à pessoa”, a demonstrar que visa proteger não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal” (STF. AI 557.972 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 31-3-2006). (STF. HC 95.174, Rel. Min. Eros Grau, j. 9-12-2008, 2ª T, DJE de 20-3-2009.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCOMPATIBILIDADE. É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (STF. RHC 106360, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª T, j. 18/09/2012, DJe 03-10-2012)

“Princípio da insignificância: não pode ser aplicado no contexto do roubo. Trata-se de crime complexo, que protege outros bens além do patrimônio, de forma que a violência ou a grave ameaça não poder ser consideradas de menor relevância, configuradora do delito de bagatela.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.735).

Impossibilidade de “roubo de uso” (conduta tipificada como roubo)

Informativo nº 539 do STJ: É típica a conduta denominada “roubo de uso”. De início, cabe esclarecer que o crime de roubo (art. 157 do CP) é um delito complexo que possui como objeto jurídico tanto o patrimônio como a integridade física e a liberdade do indivíduo. Importa assinalar, também, que o ânimo de apossamento – elementar do crime de roubo – não implica, tão somente, o aspecto de definitividade, pois se apossar de algo é ato de tomar posse, de dominar ou de assenhorar-se do bem subtraído, que pode trazer o intento de ter o bem para si, de entregar para outrem ou apenas de utilizá-lo por determinado período. Se assim não fosse, todos os acusados de delito de roubo, após a prisão, poderiam afirmar que não pretendiam ter a posse definitiva dos bens subtraídos para tornar a conduta atípica. Ressalte-se, ainda, que o STF e o STJ, no que se refere à consumação do crime de roubo, adotam a teoria da apreensão, também denominada de amo-

tio, segundo a qual se considera consumado o delito no momento em que o agente obtém a posse da res furtiva, ainda que não seja mansa e pacífica ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. Ademais, a grave ameaça ou a violência empregada para a realização do ato criminoso não se compatibilizam com a intenção de restituição, razão pela qual não é possível reconhecer a atipicidade do delito “roubo de uso”. REsp 1.323.275-GO, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 24/4/2014.

Consumação do crime com inversão da posse

É de se considerar consumado o roubo quando o agente, cessada a violência ou a grave ameaça, inverte a posse da coisa subtraída. Desnecessário que o bem objeto do delito saia da esfera de vigilância da vítima. O simples fato de a vítima comunicar imediatamente o ocorrido à polícia, com a respectiva captura do acusado nas proximidades do local do crime, não descaracteriza a consumação do delito. (STF. HC 95.998, Rel. Min. Ayres Britto, j. 12-5-2009, 1ª T, DJE de 12-6-2009)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. *Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. TESE: Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.* 2. *A jurisprudência pacífica desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é de que o crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima. Jurisprudência do STF (evolução).* 3. *Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo que a consumação do crime de roubo independe da posse mansa e pacífica da res furtiva, restabelecer a pena e o regime prisional fixados na sentença. (STJ). REsp 1499050, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 3ª Seção, j. 14/10/2015, DJE 09/11/2015)*

B) Roubo majorado

Não necessidade da apreensão da arma para majorar a pena

Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa. A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima — reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente — ou pelo depoimento de testemunha presencial. Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do CPP. A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. (STF. HC 96.099, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19-2-2009, DJE de 5-6-2009.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO. ART. 157, § 2.º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. DISPENSABILIDADE. COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. 1. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos. 2. É prescindível a apreensão e a perícia na arma de fogo para a configuração da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, tendo em vista a possibilidade de se comprovar a potencialidade lesiva da arma de fogo por outros meios probatórios. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no REsp 1081205/ RS agravo regimental no recurso especial 2008/0179899-7, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 26/05/2009, DJe 15/06/2009)

Cabe à Defesa o ônus de provar que a arma usada é desprovida de lesividade

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATES-

TAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARMAMENTO. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. PRECEDENTES. 1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS). 2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP. 3. Exigir a apreensão e a perícia no revólver comprovadamente empregado no roubo teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação. (...) (STJ. HC 314292, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), 5ª T, j. 06/08/2015, DJE 25/08/2015)

Concurso de agentes com criança ou adolescente não afasta a majorante

Roubo majorado pelo concurso de agentes. (...) O fato de o crime ter sido cometido por duas pessoas, sendo uma delas menor inimputável, não tem o condão de descaracterizar o concurso de agentes, de modo a excluir a causa de aumento prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP. (STF. HC 110.425, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 5-6-2012, 1ª T, DJE de 8-8-2012.)

C) Pena e regime prisional

Regime fechado quando há uso de arma de fogo

Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo (...). O emprego de arma de fogo, circunstância objetiva do caso concreto vinculada à maneira de agir do acusado, constitui fundamento idôneo para a imposição de regime inicial fechado, mesmo na hipótese de a pena-base haver sido fixada no mínimo legal. (STF. HC 124.663 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18-11-2014, 1ª T, DJE de 11-12-2014.)

EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MOTIVO CONCRETO E SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, DIVERSA DA UTILIZADA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. OBSERVÂNCIA DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ (STJ – HC 291.220/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 08/05/2014, DJe 14/05/2014; no mesmo sentido: STJ – HC 293.512/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. em 18/06/2014, DJe 01/07/2014; STJ – HC 294.803/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Newton Trisotto (Des. Convocado do TJ/SC), j. em 18/09/2014, DJe 26/09/2014; STF – HC 123.110, AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 19/08/2014, DJe-178, Public 15-09-2014; STJ – HC 278.175/SP, 6º Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 05/06/2014, DJe 10/06/2014; STJ – HC 291.782/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 27/05/2014, DJe 04/06/2014).

PENA - Regime - Fixação - Roubo qualificado - Manutenção do regime prisional fechado - Quantidade de pena e gravidade da conduta - Cabimento - Rigor imposto, necessário à prevenção e à repressão da criminalidade, posto cuidar-se de crime em concurso de agentes armados - Precedentes - Recursos do réu improvido e dos corréus provido. (TJ/SP - Ap. Criminal nº 993.08.020.198-6, 16ª Câmara de Direito Criminal - Rel. Des. Otávio Augusto de Almeida Toledo, j. 26.01.2010).

Possibilidade de estabelecimento de regime prisional mais gravoso em razão da gravidade concreta da conduta delituosa

Informativo nº 548 do STJ: Ainda que consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), é admissível a fixação do regime prisional fechado aos não reincidentes condenados por roubo a pena superior a quatro anos e inferior a oito anos se constatada a gravidade concreta da conduta delituosa, aferível, principalmente, pelo uso de arma de fogo. Precedentes citados: HC 274.908-SP, Quinta Turma, DJe 2/9/2014; HC 293.512-SP, Quinta Turma, DJe 1º/7/2014; e HC 262.939-SP, Sexta Turma, DJe 25/4/2014. HC 294.803-SP, Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), j. 18/9/2014.

Reconhecimento de concurso formal quando houver vítimas, mesmo que da mesma família, e patrimônios distintos

(...) ROUBO CIRCUNSTANCIADO PRATICADO CONTRA DIFERENTES VÍTIMAS. PATRIMÔNIOS DISTINTOS LESADOS. CONFIGURAÇÃO DE CON-

CURSO FORMAL E NÃO CRIME ÚNICO. IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO FAMILIAR ENTRE AS VÍTIMAS. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. DESPROVIMENTO. 1. Esta Corte tem o pacífico entendimento de que há concurso formal, e não apenas um crime, quando, em um único evento, o roubo é perpetrado em violação a patrimônios de diferentes vítimas. 2. O fato de as vítimas pertencerem a uma mesma família não faz comuns os bens lesados. 3. Na hipótese, num mesmo arroubo delitivo, a subtração acometeu bens de duas vítimas (pai e filho), circunstância que, por si só, autoriza a identificação de mais de um fato delituoso, os quais devem ser considerados em concurso formal. 4. Agravo Regimental desprovido. (STJ. AgRg no REsp: 984371 RS 2007/0210263-2, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24/11/2008, 5ª T, DJe 19/12/2008)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C OS ARTS. 29, 70 E 61, INCISOS I E II, ALÍNEA H, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ROUBO CONTRA VÁRIAS VÍTIMAS E PATRIMÔNIOS DIVERSOS. AÇÃO ÚNICA. CONCURSO FORMAL. I - Crime de roubo, praticado no mesmo contexto fático, contra vítimas diferentes, constitui concurso ideal (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). II - Na hipótese, tendo sido o roubo praticado contra vítimas diferentes, impossível o reconhecimento de que se trataria de crime único. Writ denegado. (STJ. HC 148447 MG 2009/0186385-6, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/03/2010, 5ª T, DJe 26/04/2010).

Premeditação do agente (culpabilidade) e valor roubado (consequências) justificam o aumento da pena base

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 157, § 1.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES N.º 282 DA SUPREMA CORTE E 211 DESTA CORTE SUPERIOR. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DESFAVORÁVEIS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DO AUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...). 2. Na hipótese dos autos, não merece censura o julgado, quanto à majoração da pena-base em face da maior culpabilidade do Agravante, evidenciada pela natureza premeditada da prática delituosa. Ainda, o elevado montante objeto do roubo - R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), o que daria, atualmente, pouco mais de 82 (oitenta e duas) vezes o valor do salário mí-

nimo - é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base, a título de conseqüências do delito. 3. Acrescente-se que o legislador não delimitou parâmetros para a fixação da pena-base, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado, o que ocorreu na hipótese. 4. À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 288922, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 18/06/2014, DJE 01/08/2014)

D) Latrocínio

Ocorrência de concurso formal impróprio no crime de latrocínio quando o agente, mediante uma única subtração patrimonial, provoca mais de uma morte

SUBTRAÇÃO DE UM ÚNICO PATRIMÔNIO E MORTE DE DUAS VÍTIMAS. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. DELITO COMPLEXO. PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO E À VIDA. EXISTÊNCIA DE CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. Pacificou-se na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça o entendimento de que há concurso formal impróprio no latrocínio quando ocorre uma única subtração e mais de um resultado morte, uma vez que se trata de delito complexo, cujos bens jurídicos tutelados são o patrimônio e a vida. 2. No caso dos autos, as instâncias de origem consignaram que embora tenha sido subtraída uma caminhonete, os acusados teriam efetuado vários disparos contra as vítimas, levando-as à óbito, o que impede o reconhecimento de crime único, consoante os precedentes deste Sodalício. 3. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 336680/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 17/11/2015, DJE 26/11/2015)

Roubo não é absorvido pelo latrocínio no caso de crimes praticados contra vítimas diferentes

Só é possível a consunção do crime de roubo pelo de latrocínio (infração mais grave) quando as ações criminosas (subtração do patrimônio e lesão à vida) forem praticadas contra uma mesma vítima. Não havendo homogeneidade de execução na prática dos delitos de roubo e latrocínio, inviável falar-se em crime único quando a ação delituosa atinge bens jurídicos distintos de diferentes vítimas, de-

vendo incidir, à hipótese, a regra do concurso material, tal como ocorreu na espécie. (STF. HC 115.580, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 5-11-2013, 2ª T, DJE de 21-11-2013.)

Em roubo armado, todos os agentes respondem por latrocínio quando há resultado morte

É jurisprudência assente desta Corte que “o coautor que participa de roubo armado, responde pelo latrocínio, ainda que o disparo tenha sido efetuado só pelo comparsa” (HC 74.861/SP). Não pode, porém, ser imputado o resultado morte ao coautor quando há rompimento do nexo causal entre a conduta dele e a de seu comparsa, como quando o coautor é preso pela polícia antes da realização do disparo do tiro fatal pelo comparsa e ainda em local diverso da prática do roubo. (STF. HC 109.151, Rel. Min. Rosa Weber, j. 12-6-2012, 1ª T, DJE de 23-8-2012)

Desnecessidade de ocorrência de lesões corporais para a caracterização do crime de latrocínio tentado

Informativo nº 521 do STJ: O reconhecimento da existência de irregularidades no laudo pericial que atesta a natureza das lesões sofridas pela vítima de tentativa de latrocínio (157, § 3º, parte final, do CP) não resulta na desclassificação da conduta para alguma das outras modalidades de roubo prevista no art. 157 do CP. Isso porque, para a configuração daquele delito, é irrelevante se a vítima sofreu lesões corporais. Efetivamente, a figura típica do latrocínio se consubstancia no crime de roubo qualificado pelo resultado, em que o dolo inicial é de subtrair coisa alheia móvel, sendo que as lesões corporais ou a morte são decorrentes da violência empregada, atribuíveis ao agente a título de dolo ou culpa. Desse modo, embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. Por essa razão, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que o crime de latrocínio tentado se caracteriza independentemente de eventuais lesões sofridas pela vítima, bastando que o agente, no decorrer do roubo, tenha agido com o desígnio de matá-la. (STJ. HC 201.175-MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 23/4/2013).

Possibilidade de agravamento da pena do autor direto do resultado morte, em relação ao coautor do mesmo crime

"HABEAS CORPUS" - PACIENTE CONDENADO COMO AUTOR DO CRIME DE LATROCINIO - PUNIÇÃO PENAL MAIS GRAVE QUE A IMPOSTA AO CO-AUTOR - LEGITIMIDADE - SENTIDO DO ART. 29, "CAPUT", "IN FINE", DO CP - RÉU TECNICAMENTE PRIMARIO - POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DA PENA EM GRAU SUPERIOR AO MINIMO - EXACERBAÇÃO PENAL MOTIVADA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - PEDIDO INDEFERIDO. - A norma consubstanciada no art. 29 do CP, que contém atenuações ao princípio da unidade do crime, não impede que o magistrado, ao proferir a sentença penal condenatória, imponha penas desiguais ao autor e ao co-autor da prática delituosa. A possibilidade jurídica desse tratamento penal diferenciado justifica-se, quer em face do próprio princípio constitucional da individualização das penas, quer em função da cláusula legal que, inscrita no art. 29, "caput", "in fine", do CP, destina-se a "minorar os excessos da equiparação global dos co-autores" (PAULO JOSE DA COSTA JUNIOR). Justifica-se, desse modo, a imposição de condenação penal, em níveis objetivamente mais graves, ao autor do delito de latrocínio. - O réu, ainda que tecnicamente primário, não tem direito subjetivo à aplicação da pena em seu grau mínimo. O magistrado sentenciante, tendo presentes os diversos fatores que concretizam as circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 do CP, pode, em decisão plenamente motivada, exasperar a sanção penal impositiva. (STF. HC 70.022/RJ, Rel. Min. Celso de Melo, j. 20/04/1993, DJE 14/05/1993)

15 - Extorsão e extorsão mediante sequestro

Ocorrência de concurso material entre roubo e extorsão quando o agente, após roubar os bens da vítima, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha para sacar dinheiro de sua conta corrente

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO E EXTORSÃO. CRIME ÚNICO. INEXISTÊNCIA. CONDUTAS DIVERSAS, PRATICADAS EM CONCURSO MATERIAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, se durante o mesmo contexto fático, o agente, mediante grave ameaça, subtrai coisa móvel da vítima e exige que ela forneça a senha do cartão do banco para a realização de saques em sua conta bancária, configuram-se os crimes de roubo e extorsão, em concurso material. 2. No caso, os agravantes, após subtraírem os bens da vítima, restringiram a sua liberdade, retendo-a no interior do seu automóvel juntamente com a sua filha, e a obrigaram a fornecer a senha do cartão bancário, tudo mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, circunstâncias que demonstram a existência de desígnios autônomos e distintos, evidenciando-se o concurso material e não crime único. 3. Ademais, ambas as turmas da Egrégia Terceira Seção desta Corte Superior firmaram entendimento de que os crimes de roubo e extorsão, a despeito de serem da mesma natureza, são infrações de espécies diferentes, razão pela qual não há como admitir a continuidade delitiva. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no AREsp 745957/ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, j. 19/11/2015, DJE 10/12/2015)

Impossibilidade de reconhecimento de continuidade delitiva entre roubo e extorsão

Crimes de roubo e de extorsão. Ilícitos penais que não constituem “crimes da mesma espécie”. Consequente impossibilidade de reconhecimento, quanto a eles, do nexo de continuidade delitiva. Legitimidade da aplicação da regra pertinente ao concurso material (quot crimina tot poenae). (STF. HC 71.174, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11-10-1994, 1ª T, DJ de 1º-12-2006.)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO MATERIAL. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. CONCURSO MATERIAL. (...) 2. As Turmas Criminais deste Sodalício Superior adotam a teoria mista para o reconhecimento do crime continuado, previsto no art. 71 do Código Penal, de modo que sua configuração demanda o preenchimento dos requisitos objetivos contidos no dispositivo (mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) bem como do subjetivo, qual seja, a existência da unidade de desígnios entre os delitos praticados. 3. Acertadamente as instâncias ordinárias reconheceram o concurso material dos crimes praticados (roubo qualificado e extorsão mediante sequestro), o que afastou a tese defensiva do crime continuado pela inexistência dos requisitos objetivos e subjetivos. 4. Impossível o reconhecimento do nexo de continuidade delitiva entre o roubo e a extorsão mediante sequestro, por serem ações delituosas não homogêneas e de desígnios independentes, revelando-se como clara pluralidade de condutas autônomas. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 240930/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, j. 03/12/2015, DJE 01/02/2016)

Configura o crime de extorsão a exigência de pagamento em troca da devolução do veículo furtado, sob a ameaça de destruição do bem

Informativo 531 do STJ: Sexta Turma DIREITO PENAL. CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE EXTORSÃO. Pode configurar o crime de extorsão a exigência de pagamento em troca da devolução do veículo furtado, sob a ameaça de destruição do bem. De acordo com o art. 158 do CP, caracteriza o crime de extorsão “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 fazer alguma coisa”. A ameaça – promessa de causar um mal –, como meio de execução do crime de extorsão, deve sempre ser dirigida a uma pessoa (alguém), sujeito passivo do ato de constranger. Dessa conclusão, porém, não deriva outra: a de que a ameaça se dirija apenas à integridade física ou moral da vítima. Portanto, contanto que a ameaça seja grave, isto é, hábil para intimidar a vítima, não é possível extrair do tipo nenhuma limitação quanto aos bens jurídicos a que o meio coativo pode se dirigir. A propósito, conforme a Exposição de Motivos do Código Penal, “a extorsão é definida numa fórmula unitária, suficientemente ampla para abranger todos os casos possíveis na prática”. REsp 1.207.155-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 7/11/2013.

Ameaça “espiritual” serve para configurar crime de extorsão

(...) MAL ESPIRITUAL. INEFICÁCIA DA AMEAÇA NÃO CONFIGURADA. VÍTIMA QUE, COAGIDA, EFETUOU O PAGAMENTO DA INDEVIDA VANTAGEM ECONÔMICA (...) 3. A alegação de ineficácia absoluta da grave ameaça de mal espiritual não pode ser acolhida, haja vista que, a teor do enquadramento fático do acórdão, a vítima, em razão de sua livre crença religiosa, acreditou que a recorrente poderia concretizar as intimidações de "acabar com sua vida", com seu carro e de provocar graves danos aos seus filhos; coagida, realizou o pagamento de indevida vantagem econômica. Tese de violação do art. 158 do CP afastada. (...) 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido. Agravo regimental prejudicado. (STJ. 6ª Turma. REsp 1.299.021. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 14/02/2017, DJe 23/02/2017).

Extorsão mediante sequestro: Consumação se dá no local do sequestro

O delito de extorsão mediante sequestro é de natureza permanente e sua consumação se opera no local em que ocorre o sequestro da vítima, com objetivo de obtenção da vantagem, e não no da entrega do resgate. (STF. HC 73.521, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16-4-1996, 1ª T, DJ de 2-8-1996.)

Extorsão mediante sequestro: relevância da confissão extrajudicial

PENAL. APELAÇÃO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. Recurso interposto visando à condenação do apelado. Pertinência. Acusado que, em comparsaria com outros indivíduos, sequestrou a vítima, mantendo-a em cativeiro por dezenove dias, até que efetuado o pagamento de preço de resgate. Confissão extrajudicial, fornecida com detalhamento, corroborada por prova judicializada. Validade da confissão pelo seu teor, indiferente o local da colheita. Precedentes. Reconhecimento, por parte da vítima, do acusado na fase policial, com confirmação da existência do ato, a despeito de sua não ratificação em juízo, devido exclusivamente ao tempo decorrido dos fatos (mais de dez anos), mas com identificação de semelhanças físicas. Plurais circunstâncias do crime (local do cativeiro, qualificação da vítima, valor exigido com preço de resgate, familiar que tomou as iniciativas das negociações e tempo de cárcere) confessadas extrajudicialmente e confirmadas por prova oral que excluem situação de mera coincidência, trazendo certeza quanto a respon-

sabilidade do acusado no delito apurado. Provimento. (TJ/SP. 8ª Câmara de Direito Criminal, Processo nº 0005878-58.2002.8.26.0543. Rel. Des. Alcides Malossi Junior, j.23/03/2017.)

Apelação criminal. Extorsão mediante sequestro Artigo 159, §1º do Código Penal. Provas amealhadas ao longo da instrução que indicam a responsabilidade incontestada do apelante em relação à imputação descrita na peça acusatória. Réu que manteve em sua própria casa a vítima em cativeiro, até o pagamento do resgate. Confissão extrajudicial. Validade. Precedentes. Provas firmes e seguras. Ausência de reconhecimento pessoal. Irrelevância, visto que todo o tempo os criminosos faziam uso de luvas e capuz, no intuito de não serem reconhecidos. Voz do sequestrador reconhecida por testemunha incumbida de efetuar a negociação. Conjunto probatório firme e robusto, em oposição tão somente a negativa apresentada pelo réu em Juízo, a qual restou isolada Sentença mantida. recurso não provido. (TJ/SP. 6ª Câmara de Direito Criminal, Processo nº 011183-69.2001.8.26.0248. Rel. Des. Silmar Fernandes, J. 15/03/2012.)

Possibilidade de incidência das causas de aumento de pena da extorsão na hipótese de “sequestro relâmpago”

Informativo nº 590 do STJ: Em extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, sendo essa condição necessária para a obtenção da vantagem econômica (art. 158, § 3º, do CP), é possível a incidência da causa de aumento prevista no § 1º do art. 158 do CP (crime cometido por duas ou mais pessoas ou com emprego de arma). A Lei n. 11.923/2009 não cria um novo delito autônomo chamado de "sequestro relâmpago", sendo apenas um desdobramento do tipo do crime de extorsão, uma vez que o legislador apenas definiu um modus operandi do referido delito. É pressuposto para o reconhecimento da extorsão qualificada a prática da ação prevista no caput do art. 158 do CP, razão pela qual não é possível dissociar o crime qualificado das circunstâncias a serem sopesadas na figura típica do art. 158. Assim, tendo em vista que o texto legal é dotado de unidade e que as normas se harmonizam, conclui-se, a partir de uma interpretação sistemática do art. 158 do CP, que o seu § 1º não foi absorvido pelo § 3º, pois, como visto, o § 3º constitui-se qualificadora, estabelecendo outro mínimo e outro máximo da pena abstratamente cominada ao crime; já o § 1º prevê uma causa especial de aumento de pena. Dessa forma, ainda que topologicamente a qualificadora esteja situada após a causa especial de aumento de pena, com esta não se funde, uma vez que tal fato configura mera ausência de técnica legislativa, que se explica pela inser-

ção posterior da qualificadora do § 3º no tipo do art. 158 do CP, que surgiu após uma necessidade de reprimir essa modalidade criminosa. Ademais, não há qualquer impedimento do crime de extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima ser praticado por uma só pessoa sem o emprego de arma, o que configuraria o crime do § 3º do art. 158 do CP sem a causa de aumento do § 1º do art. 158. Em circunstância análoga, na qual foi utilizada majorante prevista topologicamente em parágrafo anterior à forma qualificada, tal como na hipótese, o STJ decidiu que, sendo compatível o privilégio do art. 155, § 2º, do CP com as hipóteses objetivas de furto qualificado (REsp 1.193.194-MG, Terceira Seção, recurso representativo de controvérsia, DJe 28/8/2012), mutatis mutandis, não há incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno (AgRg no AREsp 741.482-MG, Quinta Turma, DJe 14/9/2015; e HC 306.450-SP, Sexta Turma, DJe 17/12/2014). REsp 1.353.693-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ªT, j. 13/9/2016, DJe 21/9/2016.

16 - Dano

Não aplicação do princípio da insignificância em caso de dano qualificado a telefone público

Dano qualificado. Protetor de fibra do aparelho telefônico (orelhão) pertencente à Brasil Telecom — concessionária de serviço público. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Ausência dos vetores da mínima ofensividade da conduta do agente e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento. (STF. HC 115.383, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25-6-2013, 2ª T, DJE de 22-11-2013)

Não aplicação do princípio da insignificância em caso de dano qualificado a torneira de cela por preso

3. *Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004)* 4. *Não é insignificante a conduta do paciente que, preso em cadeia pública, destruiu uma torneira em sua cela, visando deixar os demais detentos sem água, tumultuando o ambiente carcerário.* 5. *Em tais circunstâncias, não há como reconhecer o caráter insignificante do comportamento imputado, ainda que o objeto material do crime seja de ínfimo valor, havendo afetação do bem jurídico pelo modo como perpetrado o delito e pela qualidade da vítima (Município).* 6. *Ordem denegada.* (STJ. HC 148599, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 02-02-2012, DJe 12-02-2012)

Preso que danifica a cela para fugir pratica crime de dano

PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". CRIME DE DANO. PRESO QUE DANIFICA A CELA PARA FUGIR. EXIGÊNCIA APENAS DO DOLO

GENÉRICO. CP, art. 163, parágrafo único, III. I. - Comete o crime de dano qualificado o preso que, para fugir, danifica a cela do estabelecimento prisional em que esta recolhido. Cod. Penal, art. 163, parag. único, III. II. - O crime de dano exige, para a sua configuração, apenas o dolo generico. III. - H.C. indeferido. (STF. HC 73189, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 23-2-1996, 2ª T, DJ 29-03-1996)

17 - Apropriação indébita

Advogado que se apropria de valores do cliente configura apropriação indébita

Tratando-se de crime de apropriação indébita praticado por advogado, que, constituído nos autos de inventário, recebeu em datas diversas, mediante alvarás judiciais, quantias pertencentes aos seus clientes, sem repassar-lhes os devidos valores, consuma-se o delito com a inequívoca demonstração da recusa de repasse. (STF. HC 75.427-9, Rel. Maurício Corrêa, 2ª T, j. 27.06.1997 – DJU 22.08.1997)

Criminal. Recurso em habeas corpus. Apropriação indébita. Trancamento de ação penal. Advogado. Valores depositados à título de indenização. Retenção da quantia. Alegação de ausência de dolo específico. Direito de retenção. Ausência de previsão contratual. Exercício regular do direito. Inocorrência. Autoria e materialidade demonstradas, em tese. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Impropriedade do writ. Recurso desprovido – “(...) Hipótese em que o paciente foi denunciado pela prática do delito de apropriação indébita, porque teria recebido as quantias depositadas pela municipalidade, à título de indenização, por força da procuração outorgada por seus clientes, deixando de repassá-las aos mesmos, retendo-as injustificadamente. Se o tribunal a quo ressalta que o contrato de honorários anexados autos previa dez por cento da indenização que viesse a ser apurada, pela atuação profissional, além dos honorários de sucumbência judicialmente fixados, nada referindo acerca de eventual direito de retenção das quantias depositadas, deve ser afastada a hipótese de que o paciente praticou o fato no exercício regular de um direito. Tem-se configurado, a princípio, o delito de apropriação indébita, pois, de acordo com a inicial acusatória e com o acórdão a quo, o paciente levantou as quantias depositadas, em ação expropriatória, pela Administração Pública à título de indenização dos seus clientes, retendo-as injustificadamente, agindo, portanto, com dolo específico de se apropriar de coisa alheia (...)” (STJ. RHC 16.146, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T, j. 26/06/2004, DJU 02.08.2004).

Devolução do do valor apropriado pelo advogado ao cliente não desconfigura apropriação indébita

O fato de o advogado restituir ao seu cliente dinheiro que, anteriormente, havia apropriado indevidamente, não implica o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Tal hipótese somente poderá caracterizar arrependimento poste-

rior, circunstância que deve ser avaliada na aplicação da pena. (STJ. RHC, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª T, j. 1.º.09.1998).

Prescindibilidade da prestação de contas

Consoante pacífico entendimento desta Corte, é inexigível a prévia prestação de contas para a caracterização do delito de apropriação indébita. (STJ. HC 34.400, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, j. 28/09/2004, DJU 03.11.2004).

A prévia prestação de contas não é indispensável à caracterização do crime de apropriação indébita. (STJ. HC 30.344, Rel. Gilson Dipp, 5ª T, j. 15/06/2004, DJU 02.08.2004).

A interpelação judicial e a prestação de contas não constituem formalidade essencial para ajuizamento da ação penal

“A interpelação judicial, nos casos de não restituição ou recusa na devolução da coisa, não constitui formalidade essencial para o ajuizamento da ação penal pelo MP. Prescinde-se também da prestação de contas para o oferecimento da denúncia. A matéria pode (e deve) ser resolvida no bojo da ação penal, salvo em hipóteses excepcionais, tais como ocorrem no contrato de mandato.” (MASSON, Cléber. Código Penal Comentado. São Paulo: Método, 2013, p.671).

18 - Estelionato e outras fraudes

Não aplicação do princípio da insignificância quando a vítima for entidade de direito público

Crime de estelionato praticado em detrimento de entidade de direito público. Art. 171, § 3º, do CP. (...) Na espécie, não há como considerar de reduzida expressividade financeira o montante de R\$ 398,38 auferido pela paciente por meio de saques irregulares de contas inativas vinculadas ao FGTS, levando-se em conta que o salário mínimo vigente à época dos fatos não ultrapassava o valor de R\$ 151,00. De outra parte, a conduta da paciente é dotada de acentuado grau de reprovabilidade, “na medida em que a fraude foi perpetrada contra programa social do governo que beneficia inúmeros trabalhadores”. Essa circunstância, aliada à expressividade financeira do valor auferido pela paciente à época dos fatos, inibe a aplicabilidade do postulado da insignificância ao caso concreto. (STF. HC 110.845, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10-4-2012, 1ª T, DJE de 1º-6-2012.)

O pagamento integral do dano não extingue a punibilidade como se dá nos casos de crimes tributários

A norma do art. 9º da Lei 10.684/2003 revela-se de natureza especial, guardando pertinência apenas em relação a tributo. É impróprio evocá-la no tocante ao estelionato, quando a reparação do dano pode atrair causa de diminuição da pena — art. 16 do CP — ou atenuante — art. 65 do mesmo diploma. (STF. HC 98.218, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12-4-2011, 1ª T, DJE de 4-5-2011.)

Informativo 796 do STF: 2ª Turma. A causa especial de extinção de punibilidade prevista no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003, relativamente ao pagamento integral do crédito tributário, não se aplica ao delito de estelionato (CP, art. 171). Esse o entendimento da Segunda Turma, que negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que se 125 pleiteava a declaração da extinção da punibilidade em razão do ressarcimento integral do dano causado à vítima do estelionato. (RHC 126917/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 25.8.2015.)

Não configura óbice ao prosseguimento da ação penal o ressarcimento do dano decorrente de estelionato praticado mediante a emissão de cheque furtado sem provisão de fundos

Informativo nº 537 do STJ: Não configura óbice ao prosseguimento da ação penal – mas sim causa de diminuição de pena (art. 16 do CP) – o ressarcimento integral e voluntário, antes do recebimento da denúncia, do dano decorrente de estelionato praticado mediante a emissão de cheque furtado sem provisão de fundos. De fato, a conduta do agente que emite cheque que chegou ilícitamente ao seu poder configura o ilícito previsto no caput do art. 171 do CP, e não em seu § 2º, VI. Assim, tipificada a conduta como estelionato na sua forma fundamental, o fato de ter o paciente ressarcido o prejuízo à vítima antes do recebimento da denúncia não impede a ação penal, não havendo falar, pois, em incidência do disposto na Súmula 554 do STF, que se restringe ao estelionato na modalidade de emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos, prevista no art. 171, § 2.º, VI, do CP. A propósito, se no curso da ação penal ficar devidamente comprovado o ressarcimento integral do dano à vítima antes do recebimento da peça de acusação, esse fato pode servir como causa de diminuição de pena, nos termos do previsto no art. 16 do CP. Precedentes citados: RHC 29.970-SP, Quinta Turma, DJe 3/2/2014; e HC 61.928-SP, Quinta Turma, DJ 19/11/2007. HC 280.089-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/2/2014.

Possibilidade de aumento de pena-base fundado na confiança da vítima no autor de estelionato

Informativo nº 576 do STJ: O cometimento de estelionato em detrimento de vítima que conhecia o autor do delito e lhe depositava total confiança justifica a exasperação da pena-base. De fato, tendo sido apontados argumentos idôneos e diversos do tipo penal violado que evidenciam como desfavoráveis as circunstâncias do crime, não há constrangimento ilegal na valoração negativa dessa circunstância judicial (STJ. HC 86.409-MS, Sexta Turma, DJe 23/10/2014). STJ. HC 332.676-PE, Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), j.17/12/2015, DJe 3/2/2016).

Inaplicabilidade do princípio da consunção de estelionato após roubo de cheque

Informativo nº 562 do STJ: O delito de estelionato não será absorvido pelo de roubo na hipótese em que o agente, dias após roubar um veículo e os objetos pessoais dos seus ocupantes, entre eles um talonário de cheques, visando obter vantagem

ilícita, preenche uma de suas folhas e, diretamente na agência bancária, tenta sacar a quantia nela lançada. Isso porque a falsificação da cártula, no caso, não é mero exaurimento do crime antecedente, porquanto há diversidade de desígnios e de bens jurídicos lesados. Dessa forma, inaplicável o princípio da consunção. Precedente citado: (REsp 1.111.754-SP, Sexta Turma, DJe 26/11/2012. HC 309.939-SP, Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), j. 28/4/2015, DJe 19/5/2015).

Tipicidade do delito de duplicata simulada mesmo que não haja qualquer venda de mercadoria ou prestação de serviço

Informativo nº 534 do STJ: O delito de duplicata simulada, previsto no art. 172 do CP (redação dada pela Lei 8.137/1990), configura-se quando o agente emite duplicata que não corresponde à efetiva transação comercial, sendo típica a conduta ainda que não haja qualquer venda de mercadoria ou prestação de serviço. O art. 172 do CP, em sua redação anterior, assim estabelecia a figura típica do delito de duplicata simulada: “Expedir ou aceitar duplicata que não corresponda, juntamente com a fatura respectiva, a uma venda efetiva de bens ou a uma real prestação de serviço”. Com o advento da Lei 8.137/1990, alterou-se a redação do dispositivo legal, que passou a assim prever: “Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado”. Conforme se depreende de entendimento doutrinário e jurisprudencial, a alteração do artigo pretendeu abarcar não apenas os casos em que há discrepância qualitativa ou quantitativa entre o que foi vendido ou prestado e o que consta na duplicata, mas também aqueles de total ausência de venda de bens ou prestação de serviço. Dessa forma, observa-se que o legislador houve por bem ampliar a antiga redação daquele dispositivo, que cuidava apenas da segunda hipótese, mais grave, de modo a também punir o emitente quando houver a efetiva venda de mercadoria, embora em quantidade ou qualidade diversas. Precedente citado: REsp 443.929-SP, Sexta Turma, DJ 25/6/2007. REsp 1.267.626-PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.5/12/2013.

19 - Receptação

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de receptação simples

Receptação de bens avaliados em R\$ 258,00. Aplicabilidade do princípio da insignificância: inviabilidade. Alto grau de reprovabilidade da conduta. (...) Nas circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante do ponto de vista social; pois, além de o valor dos bens receptados terem sido avaliados em R\$ 258,00, o que equivale a 86% do salário mínimo da época em que se deram os fatos, o crime de receptação estimula outros crimes até mais graves, como latrocínio e roubo. (STF. HC 108.946, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22-11-2011, 1ª T, DJE de 7-12-2011.)

Não aplicação do princípio da insignificância no caso de receptação qualificada

Informativo nº 665 do STF: O princípio da insignificância, bem como o benefício da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89) não são aplicáveis ao delito de receptação qualificada (CP, art. 180, § 1º). Com base nesse entendimento, a 2ª Turma conheceu, em parte, de habeas corpus e, nessa extensão, indeferiu a ordem impetrada em favor de denunciado pela suposta prática do crime de receptação qualificada por haver sido encontrado em sua farmácia medicamento destinado a fundo municipal de saúde. Frisou-se que a pena mínima cominada ao tipo penal em questão seria superior a um ano de reclusão, o que afastaria o instituto da suspensão condicional do processo. HC 105963/PE, rel. Min. Celso de Mello, j. 24.4.2012.

A receptação qualificada abrange a conduta praticada com dolo direto e dolo eventual

A conduta descrita no § 1º do art. 180 do CP é evidentemente mais gravosa do que aquela descrita no caput do dispositivo, eis que voltada para a prática delituosa pelo comerciante ou industrial, que, pela própria atividade profissional, possui maior facilidade para agir como receptor de mercadoria ilícita. Não obstante a falta de técnica na redação do dispositivo em comento, a modalidade qualificada do § 1º abrange tanto o dolo direto como o dolo eventual, ou seja, alcança a conduta de quem “sabe” e de quem “deve saber” ser a coisa produto de crime. Ora, se o tipo pune a forma mais leve de dolo (eventual), a conclusão lógica é de

que, com maior razão, também o faz em relação à forma mais grave (dolo direto), ainda que não o diga expressamente. Se o dolo eventual está presente no tipo penal, parece evidente que o dolo direto também esteja, pois o menor se insere no maior. Desse modo, não há que se falar em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como pretende o impetrante. (STF. HC 97.344, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 12-5-2009, 2ª T, DJE de 29-5-2009.)

20 - Violação de direito autoral

Desnecessidade de identificação das vítimas e afastamento do princípio da adequação social

Informativo nº 755 do STF: 1ª Turma. A 1ª Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” para determinar o prosseguimento de ação penal em que o recorrente, acusado pela suposta prática do crime de violação de direito autoral (CP, art. 184), pleiteava o trancamento de ação penal. No caso, a defesa alegava: a) falta de lastro probatório mínimo da materialidade delitiva; b) ausência da identificação das vítimas do delito; e c) aplicação do princípio da adequação social. A Turma consignou que o trancamento da ação penal na via do “habeas corpus” só se mostraria cabível em casos excepcionalíssimos, hipóteses que não estariam evidenciadas na espécie. Reputou que seria suficiente a comprovação da materialidade delitiva a partir da apreensão de mídias contrafeitas, produzidas no intuito de lucro e comprovadamente falsificadas por laudo pericial. Considerou desnecessária a identificação das vítimas, uma vez que a medida não seria pressuposto do tipo penal e manteria inalterada a materialidade delitiva. Aduziu que se deveria afastar a aplicação do princípio da adequação social nos crimes de violação de direito autoral, porquanto a adoção indiscriminada do postulado acabaria por incentivar a prática de delitos patrimoniais, o que fragilizaria a tutela penal de bens jurídicos relevantes para a vida em sociedade. Ressaltou que a prática em comento não poderia ser considerada socialmente tolerável, haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, uma vez que o delito encerraria a burla ao pagamento de impostos. RHC 122127/ES, Rel. Min. Rosa Weber, j. 19.8.2014.

Não se aplica o princípio da adequação social

A conduta do paciente amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 184, § 2º, do CP. Não ilide a incidência da norma incriminadora a circunstância de que a sociedade alegadamente aceita e até estimula a prática do delito ao adquirir os produtos objeto originados de contrafação. Não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos. (STF. HC 98.898, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20-4-2010, 1ª T, DJE de 21-5-2010.)

Não cabimento do princípio da insignificância e da adequação social

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS

AUTORAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. 1 - Não se aplica o princípio da adequação social, bem como o princípio da insignificância, ao crime de violação de direito autoral. 2 - Em que pese a aceitação popular à pirataria de CDs e DVDs, com certa tolerância das autoridades públicas em relação a tal prática, a conduta, que causa sérios prejuízos à indústria fonográfica brasileira, aos comerciantes legalmente instituídos e ao Fisco, não escapa à sanção penal, mostrando-se formal e materialmente típica. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no REsp 1380149, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 27/08/2013, DJe 13/09/2013)

Princípio da insignificância deve ser excepcional e se mede pelo valor que os detentores do direito autoral deixam de receber

Os princípios da insignificância penal e da adequação social reclamam aplicação criteriosa, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. O impacto econômico da violação ao direito autoral mede-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a “pirataria”, e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. A prática da contrafação não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os enormes prejuízos causados à indústria fonográfica nacional, aos comerciantes regularmente estabelecidos e ao fisco pela burla do pagamento de impostos. (STF. RHC 115.986, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25-6-2013, 1ª T, DJE de 16-8-2013)

Desnecessidade da perícia de todos os objetos apreendidos e da identificação dos titulares dos direitos autorais violados (possibilidade de perícia por amostragem) e constatação de que a simples análise de características externas dos objetos apreendidos é suficiente para a aferição da falsidade

Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem. (Súmula nº 574 do STJ)

Informativo nº 567 do STJ: É suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do CP, a perícia realizada, por amostragem, sobre

os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente. No que diz respeito à comprovação da materialidade dos delitos contra a propriedade intelectual, a Lei 10.695/2003 (Lei Antipirataria), além de modificar o art. 184 do CP, incluiu, para facilitar a apuração desses crimes, os arts. 530-A e seguintes no CPP, prevendo a possibilidade de elaboração de laudo pericial por apenas um perito. Previu-se, também, nos crimes de ação penal pública incondicionada - aos quais se aplica o procedimento previsto nos arts. 530-B a 530-H -, a possibilidade de a autoridade policial agir de ofício, apreendendo o produto ilícito e tomando as medidas necessárias para cessar a atividade criminosa. Daí o debate sobre: (a) se a materialidade do crime previsto no art. 184, § 2º, do CP pode ser comprovada mediante laudo pericial feito por amostragem do produto apreendido; (b) se é suficiente a análise de características externas do material apreendido para a aferição da falsidade necessária à tipificação do delito descrito no art. 184, § 2º, do CP; e, ainda, (c) se, para a configuração do delito em questão, é dispensável a identificação individualizada dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente. Quanto ao primeiro ponto em debate (a), realmente, o art. 530-D do CPP dispõe que "Subsequente à apreensão, será realizada, por perito oficial, ou, na falta deste, por pessoa tecnicamente habilitada, perícia sobre todos os bens apreendidos e elaborado o laudo que deverá integrar o inquérito policial ou o processo". Entretanto, ainda que esse dispositivo legal literalmente disponha que a perícia deve ser realizada sobre "todos os bens apreendidos", a materialidade do crime previsto no art. 184, § 2º, do CP pode ser comprovada mediante laudo pericial feito por amostragem do produto apreendido, já que basta a apreensão de um único objeto para que, realizada a perícia e identificada a falsidade do bem periciado, tenha-se como configurado o delito em questão. Nesse sentido, a Sexta Turma do STJ (HC 213.758-SP, DJe 10/4/2013) já definiu que "há critérios estatísticos aptos a permitir que o perito conclua sobre a falsidade ou autenticidade dos bens a partir de exemplares representativos da amostra apreendida [...] contraproducente a análise de dezenas ou mesmo de centenas de produtos praticamente idênticos para fins de comprovação da materialidade do delito de violação de direito autoral. Entender de forma diversa o disposto no art. 530-D do Código de Processo Penal apenas dificultaria a apuração do delito em questão e retardaria o término do processo judicial, em inobservância ao princípio constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII)", de modo que "a exigência do legislador de que a perícia seja realizada sobre todos os bens apreendidos se presta, na verdade, não para fins de comprovação da materialidade delitiva, mas para fins de dosimetria da pena, mais especificamente para a exasperação

da reprimenda-base, uma vez que se mostra mais acentuada a reprovabilidade do agente que reproduz, por exemplo, com intuito de lucro, 500 obras intelectuais, [...] do que aquele que, nas mesmas condições reproduz apenas 20". Do mesmo modo, a Quinta Turma do STJ (AgRg no REsp 1.451.608-SP, DJe 5/6/2015) também entende que a materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do CP pode ser comprovada mediante perícia por amostragem no material apreendido. Em relação ao segundo ponto (b), deve-se destacar que o STJ já possui o entendimento de que é dispensável excesso de formalismo para a constatação da materialidade do crime de violação de direito autoral, de modo que a simples análise de características externas dos objetos apreendidos é suficiente para a aferição da falsidade necessária à configuração do delito descrito no art. 184, § 2º, do CP. Nessa perspectiva, registre-se que, conforme a Quinta Turma do STJ, a análise das características externas, tais como a padronização das impressões gráficas, presença de logotipo padrão, códigos IFPI, nome do fabricante, cor do disco, e a conclusão de que os objetos não possuem características de fabricação comuns, são suficientes a atestar a falsificação, "até mesmo porque, na maioria dos casos, o conteúdo da mídia falsificada é idêntico ao produto original, situando a diferença unicamente em seus aspectos externos" (AgRg no REsp 1.359.458-MG, DJe 19/12/2013). Ademais, seguindo o intuito da legislação pátria de facilitar o combate à pirataria, não seria razoável exigir minúcias no laudo pericial, como a análise do conteúdo das mídias apreendidas, mesmo porque "a caracterização da materialidade delitiva [...] pode ser afirmada [até mesmo] por exames visuais sobre a mídia fraudada" (AgRg no REsp 1.441.840-MG, Quinta Turma, DJe 10/6/2014). Com a mesma compreensão, a Sexta Turma do STJ (AgRg no REsp 1.499.185-MG, DJe 9/3/2015). Por fim, no tocante à terceira questão em debate (c), de fato, para a configuração do crime em questão, é dispensável a identificação individualizada dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente. Isso porque a violação de direito autoral extrapola a individualidade do titular do direito, devendo ser tratada como ofensa ao Estado e a toda a coletividade, visto que acarreta a diminuição na arrecadação de impostos, reduz a oferta de empregos formais, causa prejuízo aos consumidores e aos proprietários legítimos e fortalece o poder paralelo e a prática de atividades criminosas conexas à venda desses bens, aparentemente inofensiva. Sob essa orientação, posicionam-se tanto a Quinta Turma (HC 273.164-ES, DJe 5/2/2014) quanto a Sexta Turma (AgRg no AREsp 416.554-SC, DJe 26/3/2015) do STJ. Além disso, o tipo penal descrito no art. 184, § 2º, do CP, é perseguido, nos termos do art. 186, II, do mesmo diploma normativo, mediante ação penal pública incondicionada, de modo que não é exigida nenhuma manifestação do detentor do direito autoral

violado para que se dê início à ação penal. Consequentemente, não é coerente se exigir a sua individualização para a configuração do delito em questão. Saliente-se, ainda, que o delito previsto no art. 184, § 2º, do CP é de natureza formal. Portanto, não demanda, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, o que corrobora a prescindibilidade de identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente para a configuração do crime em questão. REsp 1.456.239-MG e REsp 1.485.832-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, j. 12/8/2015, DJe 21/8/2015.

Para a comprovação da prática do crime de violação de direito autoral é dispensável a identificação dos produtores das mídias originais no laudo oriundo de perícia efetivada nos objetos falsificados apreendidos, sendo também desnecessária a inquirição das supostas vítimas para que elas confirmem eventual ofensa a seus direitos autorais

Informativo nº 515 do STJ: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE QUE TRATA O § 2º DO ART. 184 DO CP. Para a comprovação da prática do crime de violação de direito autoral de que trata o § 2º do art. 184 do CP, é dispensável a identificação dos produtores das mídias originais no laudo oriundo de perícia efetivada nos objetos falsificados apreendidos, sendo, de igual modo, desnecessária a inquirição das supostas vítimas para que elas confirmem eventual ofensa a seus direitos autorais. De acordo com o § 2º do art. 184 do CP, é formalmente típica a conduta de quem, com intuito de lucro direto ou indireto, adquire e oculta cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou do direito do produtor de fonograma. Conforme o art. 530-D do CPP, deve ser realizada perícia sobre todos os bens apreendidos e elaborado laudo, que deverá integrar o inquérito policial ou o processo. O exame técnico em questão tem o objetivo de atestar a ocorrência ou não de reprodução procedida com violação de direitos autorais. Comprovada a materialidade delitiva por meio da perícia, é totalmente desnecessária a identificação e inquirição das supostas vítimas, até mesmo porque o ilícito em exame é apurado mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do inciso II do artigo 186 do CP. HC 191.568-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 7/2/2013.

21 - Crimes sexuais

Palavra da vítima

A jurisprudência deste STF consolidou-se no sentido de que, nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime. (STF. Inq 2.563, Rel. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, j. 14-5-2009, DJE de 28-5-2010)

“A jurisprudência deste STF consolidou-se no sentido de que, nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto a autoria e as circunstâncias do crime.” (STF. Inq 2.563, rel. p/ o ac. Carmen Lucia, j. 14-5-2009, P, DJE de 28-5-2010.) No mesmo sentido, HC 109.390, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18-9-2012, 2ª T, DJE de 9-10-2012, HC 102.473, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 12-4-2011, 2ª T, DJE de 2-5-2011

Nos crimes sexuais, a palavra da vítima, quando em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime. Precedente (STF. HC 79.850-1, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T, j. 28.03.2000, DJU 05.05.2000).

A palavra da vítima, nos crimes contra os costumes, quando em perfeita harmonia com outros elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria por ela apontada (STJ.HC 9.289, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T, j. 18.10.99, DJU 16.11.99, p. 230).

Consumação do crime de atentado violento ao pudor/estupro independentemente da prática de atos mais invasivos

Informativo nº 555 do STJ: Considera-se consumado o delito de atentado violento ao pudor cometido por agente que, antes da vigência da Lei 12.015/2009, com o intuito de satisfazer sua lascívia, levou menor de 14 anos a um quarto, despiu-se e começou a passar as mãos no corpo da vítima enquanto lhe retirava as roupas, ainda que esta tenha fugido do local antes da prática de atos mais invasivos. Considerar consumado atos libidinosos diversos da conjunção carnal somente quando invasivos, ou seja, nas hipóteses em que há introdução do membro viril nas

cavidades oral, vaginal ou anal da vítima, não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência acerca do tema. Conforme ensina a doutrina, libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual; aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem, que envolve também a conjunção carnal. Nesse contexto, o aplicador precisa aquilatar o caso concreto e concluir se o ato praticado foi capaz de ferir ou não a dignidade sexual da vítima. Quando o crime é praticado contra criança, um grande número de outros atos (diversos da conjunção carnal) contra vítima de tenra idade, são capazes de lhe ocasionar graves consequências psicológicas, devendo, portanto, ser punidos com maior rigor. Conforme já consolidado pelo STJ: "o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do CP, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso" (AgRg no REsp 1.154.806-RS, Sexta Turma, DJe 21/3/2012). Por certo, não há como classificar, com rigidez preestabelecida, os contatos físicos que configurariam o crime de atentado violento ao pudor em sua forma consumada. Cada caso deve ser analisado pelo julgador de maneira artesanal, e algumas hipóteses menos invasivas entre pessoas adultas poderão, singularmente, até mesmo afastar a configuração do crime sexual, permanecendo, residualmente, a figura contravençional correspondente. Na hipótese em análise, entretanto, ficou evidenciada a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal em desfavor da vítima em um contexto no qual o réu satisfaz sua lascívia ao acariciar o corpo nu do menor. Ressalta-se, por fim, que a proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput e § 4º, da CF), e de instrumentos internacionais. REsp 1.309.394-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 3/2/2015, DJe 20/2/2015.

Informativo nº 592 do STJ: Tratou-se de recurso especial em que se apontou, entre outras questões, a negativa de vigência ao art. 213, § 1º, do CP, ao fundamento de que a Corte a quo negou as premissas fáticas delineadas nos autos, para entender que não houve o estupro circunstanciado. Nesse sentido, o recorrente insistiu que a conclusão adotada era incompatível com a narrativa, pois teria descrito todos os elementos do delito em comento, mas se negado a aplicar a respectiva pena. Isso porque se teria comprovada, de forma inequívoca, a violência reveladora da ofensa à dignidade sexual da vítima,

não havendo que se falar apenas em "beijo roubado". O aresto impugnado informou que o réu abordou de forma violenta e sorrateira a vítima adolescente de 15 anos com a intenção de satisfazer sua lascívia, o que ficou demonstrado por sua declarada intenção de "ficar" com a jovem e pela ação de lhe impingir, à força, um beijo libidinoso, após ser derrubada ao solo e mantida subjugada pelo agressor, que a imobilizou pressionando o joelho sobre seu abdômen. A agressão sexual somente não prosseguiu porque o recorrido percebeu a aproximação de indivíduos em uma motocicleta. Sem embargo, o Tribunal estadual emprega argumentação que reproduz o que se identifica como a cultura do estupro, ou seja, a aceitação como natural da violência sexual contra as mulheres, em odioso processo de objetificação do corpo feminino. Reproduzindo pensamento patriarcal e sexista, ainda muito presente em nossa sociedade, a Corte de origem entendeu que o ato não passou de um "beijo roubado". A propósito, deve-se ter em mente que estupro é um ato de violência (e não de sexo). Busca-se, sim, a satisfação da lascívia por meio de conjunção carnal ou atos diversos, como na espécie, mas com intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física. Consoante já consolidado pelo STJ, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o crime de estupro, ao lado da conjunção carnal, inclui "toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso" (AgRg REsp n. 1.154.806-RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., Dje 21/3/2012). Acrescento que toda a violência narrada foi desconsiderada para dar lugar à revitimização da adolescente abusada, bem como ao apoio à cultura permissiva da invasão à liberdade sexual, em regra, contra as mulheres. Em verdade, o ato narrado nos autos não foi punido por não ser considerado grave, o que, a meu ver, atenta contra a razão e o bom senso. Fez-se uma avaliação da realidade na visão do agente e não na da vítima. Se tomada a ofendida como referência, diversa seria a conclusão acerca da efetiva satisfação da lascívia, assim como da efemeridade da violência. Para quem sofre abusos de natureza sexual, as marcas podem ter duração eterna. A retórica perpetrada pela Corte local desconsidera, totalmente, a vontade da vítima e a submete, em completa passividade, às investidas sexuais dos agentes dos crimes dessa natureza. Ou seja, para o tribunal de origem pouco importaram a ausência do consentimento e a súplica da vítima para o réu cessar as violentas investidas tendentes, sim, à satisfação da lascívia do agressor. A prevalência desse pensamento ruboriza o Judiciário e não pode ser tolerada. REsp 1.611.910-MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, v.u., j. 11/10/2016, DJe 27/10/2016.

No caso de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável, não é possível desclassificar o delito para a forma tentada em razão de eventual menor gravidade da conduta

Informativo nº 533 do STJ: Na hipótese em que tenha havido a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável, não é possível ao magistrado – sob o fundamento de aplicação do princípio da proporcionalidade – desclassificar o delito para a forma tentada em razão de eventual menor gravidade da conduta. De fato, conforme o art. 217-A do CP, a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra vulnerável constitui a consumação do delito de estupro de vulnerável. Entende o STJ ser inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta (REsp 1.313.369-RS, Sexta Turma, DJe 5/8/2013). Nesse contexto, o magistrado, ao aplicar a pena, deve sopesar os fatos ante os limites mínimo e máximo da reprimenda penal abstratamente prevista, o que já é suficiente para garantir que a pena aplicada seja proporcional à gravidade concreta do comportamento do criminoso. REsp 1.353.575-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 5/12/2013.

Desnecessidade de contato físico para deflagração de ação penal por crime de estupro de vulnerável

Informativo nº 587 do STJ: RECURSOS REPETITIVOS. DIREITO PENAL. DESNECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. No caso, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado encontra-se em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 2/8/2016, DJe 10/8/2016, 5ª Turma.

Irrelevância do consentimento da vítima, de sua sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente no caso de estupro de vulnerável

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (Súmula nº 593 do STJ)

Irrelevância do consentimento da vítima no caso de estupro de vulnerável

A violência presumida foi eliminada pela Lei 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do STF. (STF. HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, j. 9-3-2010, 2ª T, DJE de 30-4-2010.)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). 2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos. 3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para,

somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos. 5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta

que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (STJ. REsp 1480881, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26/08/2015, 3ª Seção, publicado no Informativo nº 568 STJ)

O comparecimento à delegacia para noticiar o fato é suficiente para legitimar a propositura de ação penal em caso de ação penal condicionada à representação

Legitimidade. Estupro. Prisão em flagrante (...) Tendo a prisão em flagrante decorrido do comparecimento da vítima à delegacia policial para noticiar a prática criminosa, revela-se estreme de dúvidas o desejo de ver punido o agente, somando-se a essa circunstância o fato de tratar-se de vítima menos afortunada. (STF. HC 100.206, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23-11-2010, 1ª T, DJE de 10-12-2010.)

Recurso especial. Estupro e atentado violento ao pudor. Representação tácita. Delitos praticados por ocasião do assalto amão armada na casa da vítima. Desde que oferecida a denuncia pelo crime de roubo a mão armada, não seria possível recusar ao ministério publico o dever de incluir na exordial os crimes sexuais, tendo-se em conta que a vitima prestou depoimento no "auto de prisão em flagrante", reconheceu o autor e revelou a ocorrência, juntou prova de não poder arcar com ação privada, e habilitou-se nos autos como assistente. A jurisprudência dominante, no STJ e no STF, é no sentido de que a representação, não exige formalidade sacramental, desde que seja inequívoco o intuito de promover a vitima a responsabilidade do acusado. A manifestação da vontade equivale a representação. Recurso provido para restabelecer a sentença. (STJ. RESP 29188, 6ª T, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, j. 18/12/1992, D.J.U. de 08/03/1993, p. 03143).

“A esta autorização, quando ausente qualquer outra ordem de interesses que não o da vítima, a lei processual penal dá o nome de representação, que dispensa formalidades e cujo objetivo, como visto, é apenas permitir, pelo consentimento do ofendido quanto à divulgação do fato, a ação estatal voltada para a persecução penal. Bem por isso, o requerimento de instauração de inquérito é o bastante para caracterizar a representação do ofendido, apta a satisfazer a condição de procedibilidade da modalidade de ação penal pública condicionada.” (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 117).

Estupro incestuoso

"O incesto é poderoso. Sua devastação é maior do que a das violências sexuais não incestuosas contra crianças. Porque o incesto se insere nas constelações das emoções e dos conflitos familiares. Não há um estranho de que se possa fugir, não há uma casa para onde se possa escapar. A criança não se sente mais segura nem mesmo em sua própria cama. A vítima é obrigada a aprender a conviver com o incesto; ele abala a totalidade do mundo da criança. O agressor está sempre presente e o incesto é quase sempre um horror contínuo para a vítima". (FORWARD, Susan; BUCK, Craig. A traição da inocência: o incesto e sua devastação. Rio de Janeiro: Rocco, 1989)

Aumento da pena no máximo pela continuidade delitiva em crime sexual sem que seja possível a exata quantificação

Informativo nº 559 do STJ: Constatando-se a ocorrência de diversos crimes sexuais durante longo período de tempo, é possível o aumento da pena pela continuidade delitiva no patamar máximo de 2/3 (art. 71 do CP), ainda que sem a quantificação exata do número de eventos criminosos. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.281.127-PR, Quinta Turma, DJe 25/9/2014); e AgRg no AREsp 455.218-MG, Sexta Turma, DJe 5/2/2015. HC 311.146-SP, Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), julgado em 17/3/2015, DJe 31/3/2015).

O comportamento sexual prévio, em crime sexual praticado contra menor de 14 anos, não justifica a redução da pena-base com base no comportamento da vítima

Informativo nº 555 do STJ: Em se tratando de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a experiência sexual anterior e a eventual homossexualidade do ofendido não servem para justificar a diminuição da pena-base a título de comportamento da vítima. Inicialmente, importante salientar que a jurisprudência pacífica do STJ considera que, no estupro e no atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos, praticados antes da vigência da Lei 12.015/2009, a presunção de violência é absoluta. Desse modo, é irrelevante, para fins de configuração do delito, a aquiescência da adolescente ou mesmo o fato de a vítima já ter mantido relações sexuais anteriores (REsp 1.152.864-SC, Terceira Seção, DJe 1º/4/2014 e EREsp 762.044-SP, Terceira Seção, DJe 14/4/2010). Portanto, tem-se que o comportamento da vítima menor de 14 anos é irrelevante

para fins de configuração do delito, tendo em vista a presunção absoluta de violência. No caso em análise, todavia, a discussão gira em torno da possibilidade de se considerar o comportamento da vítima –quando menor de 14 anos – como fundamento para a redução da pena-base do réu. De fato, sobre a possibilidade de redução da pena-base em face do comportamento da vítima, o STJ firmou entendimento de que “o comportamento da vítima é uma circunstância neutra ou favorável quando da fixação da primeira fase da dosimetria da condenação” (HC 245.665-AL, Quinta Turma, DJe 3/2/2014). Nessa medida, ainda que o comportamento da vítima possa ser considerado de forma favorável ao réu, tratando-se de crime de atentado violento ao pudor contra vítima menor de 14 anos, a experiência sexual anterior e a eventual homossexualidade do ofendido não servem para justificar a diminuição da pena-base a título de comportamento da vítima. A experiência sexual anterior e a eventual homossexualidade do ofendido, assim como não desnaturam o crime sexual praticado, com violência presumida, contra menor de 14 anos, não servem para justificar a diminuição da pena-base a título de comportamento da vítima. (REsp 897.734-PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 3/2/2015, DJe 13/2/2015).

A prova da idade da vítima quando ausente certidão de nascimento pode ser feita por outros elementos hábeis

Informativo nº 563 do STJ: Quinta Turma DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DE VÍTIMA DE CRIMES SEXUAIS. Nos crimes sexuais contra vulnerável, a inexistência de registro de nascimento em cartório civil não é impedimento a que se faça a prova de que a vítima era menor de 14 anos à época dos fatos. De início, ressalte-se que a norma processual inscrita no art. 155, parágrafo único, do CPP estabelece que o juiz, no exercício do livre convencimento motivado, somente quanto ao estado das pessoas observará as restrições estabelecidas na lei civil. Ao enfrentar a questão, a Terceira Seção do STJ assentou a primazia da certidão de nascimento da vítima para tanto (EREsp 762.043- RJ, DJe 4/3/2009). Porém, o STJ tem considerado que a mera ausência da certidão de nascimento não impede a verificação etária, quando coligidos outros elementos hábeis à comprovação da qualidade de infante da vítima (HC 81.181-SP, Quinta Turma, DJe 21/6/2010 e AgRg no AREsp 114.864-DF, Sexta Turma, DJe 3/10/2013). (STJ. AgRg no AREsp 12.700-AC, voto vencedor Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Rel. para acórdão Min. Gurgel de Faria, julgado em 10/3/2015, DJe 5/6/2015)

Caráter hediondo do crime de atentado violento ao pudor praticado antes da lei 12.015/2009

Informativo 519 do STJ: Quinta Turma. DIREITO PENAL. CARÁTER HEDIONDO DO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO ANTES DA LEI 12.015/2009. O delito de atentado violento ao pudor praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009, ainda que na sua forma simples e com violência presumida, configura crime hediondo. Precedentes citados: do STJ, AgRg no REsp 1.201.806-MG, Quinta Turma, DJe 20/9/2012, e HC 232.337-ES, Quinta Turma, DJe 3/4/2012; e do STF: HC 99.406-RS, Segunda Turma, DJe 9/9/2010, e HC 101.860-RS, Primeira Turma, DJe 17/5/2011. AgRg no HC 250.451-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/3/2013.

Tolerância social da existência de casa de prostituição não torna atípica a conduta.

No crime de manter casa de prostituição, imputado aos pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo direito penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei 12.376/2010), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Mesmo que a conduta imputada aos pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. (STF HC 104.467, , Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 9-3-2011.)

A pessoa que conscientemente se serve da prostituição de adolescente incorre no crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, ainda que a vítima seja atuante na prostituição e que a relação sexual tenha sido eventual, sem habitualidade

Informativo nº 543 do STJ: O cliente que conscientemente se serve da prostituição de adolescente, com ele praticando conjunção carnal ou outro ato libidinoso, incorre no tipo previsto no inciso I do § 2º do art. 218-B do CP (favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável), ainda que a vítima seja atuante na prostituição e que a relação sexual tenha

sido eventual, sem habitualidade. Assim dispõe o art. 218-B do CP, incluído pela Lei 12.015/2009: “Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos”. O inciso I do § 2º do referido artigo, por sua vez, prescreve o seguinte: “Incorre nas mesmas penas: I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo”. Da análise da previsão típica do art. 218-B do CP, especialmente do inciso I do § 2º, extrai-se que o fato de já ser a vítima corrompida, atuante na prostituição, é irrelevante para o tipo penal. Não se pune a provocação de deterioração moral, mas o incentivo à atividade de prostituição, inclusive por aproveitamento eventual dessa atividade como cliente. Pune-se não somente quem atua para a prostituição do adolescente – induzindo, facilitando ou submetendo à prática ou, ainda, dificultando ou impedindo seu abandono –, mas também quem se serve desta atividade. Trata-se de ação político-social de defesa do adolescente, mesmo contra a vontade deste, pretendendo afastá-lo do trabalho de prostituição pela falta de quem se sirva de seu atendimento. A condição de vulnerável é no tipo penal admitida por critério biológico ou etário, neste último caso pela constatação objetiva da faixa etária, de 14 a 18 anos, independentemente de demonstração concreta dessa condição de incapacidade plena de auto-gestão. O tipo penal, tampouco, faz qualquer exigência de habitualidade da manutenção de relações sexuais com adolescente submetido à prostituição. Habitualidade há na atividade de prostituição do adolescente, não nos contatos com aquele que de sua atividade serve-se. Basta único contato consciente com adolescente submetido à prostituição para que se configure o crime. A propósito, não tem relação com a hipótese em análise os precedentes pertinentes ao art. 244-A do ECA, pois nesse caso é exigida a submissão (condição de poder sobre alguém) à prostituição (esta atividade sim, com habitualidade). No art. 218-B, § 2º, I, pune-se outra ação, a mera prática de relação sexual com adolescente submetido à prostituição – e nessa conduta não se exige reiteração, poder de mando, ou introdução da vítima na habitualidade da prostituição. 6ª T. HC 288.374-AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 5/6/2014.

Não houve abolitio criminis da conduta antes tipificada como rapto violento ou mediante fraude, atualmente tipificada como sequestro e cárcere privado com fins libidinosos

(...) destaco que só há que se falar em abolitio criminis quando a lei nova exclui do âmbito da proteção do direito penal fato considerado como crime pela lei an-

terior. A mera alteração da norma, quando não importar em descriminalização, não há de ser entendida como abolitio criminis. Diante disso, não reconheço plausibilidade jurídica à tese sustentada, uma vez que não houve descriminalização da conduta, mas, sim, continuidade normativa acerca do tipo penal, tendo a conduta outrora descrita no art. 219 do CP sido deslocada para o art. 148, § 1º, V, do CP. (STF. HC 101.035, voto do , Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26-10-2010, 2ª T, DJE de 22-11-2010.)

22 - Associação criminosa

Prescinde-se de realização de crime anterior ou posterior

(...) o delito de quadrilha é autônomo, prescindindo da concretização de qualquer crime anterior ou posterior. (STF. RHC 121.093, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20-5-2014, 2ª T, DJE de 6-6-2014.)

Irrelevante que os membros participem de todas infrações

É irrelevante para o reconhecimento do crime de quadrilha que não haja o concurso direto de todos os integrantes do bando na prática de todas as infrações, bastando que o fim almejado seja o cometimento de crimes pelo grupo, como mencionado na denúncia, ainda que igualmente unidos por laços outros de afetividade ou parentesco. A descrição empreendida é perfeitamente típica. (STF. RHC 104.261, , Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15-3-2012, P, DJE de 7-8-2012.)

Possível a captação e interceptação de comunicações mediante autorização judicial

Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. (STF. Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26-11-2008, P, DJE de 26-3-2010.)

23 - Crimes contra a fé pública

A configuração do crime de troca de sinal identificador de veículo prescinde de fim especial

Configura-se crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, previsto no art. 311 do CP, a prática dolosa de adulteração e troca das placas automotivas, não exigindo o tipo penal elemento subjetivo especial ou alguma intenção específica. (STF. HC 108.097, Rel. Min. Rosa Weber, j. 15-5-2012, 1ª T, DJE de 5-6-2012.)

Uso de documento falso: Desnecessidade de exame pericial se provada a falsidade por outros meios

Este Tribunal já assentou o entendimento de que, para a caracterização do delito de uso de documento falso, previsto no art. 304 do CP, é despiciendo o exame pericial no documento utilizado pelo agente, se os demais elementos de prova contidos dos autos evidenciarem a sua falsidade. (STF. HC 112.176, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14-8-2012, 2ª T, DJE de 27-8-2012.)

A prestação de contas eleitoral é documento público para fins penais

O crime de falsidade ideológica, quando incidente sobre prestação de contas eleitoral, é apenado com reclusão, de um a cinco anos, e multa, por se tratar de documento de natureza pública. (STF. Inq 3.601, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15-9-2015, 1ª T, DJE de 29-10-2015)

Crime de quebra de sigilo bancário: Típica a conduta de obter acesso indevido e de revelar indevidamente a terceiros os dados que tem acesso

O impreciso núcleo do tipo penal da quebra de sigilo bancário (art. 10 da LC 105/2001) concretiza-se tanto através da ação de obter acesso indevido a dados sigilosos — intrusão —, como pela ação de revelar a terceiros, de forma indevida, os dados a que o agente teve acesso legítimo. Na modalidade de intrusão, o crime classifica-se como comum, podendo ter como agente qualquer pessoa, salvo a

que, por força de sua atividade profissional, tenha natural direito de acesso; na modalidade de revelação, o crime é próprio, só podendo ser praticado por aquele que detenha legitimamente a informação. (STF. Pet 3.898, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27-8-2009, DJE de 18-12-2009.)

Não há absorção pelo estelionato se não exaurida a potencialidade lesiva do falso

Não há falar em princípio da consunção entre os crimes de falso e de estelionato quando não exaurida a potencialidade lesiva do primeiro após a prática do segundo. (STF. HC 116.979 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 15-10-2013, 1ª T, DJE de 21-11-2013.)

Atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é fato típico, não sendo acobertado pela autodefesa

O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF/1988) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar Maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). (STF. RE 640.139 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22-9-2011, P, DJE de 14-10-2011)

O fato de o paciente ter apresentado à polícia identidade com sua foto e assinatura, porém com impressão digital de outrem, configura o crime do art. 304 do Código Penal. Havendo adequação entre a conduta e a figura típica concernente ao uso de documento falso, não cabe cogitar de que a atribuição de identidade falsa para esconder antecedentes criminais consubstancia autodefesa. (STF. HC n. 92.763, Rel. Min. Eros Grau, 2ª T, j. 12/02/2008, DJe de 24-04-2008).

A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa. (Súmula nº 522 do STJ).

Informativo nº 533 do STJ: DIREITO PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). É típica a conduta do acusado que, no momento da prisão em flagrante, atribui para si falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que em alegada situação de autodefesa. Isso porque a referida conduta não constitui extensão da garantia à ampla defesa, visto tratar-se de conduta típica, por ofensa à fé pública e aos interesses de

disciplina social, prejudicial, inclusive, a eventual terceiro cujo nome seja utilizado no falso. Precedentes citados: AgRg no AgRg no AREsp 185.094-DF, Quinta Turma, DJe 22/3/2013; e HC 196.305-MS, Sexta Turma, DJe 15/3/2013. REsp 1.362.524-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/10/2013.

Apresentar documento falso por exigência de autoridade é fato típico

Uso de documento falso. Apresentação por exigência da autoridade. Conduta típica. Disponibilidade do agente na utilização efetiva do documento para fins penalmente relevantes. Crime configurado. (...) Alegação de que o documento foi apresentado pelo paciente por exigência da própria autoridade policial, a qual não comporta acolhimento. Fazendo o agente uso livre e consciente de documento de identidade falsificado, no intuito de ocultar sua vida pregressa, comete o crime em comento. (STF. HC 103.313, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23-11-2010, 1ª T, DJE de 14-3-2011.)

Desnecessidade de prova pericial para condenação por uso de documento falso

Informativo nº 553 do STJ: É possível a condenação por infração ao disposto no art. 304 do CP (uso de documento falso) com fundamento em documentos e testemunhos constantes do processo, acompanhada da confissão do acusado, sendo desnecessária a prova pericial para a comprovação da materialidade do crime, mormente se a defesa não requereu, no momento oportuno, a realização do referido exame. Precedentes citados: AgRg no AREsp 78.480-SP, Quinta Turma, DJe 1º/2/2013; HC 134.341-MS, Quinta Turma, DJe 19/12/2011; e HC 149.812-SP, Quinta Turma, DJe 21/11/2011. HC 307.586-SE, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), j. 25/11/2014, DJe 3/12/2014.

Desnecessidade de constituição definitiva do crédito tributário para a consumação do crime previsto no artigo 293, §1º, inciso III, alínea “b”, do Código Penal

Informativo nº 546 do STJ: É dispensável a constituição definitiva do crédito tributário para que esteja consumado o crime previsto no art. 293, § 1º, III, "b", do CP. Isso porque o referido 383 delito possui natureza formal, de modo que já es-

tará consumado quando o agente importar, exportar, adquirir, vender, expuser à venda, mantiver em depósito, guardar, trocar, ceder, emprestar, fornecer, portar ou, de qualquer forma, utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria sem selo oficial. Não incide na hipótese, portanto, a Súmula Vinculante 24 do STF, segundo a qual "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". Com efeito, conforme já pacificado pela jurisprudência do STJ, nos crimes tributários de natureza formal é desnecessário que o crédito tributário tenha sido definitivamente constituído para a instauração da persecução penal. Essa providência é imprescindível apenas para os crimes materiais contra a ordem tributária, pois, nestes, a supressão ou redução do tributo é elementar do tipo penal. (REsp 1.332.401-ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/8/2014).

Tipicidade da clonagem de cartão de crédito ou débito antes da entrada em vigor da lei n. 12.737/2012

Informativo nº 591 do STJ: Ainda que praticada antes da entrada em vigor da Lei n. 12.737/2012, é típica (art. 298 do CP) a conduta de falsificar, no todo ou em parte, cartão de crédito ou débito. De fato, o caput do art. 298 do CP ("Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro") descreve o elemento normativo: "documento". Segundo doutrina, "os elementos normativos são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa." Assim, o elemento normativo implica uma atitude especial do intérprete, a exigir um pouco mais que a simples percepção de sentidos, delimitando-se o alcance e o sentido do texto legal existente. Por conseguinte, no processo hermenêutico que subjaz à atividade do julgador, o elemento normativo em questão prescinde de integração, especialmente da utilização de analogia. Ao avançar na compreensão ou na valoração do significado do elemento normativo "documento", poder-se-ia extrair, de acordo com os escólios de doutrina, a ideia de que seria "todo escrito especialmente destinado a servir ou eventualmente utilizável como meio de prova de fato juridicamente relevante" e, acerca da falsidade documental: "imitação ou deformação fraudulenta da verdade em um papel escrito, no sentido de conculcar uma relação jurídica ou causar um prejuízo juridicamente apreciável." Aliás, a própria Lei de Acesso à Informação (art. 4º, II) define documento como "unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato". Nessa perspectiva, não há como perder de vista que o "cartão de

crédito", embora não seja tão recente, passou a ter utilização propagada de forma exponencial no final do século passado, notadamente pela facilidade de se estabelecer, com ele, uma gama de relações jurídicas relevantes para o cenário econômico. Tal importância, fruto da própria dinâmica tecnológica, culminou com a necessidade de se estabelecer uma proteção penal mais significativa para essas relações. Nesse ponto, o elemento normativo previsto no art. 298 do CP assumiu especial relevo, porque a maleabilidade valorativa que lhe é inerente permitiu a sua adaptação aos anseios e às necessidades provenientes da existência de novas relações jurídicas advindas da evolução tecnológica. De acordo com doutrina, há uma vinculação entre esse conteúdo e a interpretação valorativa, que sempre será determinada pelo julgador de acordo com a cultura da época. Em virtude disso, a jurisprudência, antes da entrada em vigor da Lei n. 12.737/2012, passou ao largo de discutir se a falsificação de cartão de crédito poderia se enquadrar como falsificação de documento particular. A presença do elemento normativo "documento" possibilitou ao aplicador da lei compreender que o cartão de crédito ou bancário enquadrar-se-ia no conceito de documento particular, para fins de tipificação da conduta, principalmente porque dele constam dados pessoais do titular e da própria instituição financeira (inclusive na tarja magnética) e que são passíveis de falsificação. Isso pode ser constatado pelo fato de que os inúmeros processos que aportaram no STJ antes da edição da referida lei e que tratavam de falsificação de documento particular em casos de "clonagem" de cartão de crédito não reconheceram a atipicidade da conduta (HC 43.952-RJ, Quinta Turma, DJ 11/9/2006; HC 116.356-GO, Quinta Turma, DJe 6/4/2009; RHC 19.936-RJ, Quinta Turma, DJ 11/12/2006; RHC 13.415-CE, Quinta Turma, DJ 3/2/2003; HC 27.520-GO, Sexta Turma, DJ 15/9/2003; entre outros). No mesmo sentido, citam-se precedentes do STF: HC 102.971-RJ, Segunda Turma, DJe 5/5/2011; e HC 82.582-RJ, Segunda Turma, DJ 4/4/2003; entre outros. Assim, a inserção do parágrafo único no art. 298 do CP apenas ratificou e tornou explícito o entendimento jurisprudencial da época, relativamente ao alcance do elemento normativo "documento", clarificando que cartão de crédito é considerado documento. Não houve, portanto, uma ruptura conceitual que justificasse considerar, somente a partir da edição da Lei n. 12.737/2012, cartão de crédito ou de débito como documento. Inclusive, seria incongruente, a prevalecer a tese da atipicidade anterior à referida lei, reconhecer que todos os casos antes assim definidos pela jurisprudência, por meio de legítima valoração de elemento normativo, devam ser desconstituídos justamente em virtude da edição de uma lei interpretativa que veio em apoio à própria jurisprudência já então dominante. Acrescenta-se, ainda, não prosperar o argumento de que é sempre inviável a retroatividade de uma

lei penal interpretativa (se não favorável ao réu), esta compreendida como norma que não altera o conteúdo ou o elemento da norma interpretada, mas, apenas, traduz o seu significado. Esse raciocínio, se considerado isoladamente, conduziria à ideia de que a previsão contida no parágrafo único do art. 298 do CP não poderia retroagir e, por esse ângulo, surgiria um imbróglio, na medida em que a jurisprudência nunca oscilou quanto ao reconhecimento de que cartão de crédito é documento para fins do caput do referido artigo. Nesse contexto, há vertente doutrinária no viés de que: "se o sentido fixado pela lei interpretativa é diferente do atribuído à norma por uma corrente jurisprudencial uniforme, então a lei nova [...] já não pode ser considerada realmente interpretativa, mas inovadora." Isso sugere, a contrario sensu, que o sentido atribuído à norma interpretativa que estivesse em consonância com a jurisprudência não se caracterizaria como lei inovadora, no sentido substancial. Na hipótese, repita-se, a jurisprudência era uníssona em reconhecer que cartão de crédito era documento para fins do caput do art. 298 do CP, o que implica dizer que a Lei n. 12.737/2012 apenas reproduziu, com palavras mais inequívocas, a jurisprudência daquela época, tratando-se, desse modo, de lei interpretativa exemplificativa, porquanto o conceito de "documento" previsto no caput não deixou de conter outras interpretações possíveis. Por fim, não é possível deixar de salientar que, a não se compreender assim, todos os casos anteriores à edição da referida lei e que culminaram em condenação, ou mesmo aqueles que ainda se encontram em andamento, deveriam ser revistos, embora não tenha ocorrido qualquer ruptura na interpretação dada pela jurisprudência ao elemento normativo do tipo antes ou após a inserção do parágrafo único no art. 298 do CP. REsp 1.578.479-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 2/8/2016, DJe 3/10/2016, 6ª Turma.

24 - Crimes contra a administração pública, de responsabilidade de prefeitos e da Lei de Licitações

A) Geral

Inaplicabilidade do princípio da insignificância

O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. (Súmula nº 599 do STJ)

Não se admite, em regra, a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados contra a administração pública, haja vista buscar-se, nesses casos, além da proteção patrimonial, a tutela da moral administrativa. (STJ. AgRg no Ag 1105736, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 07/12/2010, DJe 17/12/2010)

O acórdão recorrido está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, firme no sentido de que não se aplica, em regra, o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial mas principalmente a moral administrativa. (STJ. AgRg no AREsp 342908, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., j. 18/06/2014, DJe 27/06/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO PENAL MILITAR. ART. 303, § 2º, NA FORMA DO ART. 30, II, DO CPM. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICAÇÃO. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MORALIDADE ADMINISTRATIVA INSUSCETÍVEL DE VALORAÇÃO ECONÔMICA. SÚMULA 83/STJ. 1. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido da não aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica. 2. Incidência da Súmula 83/STJ. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp 1308038, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 19/05/2015, DJE 29/05/2015)

Possibilidade de agravamento da pena com base no prejuízo aos cofres públicos

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. (...) CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é válida a fundamentação atinente às consequências do delito quando apontar elemento concreto que demonstre a excepcionalidade na conduta delituosa, como, por exemplo, o elevado prejuízo suportado pela vítima. 3. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AREsp 152433, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª T, j. 09/06/2015, DJE 22/06/2015)

Médico particular que atende pelo SUS equipara-se a funcionário público

Crime de concussão. Exigência de pagamento para realização de cirurgia de urgência. (...) O médico particular, em atendimento pelo SUS, equipara-se, para fins penais, a funcionário público. Isso por efeito da regra que se lê no caput do art. 327 do CP. (STF. RHC 90.523, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19-4-2011, 2ª T, DJE de 19-10-2011.)

O paciente, médico contratado de hospital credenciado ao SUS, foi denunciado pela prática do crime de concussão, em razão de ter exigido a quantia de R\$ 100,00 para prestar atendimento à pessoa acobertada pelo referido sistema. Daí a correta equiparação a funcionário público. (STF. HC 97.710, Rel. Min. Eros Grau, j. 2-2-2010, 2ª T, DJE de 30-4-2010.)

Juiz é funcionário público para fins penais

É possível a atribuição do conceito de funcionário público contida no art. 327 do CP a juiz federal. É que a função jurisdicional é função pública, pois consiste atividade privativa do Estado-juiz, sistematizada pela Constituição e normas processuais respectivas. Consequentemente, aquele que atua na prestação jurisdicional ou a pretexto de exercê-la é funcionário público para fins penais. (STF. RHC 103.559, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19-8-2014, 1ª T, DJE de 30-9-2014.)

Equiparação de advogados dativos, onde não há Defensoria Pública, a funcionários públicos, para fins penais

4. "O advogado que, por força de convênio celebrado com o Poder Público, atua de forma remunerada em defesa dos agraciados com o benefício da Justiça Pública, enquadra-se no conceito de funcionário público para fins penais (Precedentes)" (REsp. n. 902.037/SP, Rel.Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 17/4/2007, DJ de 4/6/2007). Precedentes. Sendo equiparado a funcionário público, possível a adequação típica aos crimes previstos nos artigos 312 e 317 do Código Penal. (...). 7. Habeas Corpus não conhecido. Cassada liminar anteriormente deferida. (STJ. HC 264459/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 10/03/2016, DJE 16/03/2016)

Possibilidade de agravamento da pena pelo fato do crime ter sido praticado por funcionário de alto escalão

RECURSO ESPECIAL E AGRAVOS. PENAL. (...) CORRUPÇÃO PASSIVA. DO-SIMETRIA. AGRAVANTE. ART. 61, II, G, DO CP. FALTA DE INTERESSE. PENNA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO PARCIALMENTE INIDÔNEA. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTARES. PENAS. READEQUAÇÃO. (...) 11. A culpabilidade do recorrente está idoneamente fundamentada no fato de que ele ocupava o cargo de maior responsabilidade da Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro, qual seja, o de Superintendente Estadual, sendo que, por essa razão, deveria muito mais agir no combate à atividade criminosa, estando evidenciado um juízo de reprovabilidade mais acentuado. (...) (STJ. REsp 1251016, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T, j. 16/09/2014, DJE 27/11/2014)

Possibilidade de instauração de ação penal individualizada para os crimes de peculato e sonegação fiscal em relação aos valores indevidamente apropriados

(...) CRIMES DE PECULATO E SONEGAÇÃO FISCAL. (...) ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA E BIS IN IDEM. CONDUTAS DISTINTAS. INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA SOBRE O FATURAMENTO OBTIDO DE FORMA FRAUDULENTA. POSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. (...) 3. O entendimento desta Corte caminha em sentido oposto à tese defensiva, no sentido de que é possível o ajuizamento de ação penal para apuração do crime de peculato e outra ação penal para a apuração do crime de sonegação

fiscal. Precedentes da Quinta Turma e da Corte Especial. (...) (STJ. HC 166089, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 26/08/2014, DJE 02/09/2014)

B) Descaminho e contrabando

Descaminho: Prova da contumácia afasta o princípio da insignificância

O princípio da insignificância no crime de descaminho é afastado quando se comprova a contumácia na prática delitativa. Precedentes: HC 115.514, Segunda Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJ de 10-4-2013; HC 115.869, Primeira Turma, rel. min. Dias Toffoli, DJ de 7-5-2013; HC 114.548, Primeira Turma, rel. min. Rosa Weber, DJ de 27-11-2012; HC 110.841, Segunda Turma, rel. min. Cármen Lúcia, DJ de 14-12-2012; HC 112.597, Segunda Turma, rel. min. Cármen Lúcia, DJ de 10-12-2012; HC 100.367, Primeira Turma, rel. min. Luiz Fux, DJ de 8-9-2011. A existência de outras ações penais em curso contra a paciente, embora não configure reincidência, é suficiente para caracterizar a contumácia na prática delitativa, afastando, por conseguinte, a aplicação do princípio da insignificância. (STF. HC 118.686, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19-11-2013, 1ª T, DJE de 4-12-2013)

Informativo nº 575 do STJ: A reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável. Destaca-se, inicialmente, que não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração delitiva no crime de descaminho. Para a Sexta Turma deste Tribunal Superior, o passado delitivo do agente não impede a aplicação da benesse. Já para a Quinta Turma, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício. De fato, uma conduta formalmente típica, mas materialmente insignificante, mostra-se deveras temerária para o ordenamento jurídico aca-so não se analise o contexto pessoal do agente. Isso porque se estaria instigando a multiplicação de pequenos crimes, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Nesse sentido, o Plenário do STF, quando do julgamento dos HC 123.734-MG (DJe 2/2/2016), HC 123.533-SP (DJe 8/8/2014) e HC 123.108-MG (DJe 1º/2/2016), a despeito de ter exarado que a aplicação do princípio da insignificância “deve ser analisada caso a caso pelo juiz de primeira instância, e que a Corte não deve fixar tese sobre o tema”, acabou por traçar orientação no viés de que a vida progressa do agente pode e deve ser efetivamente considerada ao se

analisar a possibilidade de incidência do preceito da insignificância. Ressaltou-se, no mencionado julgamento, que adotar indiscriminadamente o princípio da insignificância, na hipótese em que há qualificação ou reincidência, seria tornar a conduta penalmente lícita e também imune a qualquer espécie de repressão estatal. Além disso, na mesma ocasião, salientou-se que a imunização da conduta do agente, ainda que a pretexto de protegê-lo, pode deixá-lo exposto à situação de justiça privada, na medida em que a inação do Estado pode fomentar a sociedade a realizar “justiça com as próprias mãos”, com consequências imprevisíveis e provavelmente mais graves. Concluiu-se, assim, que: “o Judiciário não pode, com sua inação, abrir espaço para quem o socorra. Precedentes citados do STF: HC 120.662-RS, Segunda Turma, DJe 21/8/2014; HC 109.705-PR, Primeira Turma, DJe 28/5/2014. EREsp 1.217.514-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 9/12/2015, DJe 16/12/2015).

Descaminho: inaplicabilidade do art. 20 da Lei n.º 10.522/02 como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR SUPERIOR ÀQUELE PREVISTO NO ART. 18, § 1.º, DA LEI N.º 10.522/2002. 1. Hipótese em que foram apreendidas ao entrarem ilegalmente no país 644 (seiscentos e quarenta e quatro) pacotes de cigarro de diversas marcas e 12 (doze) litros de whisky (sic), todas mercadorias provenientes do Paraguai, avaliadas à época em R\$ 6.920,00 (seis mil novecentos e vinte reais). Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância. 2. Não é possível utilizar o art. 20 da Lei n.º 10.522/02 como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância, já que o mencionado dispositivo se refere ao ajuizamento de ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não de causa de extinção de crédito. 3. O melhor parâmetro para afastar a relevância penal da conduta é justamente aquele utilizado pela Administração Fazendária para extinguir o débito fiscal, consoante dispõe o art. 18, § 1.º, da Lei n.º 10.522/2002, que determina o cancelamento da dívida tributária igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais). 4. Há de se ressaltar que, no caso, existe controvérsia sobre o montante da dívida tributária, que pode até ser maior do que R\$ 10.000,00, além de se tratar a denunciada de pessoa que ostenta outras duas condenações por crimes da mesma espécie, revelando, em princípio, reiteração criminosa. 5. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, negar provimento ao recurso especial (STJ. E.R.Esp. n. 966.077, Rel. Min. Laurita Vaz, 3ª Seção, DJe de 20/08/2009).

Descaminho: desnecessária a constituição definitiva do crédito tributário

Desnecessária a constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa para configuração dos crimes de contrabando e descaminho. (STF. HC 125.847 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 5-5-2015, 1ª T, DJE de 26-5-2015.)

(...) a consumação do delito de descaminho e a posterior abertura de processo-crime não estão a depender da constituição administrativa do débito fiscal. Primeiro, porque o delito de descaminho é rigorosamente formal, de modo a prescindir da ocorrência do resultado naturalístico. Segundo, porque a conduta materializadora desse crime é “iludir” o Estado quanto ao pagamento do imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. E iludir não significa outra coisa senão fraudar, burlar, escamotear. Condutas essas minuciosamente narradas na inicial acusatória. Acresce que, na concreta situação dos autos, o paciente se acha denunciado pelo descaminho, na forma da alínea c do § 1º do art. 334 do CP. Delito que tem como elementos nucleares as seguintes condutas: vender, expor à venda, manter em depósito e utilizar mercadoria estrangeira introduzida clandestinamente no País ou importada fraudulentamente. Pelo que não há necessidade de uma definitiva constituição administrativa do imposto devido para, e só então, ter-se por consumado o delito. (STF. HC 99.740, Rel. Min. Ayres Britto, j. 23-11-2010, 2ª T, DJE de 1º-2-2011.)

Descaminho: o pagamento do tributo devido não extingue a punibilidade do crime

Informativo nº 555 do STJ: O pagamento do tributo devido não extingue a punibilidade do crime de descaminho (art. 334 do CP). A partir do julgamento do HC 218.961-SP (DJe 25/10/2013), a Quinta Turma do STJ, alinhando-se ao entendimento da Sexta Turma e do STF, passou a considerar ser desnecessária, para a persecução penal do crime de descaminho, a apuração administrativa do montante de tributo que deixou de ser recolhido, tendo em vista a natureza formal do delito, o qual se configura com o simples ato de iludir o pagamento do imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Na ocasião, consignou-se que o bem jurídico tutelado pelo art. 334 do CP vai além do valor do imposto sonegado, pois, além de lesar o Fisco, atinge a estabilidade das atividades comerciais dentro do país, dá ensejo ao comércio ilegal e à concorrência desleal, gerando uma série de prejuízos para a atividade empresarial brasileira. Verifica-se, assim, que o desca-

minho não pode ser equiparado aos crimes materiais contra a ordem tributária, o que revela a impossibilidade de que o agente acusado da prática do crime de descaminho tenha a sua punibilidade extinta pelo pagamento do tributo. Ademais, o art. 9º da Lei 10.684/2003 prevê a extinção da punibilidade pelo pagamento dos débitos fiscais apenas no que se refere aos crimes contra a ordem tributária e de apropriação ou sonegação de contribuição previdenciária – arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990, 168-A e 337-A do CP. Nesse sentido, se o crime de descaminho não se assemelha aos crimes acima mencionados, notadamente em razão dos diferentes bens jurídicos por cada um deles tutelados, inviável a aplicação analógica da Lei 10.684/2003. (RHC 43.558-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 5/2/2015, DJe 13/2/2015).

Contrabando: importação de colete balístico sem prévia autorização do Comando do Exército configura

Informativo nº 577 do STJ: Configura crime de contrabando a importação de colete à prova de balas sem prévia autorização do Comando do Exército. A Portaria n. 18 do DLOG, publicada em 19/12/2006, regulamenta as normas de avaliação técnica, fabricação, aquisição, importação e destruição de coletes balísticos e exige determinadas condições aos compradores e importadores desse tipo de artefato, tais como, autorização prévia do Comando do Exército e restrição a determinados órgãos e pessoas. Desse modo, a importação de colete à prova de balas está sujeita à proibição relativa e, por conseguinte, configura crime de contrabando quando realizada fora dos moldes previstos nesse regulamento. (STJ. RHC 62.851-PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/2/2016, DJe 26/2/2016).

C) Conclusão

Possibilidade da utilização da condição pessoal de policial civil como circunstância judicial desfavorável para fins de exasperação da pena base aplicada

Informativo nº 835 do STF: Circunstâncias judiciais e “bis in idem” É legítima a utilização da condição pessoal de policial civil como circunstância judicial desfavorável para fins de exasperação da pena base aplicada a acusado pela prática do crime de concussão. Com base nessa orientação, a Primeira Turma, por maioria, conheceu e denegou a ordem em “habeas corpus” em que pleiteado o reconhecimento do “bis in idem”. A Turma afirmou que seria possível, no que se refere à

culpabilidade (CP, art. 59), promover, em cada caso concreto, juízo de reprovabilidade maior tendo em consideração a condição de policial civil do agente. O delito previsto no art. 316 do CP seria de mão própria, porém, presentes as circunstâncias do art. 59 do CP, se poderia levar em conta, quando do juízo de reprovabilidade, a qualidade específica ou a qualificação do funcionário público. Dentro do Estado Democrático de Direito e do país que se almeja construir, o fato de uma autoridade pública — no caso, uma autoridade policial — obter vantagem indevida de alguém que esteja praticando um delito comprometeria de maneira grave o fundamento de legitimidade da autoridade, que seria atuar pelo bem comum e pelo bem público. Portanto, aquele que fosse investido de parcela de autoridade pública — fosse juiz, membro do Ministério Público ou autoridade policial — deveria ser avaliado, no desempenho da sua função, com escrutínio mais rígido. Assim, a pena aplicada, de 2 anos e 6 meses, não seria desproporcional diante das circunstâncias. Preliminarmente, o Colegiado exarou entendimento segundo o qual deveriam ser conhecidos os “habeas corpus” nas hipóteses em que fossem substitutivos de recurso extraordinário, como no caso em comento. Vencidos os Ministros Luiz Fux (relator) e Rosa Weber. (STF. HC 132990/PE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 16.8.2016, 1ª T.

Prática extorsão e não concussão, o funcionário público que se utiliza de violência ou grave ameaça para obter vantagem indevida

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE EXTORSÃO PARA O DE CONCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMPREGO DE GRAVE AMEAÇA NA PRÁTICA DO DELITO. CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE EXTORSÃO E NÃO CONCUSSÃO, NÃO OBSERVANTE PRATICADO POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO, VALENDO-SE DESSA CONDIÇÃO. REVISÃO DO JULGADO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. Ainda que a conduta delituosa tenha sido praticada por funcionário público, o qual teria se valido dessa condição para a obtenção da vantagem indevida, o crime por ele cometido corresponde ao delito de extorsão e não ao de concussão, uma vez configurado o emprego de grave ameaça, circunstância elementar do delito de extorsão. Precedentes. (...) (STJ. HC 054776/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, j. 18/09/2014, DJE 03/10/2014)

D) Corrupção ativa e passiva

Corrupção passiva: trata-se de crime formal, se consumando com a mera solicitação

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 317, § 1º, DO CP. CORRUPÇÃO PASSIVA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. ACÓRDÃO FIRMADO EM MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. ART. 619 DO CPP. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. 1. O crime de corrupção passiva, delito formal que se consuma com a prática de um dos verbos nucleares previstos no art. 317 do Código Penal, refere-se ao crime praticado por funcionário público, lato sensu, contra a administração pública e ocorre quando este, no exercício de suas funções ou em razão delas e até mesmo antes de assumi-la, solicita ou recebe vantagens, mesmo que seja por promessas, para praticar, omitir ou retardar determinado ato de ofício. (...) (STJ. AgRg no REsp 1519531, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T, j. 23/06/2015, DJE 03/08/2015)

Corrupção passiva: o fato do crime ter sido praticado por Promotor de Justiça denota maior reprovabilidade

Informativo nº 552 do STJ: O fato de o crime de corrupção passiva ter sido praticado por Promotor de Justiça no exercício de suas atribuições institucionais pode configurar circunstância judicial desfavorável na dosimetria da pena. Isso porque esse fato revela maior grau de reprovabilidade da conduta, a justificar o reconhecimento da acentuada culpabilidade, dada as específicas atribuições do promotor de justiça, as quais são distintas e incomuns se equiparadas aos demais servidores públicos lato sensu. Assim, a referida circunstância não é inerente ao próprio tipo penal. REsp 1.251.621-AM, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/10/2014.

Corrupção ativa: oferecer vantagem para obter títulos de eleitor prontos para entrega aos eleitores caracteriza o crime

Comete o crime do art. 333 do CP aquele que oferece vantagem ao servidor da Justiça Eleitoral para obter títulos de eleitor prontos para entrega aos eleitores alistados. (STF. AP 572, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-11-2014, 2ª T, DJE de 10-2-2015.)

Corrupção ativa: consuma-se ainda que o funcionário recuse a oferta

(...) o crime de corrupção ativa (CP, art. 333) é crime formal ou de mera conduta, consumando-se quando o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida chega ao conhecimento do funcionário, independentemente da aquiescência. Em outras palavras, trata-se de crime que se consuma ainda que a oferta seja recusada pelo funcionário. (STF. HC 105.478, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º-3-2011, 2ª T, DJE de 23-3-2011.)

E) Crime de responsabilidade de prefeito

Aprovação de contas pela Câmara não afasta responsabilidade penal

Aprovação de contas e responsabilidade penal: a aprovação pela Câmara Municipal de contas de prefeito não elide a responsabilidade deste por atos de gestão. (STF. Inq 1.070, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24-11-2004, P, DJ de 1º-7-2005.)

Continuidade de atos praticados pelo Prefeito após decisão do Tribunal de Contas, que conclui pela irregularidade, é indício do dolo na prática de crime de responsabilidade

In casu, a denúncia imputa ao réu a suposta prática do crime tipificado no art. 1º, I, do DL 201/1967, em continuidade delitiva (...). A prática dos atos reputados ilícitos pelo denunciado posteriormente à decisão do Tribunal de Contas competente, que concluiu pela irregularidade, é suficiente para denotar, ao menos em sede de cognição sumária, o dolo do agente. (...) A denúncia que se reveste de justa causa impõe seja admitida em razão da suposta prática, pelo acusado, de forma consciente e voluntária, de desvio de rendas públicas, in casu, em proveito da empresa (...), fato esse que se amolda ao delito previsto no art. 1º, I, do DL 201/1967 (...). (STF. Inq 2.588, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25-4-2013, P, DJE de 17-5-2013.)

O crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967 admite participação

Informativo 788 do STF: 2ª Turma. O crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967 ("Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara-

ra dos Vereadores: I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio 123 ou alheio”), é próprio, somente podendo ser praticado por prefeito, admitida, porém, a participação, nos termos do art. 29 do CP. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma recebeu denúncia oferecida contra deputado federal pela suposta prática do referido crime. De início, rejeitou requerimento formulado no sentido de que o processo em comento fosse julgado em conjunto com AP 644/MT. Assinalou que a reunião de ações penais conexas seria a regra, salvo se o juiz reputasse conveniente a separação, por motivo relevante (CPP: “Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”). Ocorre que os feitos estariam em situação processual diversa. Em um deles, a instrução processual já estaria encerrada, enquanto no outro, a denúncia sequer teria sido apreciada. Assim, a reunião das ações seria inviável. No mérito, a Turma destacou que o denunciado, em comunhão de esforços com prefeito, seria acusado de desviar rendas públicas em proveito próprio e alheio. Sua conduta teria consistido em apresentar emenda parlamentar ao orçamento da União, autorizando o repasse de recursos para aquisição de ambulância. Realizada licitação na modalidade tomada de preços, o certame teria sido direcionado em favor de determinada empresa. Para a fase processual de análise de recebimento da denúncia, os elementos seriam suficientes para demonstrar não apenas o direcionamento da licitação, mas também o desvio dos recursos públicos, mediante a prática de sobrepreço. Ademais, haveria indicativos da existência de organização criminosa dedicada à canalização de recursos do orçamento para aquisição de ambulâncias, com posterior direcionamento de licitações. Outrossim, a apresentação de emenda parlamentar para financiar a compra, somada a depoimentos colhidos no sentido de que o denunciado teria contribuído para o direcionamento da licitação, seriam indícios suficientes de participação, para esta fase processual. (Inq 3634/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2.6.2015.)

F) Peculato

Funcionário que usa dinheiro que tem sob sua guarda pratica peculato

No peculato de uso, previsto no inciso II do art. 1º do DL 201/1967, o sujeito ativo do crime utiliza-se, ilicitamente, de bens, rendas ou serviços públicos, em seu

proveito ou de terceiros, agente público ou não. Não se pode falar em peculato de uso quando versar sobre dinheiro, ou seja, coisa fungível. Se o funcionário usar dinheiro que tem sob sua guarda para seu próprio benefício, pratica o delito de peculato. (STF. Inq 3.108, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15-12-2011, P, DJE de 22-3-2012.)

Possibilidade de terceiro que não é funcionário público ser partícipe no crime

O fato de a acusada não ser funcionária pública não impede que seja denunciada pela prática de peculato, se, consciente dos atos praticados pelos supostos autores do crime, é beneficiada pela apropriação ou pelo desvio. Na hipótese de que se trata, a denunciada, antes mesmo do episódio retratado no vídeo aportado aos autos (recebimento de valores em espécie), conscientemente, aderiu às ações dos demais agentes, contribuindo, portanto, para a produção do resultado lesivo, de modo a configurar a sua condição de partícipe no delito funcional praticado pelo funcionário público. (STF. Inq 3.113, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 2-12-2014, 1ª T, DJE de 6-2-2015.)

O particular pode figurar como coautor do crime descrito no § 1º do art. 312 do CP (peculato-furto). Isso porque, nos termos do art. 30 do CP, “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Se a condição de funcionário público é elementar do tipo descrito no art. 312 do CP, esta é de se comunicar ao coautor (particular), desde que ciente este da condição funcional do autor. Precedentes: HC 74.588, Rel. Min.. Ilmar Galvão; e HC 70.610, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. (STF. HC 90.337, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19-6-2007, 1ª T, DJE de 6-9-2007.)

Possibilidade de agravamento da pena pelo fato do crime ter sido praticado por funcionário do Judiciário

Peculato. Consequências do crime. Mostra-se razoável a fixação da pena-base em um ano acima do mínimo previsto para o tipo — de dois, com teto de doze — ante as circunstâncias do crime, o fato de haver sido praticado o peculato por servidor do próprio Judiciário. (STF. HC 101.295, Rel. Min. Marco Aurelio, j. 29-3-2011, 1ª T, DJE de 4-5-2011)

Uso, para si, de dinheiro que Prefeito tem sob sua guarda caracteriza peculato e não peculato de uso previsto no artigo 1º, II, do DL nº 201/67

No peculato de uso, previsto no inciso II do art. 1º do DL 201/1967, o sujeito ativo do crime utiliza-se, ilicitamente, de bens, rendas ou serviços públicos, em seu proveito ou de terceiros, agente público ou não. Não se pode falar em peculato de uso quando versar sobre dinheiro, ou seja, coisa fungível. Se o funcionário usar dinheiro que tem sob sua guarda para seu próprio benefício, pratica o delito de peculato. (STF. Inq 3.108, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15-12-2011, P, DJE de 22-3-2012.)

Nomeação de funcionários fantasmas ou de funcionários que devem dar parte da remuneração que receberiam caracteriza o crime

No caso em análise, o acusado tinha a posse de dinheiro público, que deveria destinar ao pagamento de auxiliares (secretários e assessores parlamentares). Contudo, o deputado nomeou, em alguns casos, pessoas que, supostamente, não exerciam quaisquer cargos em seu gabinete, com a intenção de se apropriar dos mencionados recursos (aparentemente, funcionários fantasmas); em outros casos, nomeou pessoas que, embora exercessem funções em seu gabinete, teriam se comprometido a repassar-lhe parte da remuneração a que fariam jus. É importante, no caso, notar que a vítima dos crimes é exclusivamente a administração pública, já que, de acordo com a narrativa do MPF, as pessoas nomeadas para os cargos comissionados teriam consentido em repassar os recursos públicos para o acusado. Ao mesmo tempo, não se pode concluir, como pretende a defesa, que o acusado não tinha a posse dos recursos, porque pertenciam às pessoas nomeadas. Como se nota, tendo ele o domínio final dos fatos, na clássica definição de autoria elaborada pela doutrina criminal, o acusado se utilizou das pessoas por ele nomeadas para se apropriar dos recursos públicos desviados dos cofres da Câmara para os fins particulares do alvitre do parlamentar denunciado. (STF. Inq 2.005, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2-12-2010, P, DJE de 4-8-2011.)

A descrição de fatos consistentes na montagem e operacionalização de esquema de nomeação de “assessores fantasmas” no âmbito da Secretaria de Administração no Estado do Piauí sinaliza a ocorrência das circunstâncias elementares do tipo penal do peculato. Isso porque, em primeiro lugar, a administração pública (bem jurídico tutelado pela norma incriminadora da conduta) foi aquela que mais diretamente sofreu com o ruinoso impacto patrimonial do delito imputa-

do aos denunciados; em segundo, porque os fatos narrados na inicial acusatória consistem na destinação de recursos públicos para fins diversos daqueles para os quais foram confiados à gestão dos acusados. Finalmente, há na peça acusatória a descrição do elemento subjetivo do tipo (e de seu especial fim de agir): a vontade livre e consciente de desviar dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel “em proveito próprio ou alheio”. No caso, em proveito da campanha do primeiro denunciado e do “empoderamento” de seus correligionários. (STF. Inq 2.449, Rel. Min. Ayres Britto, j. 2-12-2010, P, DJE de 18-2-2011.)

Presença reconhecida de indícios de que o parlamentar, com o auxílio do irmão, desviou, em proveito próprio, parte da remuneração de assessores parlamentares, o que configura, em tese, o crime de peculato, positivado no art. 312, § 1º, do CP. (STF. Inq 2.312, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19-11-2009, P, DJE de 18-12-2009.)

Propósito inicial de subtração de recursos liberados por entidade de desenvolvimento afasta o enquadramento jurídico no crime previsto no artigo 2º, da Lei nº 8.137/90 (trata-se de peculato)

Narrando a denúncia o propósito inicial de subtração de recursos públicos liberados por entidade de desenvolvimento, com concurso necessário de servidores públicos, correta a tipificação do fato como peculato-furto. Inviável a desclassificação para os crimes do art. 2º da Lei 8.137/1990. (STF. Inq 2.760, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7-10-2014, 2ª T, DJE de 16-12-2014.)

G) Falso testemunho

Falso testemunho: ausência da formalidade do compromisso, mas tendo o juiz advertido da possibilidade das declarações caracterizarem ilícito penal, não torna atípica a conduta

Crime contra a administração da justiça: falso testemunho, art. 342 do CP. Testemunha que não prestou compromisso em processo civil por ser prima da parte, mas que foi advertida de que suas declarações poderiam caracterizar ilícito penal. A formalidade do compromisso não mais integra o tipo do crime de falso testemunho, diversamente do que ocorria no primeiro Código Penal da República, Decreto 847, de 11-10-1890. Quem não é obrigado pela lei a depor como teste-

munha, mas que se dispõe a fazê-lo e é advertido pelo juiz, mesmo sem ter prestado compromisso pode ficar sujeito às penas do crime de falso testemunho. Precedente: HC 66.511-0, Primeira Turma. (STF. HC 69.358, Rel. Min. Paulo Brosard, j. 30-3-1993, 2ª T, DJ de 9-12-1994.)

Falso testemunho: desnecessário que o falso testemunho tenha influído no resultado da causa

Crime de falso testemunho. Esse delito se caracteriza pela mera potencialidade de dano à administração da justiça, sendo, portanto, crime formal que se consuma com o depoimento falso, independentemente da produção do efetivo resultado material a que visou o agente. Por isso, como acentuado no RHC 58.039 (RTJ 95/573), a extinção da punibilidade, por prescrição declarada no processo que teria havido a prática do delito de falso testemunho, não impede que seja este apurado e reprimido. (STF. RE 112.808, Rel. Min. Moreira Alves, j. 28-8-1987, 1ª T, DJ de 11-12-1987.)

H) Crimes da Lei de Licitações

A decisão de Tribunal de Contas não é condição de procedibilidade para processamento de crimes de fraude à licitação

Decisão do TCU não constitui condição de procedibilidade de crimes de fraude à licitação e quadrilha. Pelo princípio da independência das instâncias, é possível que a existência do fato alegadamente delituoso e a identificação da respectiva autoria se definam na esfera penal sem vinculação com a instância de controle exercida pelos tribunais de contas. Questão de ordem resolvida no sentido de não condicionar a procedibilidade dos delitos imputados aos réus a futura decisão do TCU. (STF. AP 565, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 8-8-2013, P, DJE de 23-5-2014.)

A regularidade contábil atestada pelo Tribunal de Contas não obsta a ação penal

(...). DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DO DELITO QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA. (...) AUSÊNCIA DE ILEGA-

LIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 3. Acolher a alegação de atipicidade da conduta por ausência de dolo ou porque as obras licitadas não sofreram superfaturamento e inexistência de prova de recebimento de vantagem indevida pelo acusado, demanda exame acurado da prova, própria da fase instrutória da ação penal, uma vez que tal situação fática não se encontra evidenciada de forma inequívoca nos autos. 4. O fato de o Tribunal de Contas aprovar as contas a ele submetidas, embora possa ser considerado em favor do Paciente, não obsta, diante do princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal, a persecução penal promovida pelo Ministério Público, quando não se evidencia, estreme de dúvidas, a inocência do acusado. 5. A tese defensiva de falta de justa causa para a ação penal pela inexistência de malversação das verbas demanda minucioso exame do conjunto fático e probatório, que deve ser feito pelo Juízo ordinário, durante a instrução criminal contraditória. Afinal, quando a versão de inocência apresentada é contraposta por elementos indiciários apresentados pela acusação, incabível o deslinde da controvérsia na via estreita do habeas corpus. (...) (STJ. HC 218663, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 13/11/2012, DJE 23/11/2012)

O crime previsto no artigo 89, da Lei nº 8.666/93 não absorve o uso de documento falso

(...) não há relação de necessidade entre o crime de falso e o crime no art. 89 da Lei 8.666/1993. É dizer, não é indispensável para o tipo do art. 89 da Lei 8.666/1993 que se utilize de documento ideologicamente falso, o uso de documento não perfaz elemento normativo do tipo descrito na Lei das Licitações, razão pela qual não há consumação entre os delitos. (STF. RHC 118.030, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19-8-2014, 1ª T, DJE de 12-9-2014.)

Possibilidade de concurso de crimes previstos na lei 8.666/1993

Informativo nº 530 do STJ: Não configura bis in idem a condenação pela prática da conduta tipificada no art. 90 da Lei 8.666/1993 (fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório) em concurso formal com a do art. 96, I, da mesma lei (fraudar licitação mediante elevação arbitrária dos preços). Isso porque se trata de tipos penais totalmente distintos. Com efeito, enquanto no crime do art. 90 o agente busca eliminar a competição ou fazer com que esta seja apenas apa-

rente, no crime do art. 96, I, atinge-se diretamente a licitação, elevando arbitrariamente os preços em prejuízo da Fazenda Pública. Dessa forma, caracterizadas as duas espécies delitivas, um crime não estará absorvido pelo outro. (STJ. REsp 1.315.619-RJ, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), 5ª T, j. 15/8/2013.)

I) Outros crimes

Violência arbitrária: não foi revogado pelo tipo da Lei de Abuso de Autoridade

O art. 322 do CP, que tipifica o crime de violência arbitrária, não foi revogado pelo art. 3º, i, da Lei 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade). Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (STF. RHC 95.617, Rel. Min. Eros Grau, j. 25-11-2008, 2ª T, DJE de 17-4-2009.)

Sonegação de papel ou objeto de valor probatório: Advogado, atuando em causa própria, que deixa de devolver processo para procrastinar andamento comete o crime

Processo. Retenção. Implica o tipo do art. 356 do CP postura de profissional da advocacia que, atuando em causa própria, deixa de devolver o processo para procrastinar o normal andamento. (STF. HC 104.290, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29-11-2011, 1ª T, DJE de 1º-2-2012.)

Coação no curso do processo: Coação no curso de Procedimento Investigatório Criminal (PIC) configura

Informativo nº 568 do STJ: O crime de coação no curso do processo (art. 344 do CP) pode ser praticado no decorrer de Procedimento Investigatório Criminal instaurado no âmbito do Ministério Público. Isso porque, além de o PIC servir para os mesmos fins e efeitos do inquérito policial, o STJ já reconheceu que, mesmo as ameaças proferidas antes da formalização do inquérito caracterizam o crime de coação no curso do processo, desde que realizadas com o intuito de influenciar o resultado de eventual investigação criminal (HC 152.526-MG, Quinta Turma, DJe 19/12/2011). HC 315.743-ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 6/8/2015, DJe 26/8/2015

Resistência: tentar tirar a arma do policial configura

APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de substância entorpecente com envolvimento de menor e resistência (artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, VI, da Lei nº 11.343/06 e artigo 329 do CP) – (...) Da mesma forma, nenhum reparo merece a condenação do réu pelo delito de resistência. É da prova vencedora que o réu tentou resistir à prisão, entrando em luta corporal com o policial e chegando, até mesmo, a tentar tomar-lhe a arma de fogo. O laudo de fls. 84 confirmou a existência de lesão leve sofrida pelo policial (...). Frise-se que a resistência se configura no momento em que há oposição do agente ao ato legal mediante violência ou ameaça contra funcionário público, é o caso dos autos, conforme se depreende da prova produzida. (TJ/SP .APL 01009138320138260050 SP 0100913-83.2013.8.26.0050, Rel. Des. Paulo Rossi, 12ª Câmara de Direito Criminal, j. 04/11/2015).

Desacato: conduta permanece típica, mesmo após controle de convencionalidade

Informativo nº 607 do STJ: A questão posta gira em torno de eventual afastamento, em controle de convencionalidade, do crime de desacato (art. 331 do CP) do ordenamento jurídico brasileiro em razão de recomendação expedida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), para fins de incidência, ou não, do princípio da consunção na hipótese examinada. Inicialmente, importa destacar, quanto à faceta estruturante do Sistema Interamericano, que são competentes para conhecer das matérias concernentes na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH): a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH). De acordo com o art. 41 da referida Convenção (Pacto de São José da Costa Rica) – da qual o Brasil é signatário – a CIDH possui a função primordial de promover a observância e a defesa dos direitos humanos. Porém, da leitura do dispositivo, é possível deduzir que os verbos relacionados às suas funções não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Prima facie, depreende-se que a referida comissão não possui função jurisdicional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo função jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto. Já o art. 68 da aludida norma supralegal prevê que os Estados Partes na Convenção se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, o que denota de forma patente seu caráter vincu-

lante. Acentue-se que as deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. Desta feita, a despeito do que fora aduzido no inteiro teor do voto proferido no REsp 1.640.084/SP – no sentido de que o crime de desacato é incompatível com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, por afrontar mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão – certo é que as recomendações não possuem força vinculante, mas, na ótica doutrinária, tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". Outrossim, cabe ressaltar, não houve nenhuma deliberação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) sobre eventual violação do direito à liberdade de expressão por parte do Brasil, mas tão somente pronunciamentos emanados pela CIDH. Ainda que assim não fosse, a Corte Interamericana de Direitos já se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto. Nessa toada, tem-se que o crime de desacato não pode, sob qualquer viés, seja pela ausência de força vinculante às recomendações expedidas pela CIDH, seja pelo viés interpretativo, ter sua tipificação penal afastada. 3ª Seção, HC 379.269-MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. para acórdão Min. Antônio Saldanha Palheiro, por maioria, j. 24/5/2017, DJe 30/6/2017.

Denúncia caluniosa: Não autoriza a desclassificação do crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP) para a conduta do art. 340 do CP, o fato de que aqueles que foram falsamente apontados como autores do delito inexistente não tenham chegado a ser indiciados no curso do inquérito policial

Informativo nº 592 do STJ: Tratou-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça local que considerou correta a decisão que desclassificou o tipo previsto no art. 339 do CP para o previsto no art. 340 do mesmo diploma, uma vez que a conduta da agente ao noticiar crimes que não ocorreram, provocou meros atos investigatórios da autoridade policial. Decidiu-se no recurso especial que a qualificação jurídica atribuída pelas instâncias ordinárias, aos fatos por elas delineados, está equivocada. Se, em razão da comunicação falsa de crime efetivada pela recorrida, houve a instauração de inquérito policial, sendo a falsidade descoberta em razão dos atos investigatórios nele realizados, o deli-

to cometido é o de denúncia caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal. Não autoriza a desclassificação para a conduta do art. 340 do mesmo estatuto o fato de que aqueles que foram falsamente apontados como autores do delito inexistente não tenham chegado a ser indiciados no curso da aludida investigação, em virtude da descoberta da inveracidade da imputação. REsp 1.482.925-MG, Rel. Min. Sebastião Reis, v.u., j. 6/10/2016, DJe 25/10/2016.

25 - Violência doméstica (Lei Maria da Penha)

Gravidade da violência doméstica contra a mulher

“A ideia de família como uma entidade inviolável, não sujeita à interferência nem da Justiça, faz com a violência se torne invisível, pois é protegida pelo segredo. Agressor e agredida firmam um pacto de silêncio, que o livra da punição. Estabelece-se um verdadeiro círculo vicioso: a mulher não se sente vítima, o que faz desaparecer a figura do agressor. Mas o silêncio não impõe nenhuma barreira. A falta de um basta faz a violência aumentar. O homem testa seus limites de dominação. Como a ação não gera reação, exacerba a agressividade. Para conseguir dominar, para manter a submissão as formas de violência só aumentam.” “A ferida sara, os ossos quebrados se recuperam, o sangue seca, mas a perda da autoestima, o sentimento de menos valia, a depressão, essas são feridas que jamais se cicatrizam.” (DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 2ªed. São Paulo: RT, 2010, p.24)

Valor da palavra da vítima

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ESPECIAL RELEVÂNCIA À PALAVRA DA VÍTIMA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO(...) 3. No que se refere ao crime de ameaça, a palavra da vítima possui especial relevância para fundamentar a condenação, notadamente se a conduta foi praticada em contexto de violência doméstica ou familiar. Precedente. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 327.231, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, j. 10/03/2016, DJe 17/03/2016)

AMEAÇA DE MORTE E LESÃO CORPORAL. Nos delitos cometidos no âmbito doméstico, a palavra da vítima tem relevante valor probatório, porquanto, na maioria das vezes, as violências acontecem dentro do próprio ambiente familiar, longe dos olhos de possíveis testemunhas. condenação mantida. (TJ/SP. AP 9000025-75.2011.8.26.0032, 10ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Nuevo Campos, j. 29/03/15).

Incidência da Lei Maria da Penha em qualquer crime contra a mulher, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto

(...) VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. MAUS TRATOS E INJÚRIA SUPOSTAMENTE PRATICADOS CONTRA GENITORA. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. INEXISTENTE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (...) 2. 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. 3. Estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica e podem integrar o polo passivo da ação delituosa as esposas, as companheiras ou amantes, bem como a mãe, as filhas, as netas do agressor e também a sogra, a avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar ou afetivo com ele. 4. No caso dos autos, não há ilegalidade evidente a ser reparada, pois mostra-se configurada a incidência da Lei n. 11.343/2006, nos termos do art. 5º, I, ante os relatos maus tratos e injúria em tese sofridos pela mãe do suposto agressor. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 310154, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28/04/2015, DJE 13/05/2015)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ART. 129, § 9.º, DO CÓDIGO PENAL. CRIME PRATICADO CONTRA CUNHADA DO RÉU. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º; INCISO II, DA LEI N.º 11.340/06. ORDEM DENEGADA. 1. A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, tem o intuito de proteger a mulher da violência doméstica e familiar que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, sendo que o crime deve ser cometido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. 2. Na espécie, apurou-se que a Vítima, irmã da companheira do Acusado, vivendo há mais de um ano com o casal sob o mesmo teto, foi agredida por ele. 3. Nesse contexto, inarredável concluir pela incidência da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista a ocorrência de ação baseada no gênero causadora de sofrimento físico no âmbito da família, nos termos expressos do art. 5.º, inciso II, da mencionada legislação. 4. "Para a configuração de violência doméstica, basta que estejam presentes as hipóteses previstas no artigo 5º da Lei 11.343/2006 (Lei Maria da Penha) [...]" (HC 115.857/MG, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJe de 02/02/2009). 5. Ordem denegada. (STJ. HC 172634, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 06/03/2012, DJE 19/03/2012)

Possibilidade do sujeito ativo da violência doméstica ser mulher, comprovados os demais requisitos

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM FACE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE AMEAÇA AO DIREITO AMBULATORIO. CRIME DE TORTURA, PRATICADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO, CONTRA CRIANÇA DO SEXO FEMININO. ART. 5.º, INCISO I, DA LEI MARIA DA PENHA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. REQUISITO REPUTADO COMO PREENCHIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR QUE SE AMOLDAM À HIPÓTESE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 3. O Tribunal de origem, com o grau de discricionariedade próprio à espécie constatou estar preenchido o requisito de motivação de gênero, sendo impossível, à luz dos fatos narrados, infirmar-se essa ilação. 4. O delito em tese foi cometido contra criança do sexo feminino com abuso da condição de hipossuficiência, inferioridade física e econômica, pois a violência teria ocorrido dentro do âmbito doméstico e familiar. As Pacientes - tia e prima da vítima - foram acusadas de torturar vítima que detinham a guarda por decisão judicial. 5. "Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade." (CC n. 88.027/MG, Relator Ministro OG FERNANDES, DJ de 18/12/2008) 6. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 250435, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 19/09/2013, DJE 27/09/2013)

Aplicabilidade da Lei Maria da Pena na relação mãe e filha

Informativo nº 551 do STJ: É possível a incidência da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas relações entre mãe e filha. Isso porque, de acordo com o art. 5º, III, da Lei 11.340/2006, 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 em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Da análise do dispositivo citado, infere-se que o objeto de tutela da Lei é a mulher em situação de vulnerabilidade, não só em relação ao cônjuge ou companheiro, mas também qualquer outro familiar

ou pessoa que conviva com a vítima, independentemente do gênero do agressor. Nessa mesma linha, entende a jurisprudência do STJ que o sujeito ativo do crime pode ser tanto o homem como a mulher, desde que esteja presente o estado de vulnerabilidade caracterizado por uma relação de poder e submissão. Precedentes citados: HC 175.816-RS, Quinta Turma, DJe 28/6/2013; e HC 250.435-RJ, Quinta Turma, DJe 27/9/2013. HC 277.561-AL, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 6/11/2014.

A incidência da lei prescinde da coabitação

Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima. (Súmula nº 600 do STJ)

Inaplicabilidade do princípio da insignificância

Informativo nº 825 do STF: 2ª Turma. Inadmissível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados em situação de violência doméstica. Com base nessa orientação, a Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pleiteava a incidência de tal princípio ao crime de lesão corporal cometido em âmbito de violência doméstica contra a mulher (Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha). RHC 133043/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia, 10.5.2016.

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. (Súmula nº 589 do STJ)

Inaplicabilidade de transação penal e suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. (Súmula nº 536 do STJ)

Inaplicabilidade de transação penal no caso de contravenções praticadas em contexto de violência doméstica contra a mulher

Informativo nº 539 do STJ: A transação penal não é aplicável na hipótese de contravenção penal praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher. De

fato, a interpretação literal do art. 41 da Lei Maria da Penha ("Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.") viabilizaria, em apressado olhar, a conclusão de que os institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995, entre eles a transação penal, seriam aplicáveis às contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher. Entretanto, o legislador, ao editar a Lei 11.340/2006, conferiu concretude ao texto constitucional (art. 226, § 8º, da CF) e aos tratados e as convenções internacionais de erradicação de todas as formas de violência contra a mulher, a fim de mitigar, tanto quanto possível, qualquer tipo de violência doméstica e familiar contra a mulher, abrangendo não só a violência física, mas, também, a psicológica, a sexual, a patrimonial, a social e a moral. Desse modo, à luz da finalidade última da norma (Lei 11.340/2006) e do enfoque da ordem jurídico-constitucional, considerando, ainda, os fins sociais a que a lei se destina, a aplicação da Lei 9.099/1995 é afastada pelo art. 41 da Lei 11.340/2006, tanto em relação aos crimes quanto às contravenções penais praticados contra mulheres no âmbito doméstico e familiar. Ademais, o STJ e o STF já se posicionaram no sentido de que os institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995, entre eles a transação penal, não se aplicam a nenhuma prática delituosa contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, ainda que configure contravenção penal. Precedente citado do STJ: HC 196.253-MS, Sexta Turma, DJe 31/5/2013. Precedente citado do STF: HC 106.212-MS, Tribunal Pleno, DJe 13/6/2011. HC 280.788-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 3/4/2014.

Lesão corporal leve se processa mediante ação penal pública incondicionada

Eis um caso a exigir que se parta do princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra a mulher. Os dados estatísticos são alarmantes. Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la. Conforme ressaltado na inicial, confeccionada com o desejável esmero, dados estatísticos demonstram que o percentual maior é de renúncia à representação, quer deixando-se de ter a iniciativa, quer afastando-a do cenário jurídico. (...) Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente,

quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido o recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente. Os dados estatísticos são assombrosos relativamente à progressão nesse campo, vindo a desaguar, inclusive, em prática que provoque a morte da vítima. Sob o ponto de vista feminino, a ameaça e as agressões físicas não vêm, na maioria dos casos, de fora. Estão em casa, não na rua. Consubstanciam evento decorrente de dinâmicas privadas, o que, evidentemente, não reduz a gravidade do problema, mas a aprofunda, no que acirra a situação de invisibilidade social. Na maior parte dos assassinatos de mulheres, o ato é praticado por homens com quem elas mantiveram ou mantêm relacionamentos amorosos. Compõe o contexto revelador da dignidade humana o livre agir, a definição das consequências de certo ato. Essa premissa consubstancia a regra, mas, para confirmá-la, existe a exceção. Por isso mesmo, no âmbito penal, atua o Ministério Público, na maioria dos casos, sem que se tenha como imprescindível representação, bastando a notícia do crime. No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. (...) No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana — art. 1º, III —, o direito fundamental de igualdade — art. 5º, I — e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais — art. 5º, XLI. A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher — a Convenção de Belém do Pará —, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. (...) Sob o ângulo constitucional explícito, tem-se como dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias. Esvazia-se a proteção, com flagrante contrariedade ao que previsto na CF, especial-

mente no § 8º do respectivo art. 226, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca retaliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiência especificamente designada com tal finalidade, fazendo-o — e ao menos se previu de forma limitada a oportunidade — antes do recebimento da denúncia, condicionando-se, segundo o preceito do art. 16 da Lei em comento, o ato à audiência do Ministério Público. Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão. (...) Descabe interpretar a Lei Maria da Penha de forma dissociada do Diploma Maior e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal também aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária. Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito. (...) Procedê às inteiras o pedido formulado pelo PGR, buscando-se o empréstimo de concretude maior à CF. Deve-se dar interpretação conforme à Carta da República aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 — Lei Maria da Penha — no sentido de não se aplicar a Lei 9.099/1995 aos crimes glosados pela Lei ora discutida, assentando-se que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. (...) Representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito. Protege a dignidade da mulher, nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como fruto da construção realmente livre da própria personalidade. Contribui com passos largos no contínuo caminhar destinado a assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino. (STF. ADI 4.424, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 1º-8-2014)

A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. (Súmula nº 542 do STJ).

Lesão corporal , mesmo que culposa, se processa mediante ação penal pública incondicionada

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEI MARIA DA PENHA. ART.16 DA LEI N. 11.340/2006. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. NATUREZA INCONDICIONADA DA AÇÃO PENAL. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. MANUTENÇÃO DA PERSECUÇÃO ESTATAL. REFORMA DO ACÓRDÃO A QUO. 1. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se questão afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso especial nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn n. 4.424/DF, deu interpretação conforme aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei n. 11.340/2006, estabelecendo que, nos casos de lesão corporal no âmbito doméstico, seja leve, grave ou gravíssima, dolosa ou culposa, a ação penal é sempre pública incondicionada. 3. No julgamento do agravo regimental, incabível a sustentação oral, conforme o teor do art. 159 do RISTJ. 4. Em observância à segurança jurídica, está evidenciada a preclusão temporal in casu, em função de a defesa não apontar oportunamente o suposto vício processual (inércia processual). 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp 1442015/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/11/2014, DJE 12/12/2014)

Delito cometido com violência física obsta a substituição da pena corporal por restritivas de direitos

A execução do crime mediante o emprego de violência é circunstância impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44, I, do CP. Interpretação que pretenda equipar os crimes praticados com violência doméstica contra a mulher aos delitos submetidos ao regramento previsto na Lei dos Juizados Especiais, a fim de permitir a conversão da pena, não encontra amparo no art. 41 da Lei 11.340/2006. (STF. HC 129.446, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 20-10-2015, 2ª T, DJE de 6-11-2015.)

Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de violência doméstica

Informativo no 844 do STF: A Primeira Turma, por maioria, indeferiu a ordem de “habeas corpus” em que solicitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de contravenção penal envolvendo violên-

cia doméstica. O paciente foi condenado por vias de fato, nos termos do art. 21 (1) da Lei de Contravenções Penais (LCP), a vinte dias de prisão simples, em regime aberto. O juízo de 1º grau concedeu a suspensão condicional da pena (“sur-sis”) pelo prazo de dois anos. A Turma julgou improcedente o pedido, com base em interpretação extensiva do art. 44, I do Código Penal (2), no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, em que a noção de crime abarcaria qualquer conduta delituosa, inclusive contravenção penal. Nesse sentido, reconhecida a necessidade de combate à cultura de violência contra a mulher no Brasil, o Colegiado considerou a equiparação da conduta do paciente à infração de menor potencial ofensivo incoerente com o entendimento da violência de gênero como grave violação dos direitos humanos. (...) HC 137888/MS, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 31.10.2017.

A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (Súmula nº 588 do STJ)

Impossibilidade de designação de ofício da audiência prevista no artigo 16 da Lei 11.340/06

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 147 DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INVIABILIDADE. NÃO PROVIMENTO. 1. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a audiência de retratação, prevista no art. 16 da Lei n.º 11.340/06, apenas será designada no caso de manifestação da vítima, antes do recebimento da denúncia. (Precedentes). 2. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STJ. RHC 041545, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 04/09/2014, DJE 16/09/2014)

A Lei presume a vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica, firmando a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

Informativo nº 539 do STJ: O fato de a vítima ser figura pública renomada não afasta a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar e julgar o delito. Isso porque a situação de vul-

nerabilidade e de hipossuficiência da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, revela-se ipso facto, sendo irrelevante a sua condição pessoal para a aplicação da Lei Maria da Penha. Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher é pressuposto de validade da referida lei, por isso o Estado deve oferecer proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente. Vale ressaltar que, em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração desse pressuposto – presunção de hipossuficiência da mulher –, que, aliás, é ínsito à condição da mulher na sociedade hodierna. Além disso, não é desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher é vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado (STF, ADC 19-DF, Tribunal Pleno, DJe 29/4/2014). Desse modo, as denúncias de agressões, em razão do gênero, que porventura ocorram neste contexto, devem ser processadas e julgadas pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos termos do art. 14 da Lei 11.340/2006. (REsp 1.416.580-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 1º/4/2014).

26 - Estatuto da Criança e do Adolescente

Corrupção de menores: admite-se a prova da idade da criança ou adolescente por qualquer meio idôneo

A menoridade para fins de tipificação do crime previsto no art. 244-B da Lei 8.069/1990 pode ser comprovada por outros meios idôneos, não se exigindo seja realizada somente por certidão de nascimento ou carteira de identidade. (STF. HC 124.132, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28-10-2014, 1ª T, DJE de 17-11-2014.)

Corrupção de menores: o crime do artigo 244-B tem natureza formal e basta a prova da participação da criança ou adolescente na prática de infração penal

Natureza formal do delito de corrupção de menores. Redação do art. 244-B do ECA. Proteção da criança e do adolescente. Finalidade imediata da norma penal. Prevalece nesta Casa de Justiça o entendimento de que o crime em causa é de natureza formal, bastando a prova, portanto, da participação do menor em delito capitaneado por adulto. A tese de que o delito do art. 244-B do ECA exige prova da efetiva corrupção do menor implica, por via transversa, a aceitação do discurso de que nem todas as crianças e adolescentes merecem (ou podem receber) a proteção da norma penal. Conclusão inadmissível, se se tem em mente que a principal diretriz hermenêutica do cientista e operador do direito é conferir o máximo de eficácia à Constituição, mormente naqueles dispositivos que mais nitidamente revelem a identidade ou os traços fisionômicos dela própria, como é o tema dos direitos e garantias individuais. (STF. RHC 108.970, Rel. Min. Ayres Britto, j. 9-8-2011, 2ª T, DJE de 19-12-2011)

A configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal. (Súmula nº 500 do STJ)

Corrupção de menores: A prática de crime com dois adolescentes justifica a condenação por dois crimes de corrupção de menores

Informativo nº 613 do STJ: De início, cumpre salientar que o caput do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que está sujeito a pena de 1 a 4

anos de reclusão, aquele que "corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la". Segundo a doutrina, o bem jurídico tutelado pelo art. 244-B do ECA é a formação moral da criança e do adolescente no que se refere à necessidade de eles não ingressarem ou permanecerem no mundo da criminalidade. Ora, se o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção de menores é a sua formação moral, caso duas crianças/adolescentes tiverem seu amadurecimento moral violado, em razão de estímulos a praticar o crime ou a permanecer na seara criminoso, dois foram os bens jurídicos violados. Da mesma forma, dois são os sujeitos passivos atingidos, uma vez que a doutrina é unânime em reconhecer que o sujeito passivo do crime de corrupção de menores é a criança ou o adolescente submetido à corrupção. O entendimento perfilhado também se coaduna com os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente, vez que trata cada uma delas como sujeitos de direitos. Ademais, seria desarrazoado atribuir a prática de crime único ao réu que corrompeu dois adolescentes, assim como ao que corrompeu apenas um. REsp 1.680.114-GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 10/10/2017, DJe 16/10/2017

Configuração das condutas de pornografia infantil mesmo com a vítima vestida

Informativo nº 577 do STJ: Fotografar cena e armazenar fotografia de criança ou adolescente em poses nitidamente sensuais, com enfoque em seus órgãos genitais, ainda que cobertos por peças de roupas, e incontestável finalidade sexual e libidinosa, adequam-se, respectivamente, aos tipos do art. 240 e 241-B do ECA. (STJ. REsp 1.543.267-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 3/12/2015, DJe 16/2/2016

Tipicidade da conduta de fotografia de atos libidinosos com menores de idade no período posterior à mudança promovida pela Lei 10.764/2003 e anterior à alteração pela Lei 11.829/2008

Informativo nº 755 do STF: 1ª Turma. Por inadequação da via processual, a 1ª Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, declarou a extinção de "habeas corpus", em que discutida a tipicidade da conduta, à época dos fatos, de fotografar atos libidinosos com criança e a aplicação concomitante de duas causas especiais de aumento de pena — v. Informativo 712. A defesa alegava que a conduta teria deixado de ser prevista no ECA no período posterior à mudança pro-

movida pela Lei 10.764/2003 e anterior à alteração pela Lei 11.829/2008. Além disso, pleiteava fosse imposta apenas uma causa de aumento dentre aquelas previstas no art. 226 do CP [“Art. 226. A pena é aumentada: I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”], tendo em vista o que disposto no parágrafo único do art. 68 do CP (“No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”). O Colegiado reputou ausentes os requisitos para a concessão, de ofício, da ordem. Enfatizou que o tipo legal “produzir fotografia” comportaria, no vernáculo, o ato de fotografar. Frisou que a assertiva da atipicidade da conduta careceria de consistência lógica, teleológica e, sobretudo, semântica. Explicitou que a teleologia da norma do ECA visaria à proteção da menoridade contra esses comportamentos deletérios para a vida em sociedade e para a própria formação individual da criança. Em seguida, registrou não vislumbrar arbitrariedade ou teratologia na dosimetria da pena. Acentuou que a previsão do art. 68 do CP estabeleceria, sob o ângulo literal, apenas uma possibilidade de atuação. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que deferiria parcialmente a ordem para expungir da pena imposta ao paciente a causa de aumento do art. 226, I, do CPP. Entendia possível observar-se somente uma das hipóteses do aludido dispositivo legal, ou seja, a que implicasse maior majoração. HC 110960/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 19.8.2014.

27 - Estatuto do Desarmamento

Possibilidade de concurso material, quando, no mesmo contexto, o agente incide nas condutas dos arts. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) e 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito)

POSSE DE MAIS DE UMA ARMA DE FOGO, OU DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO. AVENTADA OCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOIS TIPOS PENAIIS DISTINTOS. OCORRÊNCIA DE CONCURSO MATERIAL. 1. Não se desconhece a existência de julgados deste Sodalício no sentido de que a apreensão de mais de uma arma, munição, acessório ou explosivo com o mesmo agente não caracteriza concurso de crimes, mas delito único, pois há apenas uma lesão ao bem jurídico tutelado. 2. Todavia, tal entendimento não pode ser aplicado no caso dos autos, pois as condutas praticadas pelos réus se amoldam a tipos penais distintos, sendo que um deles, o do artigo 16, além da paz e segurança públicas também protege a seriedade dos cadastros do Sistema Nacional de Armas, razão pela qual é inviável o reconhecimento de crime único e o afastamento do concurso material. (STJ, HC 211834/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 10/09/2013, DJE 18/09/2013)

Possibilidade de concurso formal, quando, no mesmo contexto, o agente incide nas condutas dos arts. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) e 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE USO PERMITIDO. PORTE DE ARMA COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. CONCURSO FORMAL. (...) (4) PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. VÁRIAS ARMAS. IMPUTAÇÕES DIVERSAS: ARTS. 14 E 16, PÁR. ÚNICO DA LEI 10.826/93. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE UNICIDADE APENAS EM RELAÇÃO ÀS DUAS IMPUTAÇÕES PELO ART. 16, PÁR. ÚNICO. PROVIDÊNCIA, CONTUDO, QUE REPERCUTE NEGATIVAMENTE AOS PACIENTES. NÃO INCIDÊNCIA (...). 4. O STJ firmou entendimento de que é possível a unicidade de crimes, quando, no porte ilegal, há pluralidade de armas, equacionando-se a reprimenda na fixação da pena-base. Na espécie, contudo, a pretensão não se justifica, dado se buscar o reconhecimento de crime único dian-

te de imputações distintas: arts. 14 e 16, párr. único, da Lei 10.8.26/03. Todavia, tem-se como cabível, tão-somente, o reconhecimento entre as duas imputações do delito do art. 16, párr. único, da Lei 10.8.26/03. Não obstante, a modificação na dosimetria, com dois acréscimos, na pena-base com um crime único do art. 16, párr. único, e conseqüente aumento na pena-base da junção dos dois crimes mais, ainda, o acréscimo decorrente da ainda incidência da majorante do concurso formal conduz a situação menos benéfica ao paciente. (...) (STJ, HC 130797, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 18/12/2012, DJE 01/02/2013)

Porte ilegal de arma de fogo dias depois do roubo caracteriza delito autônomo

Caso no qual o acusado foi preso portando ilegalmente arma de fogo, usada também em crime de roubo três dias antes. Condutas autônomas, com violação de diferentes bens jurídicos em cada uma delas. Inocorrente o esgotamento do dano social no crime de roubo, ante a violação posterior da incolumidade pública pelo porte ilegal de arma de fogo, não há falar em aplicação do princípio da consunção. (STF RHC 106.067, Rel. Min. Rosa Weber, j. 26-6-2012, 1ª T, DJE de 15-8-2012.)

Arma desmontada configura o crime

“A circunstância de encontrar-se desmontada a arma quando da apreensão não impede a tipificação legal, desde que provada a eficácia do instrumento.” “Tanto isso é verdade que o art.14 buscou incriminar não só o porte de arma, mas também de acessório e munição, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a demonstrar que a preocupação do legislador com a potencialidade lesiva do instrumento, independentemente de estar em condição de pronto uso” (MARCÃO, Renato. Estatuto de Desarmamento. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.77)

Posse de silenciador prescinde de perícia para comprovar potencialidade lesiva do acessório

Posse de acessório de arma de fogo de uso restrito. Art. 16 da Lei 10.826/2003. (...) Presente laudo especificando o modelo do silenciador de uso restrito, desnecessária a realização de perícia a comprovar a potencialidade lesiva do acessório para a configuração do delito. (STF RHC 128.281, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 4-8-2015, 2ª T, DJE de 26-8-2015.)

Posse de munição, por si só, caracteriza do crime

Art. 16 da Lei 10.826/2003. (...) O porte de munição de arma de fogo de uso restrito constitui crime de perigo abstrato; portanto, irrelevante a presença da arma de fogo para sua tipificação. (STF. RHC 118.304, Rel. Min. Rosa Weber, j. 17-12-2013, 1ª T, DJE de 14-2-2014.)

O tipo penal do art. 14 da Lei 10.826/2003, ao prever as condutas de portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, contempla crime de mera conduta, sendo suficiente a ação de portar ilegalmente a munição. (STF. HC 119.154, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 26-11-2013, 2ª T, DJE de 11-12-2013.)

Policial pode cometer os crimes de porte, posse, etc de arma ou acessórios se não possuir a autorização para o objeto específico

A mera condição de policial militar não autoriza o porte de qualquer arma de fogo e em qualquer situação. Se o paciente, aspirante a oficial da Polícia Militar, portava arma de fogo de uso restrito, para a qual não possuía autorização, dela fazendo uso indevido em local público, responde pelo crime de porte ilegal de arma de uso restrito, art. 16 da Lei 10.826/2003. (STF. HC 106.659, Rel. Min. Rosa Weber, j. 11-12-2012, 1ª T, DJE de 6-2-2013.)

Informativo nº 597 do STJ: Trata-se de recurso em habeas corpus em que se pretende ver reconhecida a atipicidade da conduta imputada a delegado de polícia civil consistente na suposta prática dos delitos de posse irregular e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (arts. 12 e 14 c/c o 20, todos da Lei n. 10.826/2003). A denúncia imputa ao policial a prática de dois crimes: posse irregular e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Tais condutas consistiriam, em síntese, no seguinte: 1) posse e manutenção, em sua residência e sem autorização ou em desacordo com determinação legal, de um revólver registrado apenas na Divisão de Fiscalização de Armas e Explosivos do Rio de Janeiro, além de 48 munições; 2) porte, mesmo na condição de Delegado de Polícia, sem autorização e em desacordo com determinação legal, de um revólver igualmente registrado apenas na Divisão de Fiscalização de Armas e Explosivos (DFAE). Em observância ao princípio da legalidade, foi promulgada a Lei n. 10.826/2003, depois de várias iniciativas em prol do desarmamento. A mens legis do denominado Estatuto do Desarmamento

foi proteger a incolumidade pública, por meio de tipos penais e de outros dispositivos destinados ao maior controle de armas de fogo pelo governo. Nesse cenário, foi instituído o Sistema Nacional de Armas (SINARM), órgão competente para, entre outras atividades, identificar as características e a propriedade de armas de fogo. O art. 3º da Lei n. 10.826/2003 dispõe ser "obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente". Para adquirir arma de fogo, o interessado deverá declarar a efetiva necessidade e preencher vários requisitos legais, entre eles a comprovação de idoneidade – mediante apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal – e a apresentação de documentos comprobatórios de ocupação lícita, residência certa, capacidade técnica e aptidão psicológica para o manuseio do artefato. Mesmo depois de cumpridos os requisitos legais e expedida a autorização de compra de arma de fogo pelo SINARM, deverá ser requerido o certificado de registro, emitido pela Polícia Federal. O certificado federal – e não a autorização do SINARM – conferirá ao titular da arma de fogo o direito de possuí-la no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento. Portanto, o cidadão previamente autorizado pelo SINARM, ao adquirir arma de fogo de uso permitido, somente poderá manter o artefato em sua residência mediante certificado expedido pela Polícia Federal, documento temporário e sujeito ao preenchimento de requisitos legais, que deverão ser comprovados periodicamente para fins de revalidação. Afasta-se, ainda, a alegação de que a condição de Delegado de Polícia autorizaria a posse e o porte das armas, pois essa autorização deve ser complementada com a necessidade do cumprimento das formalidades legais previstas na Lei n. 10.826/2003. Por fim, não é possível a aplicação, à hipótese concreta, do princípio da adequação social, formulado por Hans Welzel, vetor geral de hermenêutica, segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, não se pode reputar como criminosa uma ação ou omissão aceita ou tolerada pela sociedade, ainda que formalmente subsumida a um tipo legal incriminador. Sem embargo de opiniões contrárias, mesmo na condição de Delegado de Polícia, possuir armas de fogo e munições, de uso permitido, sem registro no órgão competente e que somente são descobertas após cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão não é uma conduta socialmente tolerável e adequada no plano normativo penal. Por fim, sob a ótica do princípio da lesividade, tem-se, aqui, o perigo à incolumidade pública representado pelo agente que possui arma de fogo ou somente munições sem certificado. Em função dos próprios objetivos da Lei do Desarmamento, o postulado da insignificância deve ser aferido caso a caso, de forma excepcional, para verificar a presença dos

vetores já assinalados pelo Supremo Tribunal Federal. RHC 70.141-RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 7/2/2017, DJe 16/2/2017.

Configura crime a conduta de policial =civil que, mesmo autorizado a portar ou possuir arma de fogo, não observa as imposições legais previstas no Estatuto do Desarmamento, que impõem registro das armas no órgão competente

Informativo nº 597 do STJ: Trata-se de recurso em habeas corpus em que se pretende ver reconhecida a atipicidade da conduta imputada a delegado de polícia civil consistente na suposta prática dos delitos de posse irregular e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (arts. 12 e 14 c/c o 20, todos da Lei n. 10.826/2003). A denúncia imputa ao policial a prática de dois crimes: posse irregular e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Tais condutas consistiriam, em síntese, no seguinte: 1) posse e manutenção, em sua residência e sem autorização ou em desacordo com determinação legal, de um revólver registrado apenas na Divisão de Fiscalização de Armas e Explosivos do Rio de Janeiro, além de 48 munições; 2) porte, mesmo na condição de Delegado de Polícia, sem autorização e em desacordo com determinação legal, de um revólver igualmente registrado apenas na Divisão de Fiscalização de Armas e Explosivos (DFAE). Em observância ao princípio da legalidade, foi promulgada a Lei n. 10.826/2003, depois de várias iniciativas em prol do desarmamento. A mens legis do denominado Estatuto do Desarmamento foi proteger a incolumidade pública, por meio de tipos penais e de outros dispositivos destinados ao maior controle de armas de fogo pelo governo. Nesse cenário, foi instituído o Sistema Nacional de Armas (SINARM), órgão competente para, entre outras atividades, identificar as características e a propriedade de armas de fogo. O art. 3º da Lei n. 10.826/2003 dispõe ser "obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente". Para adquirir arma de fogo, o interessado deverá declarar a efetiva necessidade e preencher vários requisitos legais, entre eles a comprovação de idoneidade – mediante apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal – e a apresentação de documentos comprobatórios de ocupação lícita, residência certa, capacidade técnica e aptidão psicológica para o manuseio do artefato. Mesmo depois de cumpridos os requisitos legais e expedida a autorização de compra de arma de fogo pelo SINARM, deverá ser requerido o certificado de registro, emitido pela Polícia Federal. O certificado federal – e não a autorização do SINARM – conferirá ao titular da arma de fogo o direito de possuí-la no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ain-

da, no local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento. Portanto, o cidadão previamente autorizado pelo SINARM, ao adquirir arma de fogo de uso permitido, somente poderá manter o artefato em sua residência mediante certificado expedido pela Polícia Federal, documento temporário e sujeito ao preenchimento de requisitos legais, que deverão ser comprovados periodicamente para fins de revalidação. Afasta-se, ainda, a alegação de que a condição de Delegado de Polícia autorizaria a posse e o porte das armas, pois essa autorização deve ser complementada com a necessidade do cumprimento das formalidades legais previstas na Lei n. 10.826/2003. Por fim, não é possível a aplicação, à hipótese concreta, do princípio da adequação social, formulado por Hans Welzel, vetor geral de hermenêutica, segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, não se pode reputar como criminoso uma ação ou omissão aceita ou tolerada pela sociedade, ainda que formalmente subsumida a um tipo legal incriminador. Sem embargo de opiniões contrárias, mesmo na condição de Delegado de Polícia, possuir armas de fogo e munições, de uso permitido, sem registro no órgão competente e que somente são descobertas após cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão não é uma conduta socialmente tolerável e adequada no plano normativo penal. Por fim, sob a ótica do princípio da lesividade, tem-se, aqui, o perigo à incolumidade pública representado pelo agente que possui arma de fogo ou somente munições sem certificado. Em função dos próprios objetivos da Lei do Desarmamento, o postulado da insignificância deve ser aferido caso a caso, de forma excepcional, para verificar a presença dos vetores já assinalados pelo Supremo Tribunal Federal. 6ª T, RHC 70.141-RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 7/2/2017, DJE 16/2/2017.

Atipicidade temporária de possuir arma de fogo de uso restrito ocorreu apenas no período compreendido entre 23-12-2003 e 23-10-2005

No período compreendido entre 23-12-2003 e 23-10-2005, o possuidor de arma de fogo poderia providenciar a regularização do registro ou a devolução da arma aos órgãos competentes, razão pela qual, nesse espaço delimitado de tempo, a conduta de possuir arma de fogo de uso restrito era atípica (atipicidade temporária). Após o termo final desse prazo, aquele flagrado na posse de arma de fogo de uso restrito sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, comete, em tese, o crime tipificado no art. 16 do Estatuto do Desarmamento. O disposto nos arts. 30 e 32 do Estatuto, alterados pela Lei 11.706/2008, não se aplica aos possuidores de arma de fogo de uso restrito. (STF. HC 109.100, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 7-2-2012, 1ª T, DJE de 24-2-2012.)

Informativo 519 do STJ: Terceira Seção. DIREITO PENAL. TERMO FINAL DA ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA RELATIVA AO CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA, SUPRIMIDA OU ADULTERADA. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). É típica a conduta de possuir arma de fogo de uso permitido com numeração raspada, suprimida ou adulterada (art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003) praticada após 23/10/2005. O STJ tem entendimento firme de que as regras contidas nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003, bem como nas sucessivas leis que prorrogaram a vigência da redação original desses dispositivos, implicam vacatio legis indireta das normas penais incriminadoras da “posse” ou “propriedade” de armas de fogo, tanto de uso permitido como de uso restrito. Sendo assim, enquanto aquelas leis tivessem vigência, tais condutas seriam consideradas atípicas, pela ocorrência de abolitio criminis temporária. Contudo, depois de ultrapassado o prazo final previsto na última prorrogação da redação original dos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003 (23/10/2005), a Lei 11.706/2008 deu a eles nova redação, sendo que, posteriormente, a Lei 11.922/2009, em seu art. 20, prorrogou o prazo previsto neste último diploma para 31/12/2009. Note-se, entretanto, que não houve mera prorrogação de prazo pela Lei 11.706/2008, como nas vezes anteriores, mas uma modificação do conteúdo da lei. A propósito, na redação original do art. 32 da Lei 10.826/2003, o prazo era para que o proprietário ou possuidor da arma de fogo a “entregasse” à autoridade competente; já no tocante ao art. 30 da mesma lei, o prazo era para que fosse “solicitado o registro” da arma. Como se percebe, o art. 30 da Lei 10.826/2003, na nova redação, continuou a prever uma abolitio criminis para que se procedesse, exclusivamente, à “regularização” da arma por meio do seu “registro”. Contudo, diferentemente da redação original, mencionou expressamente que a benesse dizia respeito ao proprietário ou possuidor de “arma de fogo de uso permitido”. Ocorre que uma arma com o número de série adulterado ou suprimido não é passível de regularização, uma vez que o art. 15, II, “j”, do Dec. 5.123/2004 estabelece como um dos requisitos para o registro o “número de série gravado no cano da arma”. Portanto, não sendo viável a regularização por meio do registro da arma de fogo de uso permitido com numeração suprimida, adulterada ou raspada, o seu possuidor ou proprietário não pode ser beneficiado com a abolitio criminis temporária prevista no art. 30 da Lei 10.826/2003, com a redação atribuída pela Lei 11.706/2008. Por fim, ressalte-se que a nova regra do art. 32 da Lei 10.826/2003 não mais suspendeu, temporariamente, a vigência da norma incriminadora ou instaurou uma abolitio criminis temporária — conforme operado pelo art. 30 da mesma lei —, mas instituiu uma causa permanente de exclusão da punibilidade, consistente

na “entrega espontânea” da arma. Assim, de maneira diversa da abolitio criminis temporária ou da vacatio legis indireta, em que os efeitos da norma incriminadora são temporariamente suspensos, com efeitos erga omnes, de modo que a conduta não é típica se praticada nesse período, a causa extintiva da punibilidade prevista no art. 32 da Lei 10.826/2003 não tem o condão de excluir a tipicidade em caráter geral. Como se vê, criou o legislador um meio jurídico para que, a qualquer tempo, o possuidor da arma de fogo de uso permitido, em situação irregular, procedesse à sua devolução, sem que enfrentasse problemas com a justiça criminal. REsp 1.311.408-RN, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13/3/2013.

Portar arma de fogo não foi abarcado pela atipicidade temporária estabelecida pela Lei

Porte de arma de fogo sem autorização e em oposição à determinação legal (art. 14 da Lei 10.826/2003 — Estatuto do Desarmamento). Vacatio legis especial. Atipicidade temporária apenas para o crime de posse. Inexistência de abolitio criminis para o crime de porte. Precedentes. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as condutas “possuir” e “ser proprietário” foram abolidas, temporariamente, pelos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, mas não a conduta de portar arma de fogo (fora da residência ou do local de trabalho). Ausente, portanto, o pressuposto fundamental para que se tenha por caracterizada a abolitio criminis. (STF. HC 94.213, Rel. Min. Menezes Direito, j. 18-11-2008, 1ª T, DJE de 6-2-2008.)

Transporte para local onde ocorreria regularização da arma, sem autorização, não acarreta atipicidade

A alegação de que a arma estaria sendo transportada para o local onde se daria a regularização não tem a virtude de tornar a conduta atípica. (...) Estando a arma próxima a um pente carregador provido de oito cartuchos intactos, a possibilidade de rápido municionamento é evidente, não cabendo, portanto, falar-se em atipicidade da conduta. (STF. HC 91.193, Rel. Min. Eros Grau, j. 20-10-2009, 2ª T, DJE de 12-2-2010.)

Arma desmuniada configura crime

Arma. Porte. Estado físico. Diante da circunstância de perícia realizada nas armas haver concluído pela possibilidade de uso, de feitura de disparo, descabe co-

gitar de atipicidade da conduta no que sustentado que seriam armas históricas. Porte de arma. Ausência de munição. Crime. Configuração. O fato de a arma estar desprovida de munição não implica a descaracterização do crime de porte. Erro sobre a ilicitude do fato. Ante depoimento de testemunha no sentido de que fora contatada pelo acusado visando viabilizar o registro das armas, inadequada surge a articulação quanto a erro sobre a ilicitude do fato, isso considerado o porte. (STF. HC 96.650 segundo julgamento, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22-11-2011, 1ª T, DJE de 6-2-2012.)

Porte de arma de fogo desmuniçada. (...) A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não muniçada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação. (STF. RHC 90.197, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 9-6-2009, 1ª T, DJE de 4-9-2009.)

Nulidade do exame pericial na arma de fogo não induz, necessariamente, a atipicidade do crime

Eventual nulidade do exame pericial na arma de fogo não descaracteriza o delito previsto no art. 14, caput, da Lei 10.826/2003 quando existir um conjunto probatório que permita ao julgador formar convicção no sentido da existência do crime imputado ao paciente, bem como da autoria do fato. (STF. HC 96.921, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, j. 14-9-2010, 1ª T, DJE de 14-12-2010.)

Possibilidade de realização da perícia em arma de fogo por policiais nomeados pelo Delegado de Polícia

A questão debatida no presente writ diz respeito à eventual nulidade do exame pericial de arma de fogo, que teria sido realizado por pessoas sem a qualificação necessária, em desacordo com os ditames legais do CPP. Os pacientes foram condenados pela prática do delito previsto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003. A pistola apreendida estava muniçada e o laudo pericial concluiu que a arma se mostrou eficaz para produzir disparos. A perícia foi realizada por dois policiais, nomeados pelo delegado de polícia, que assumiram o compromi-

so, sob as penas da lei, de bem e fielmente desempenharem o encargo. Ainda que o laudo pericial não tenha informado se os peritos nomeados para o exame tinham ou não diploma de curso superior, é inegável que, enquanto policiais, possuíam a necessária habilitação técnica para aferir a eficácia de uma arma de fogo. (STF. HC 98.306, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29-9-2009, 2ª T, DJE de 20-11-2009.)

Constitui crime tipificado no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, o fato da arma ter a numeração ou sinais identificadores adulterados, raspados ou suprimidos, não importando se é de uso permitido ou restrito

No julgamento do RHC 89.889, da relatoria da ministra Cármen Lúcia, o Plenário desta colenda Corte entendeu que o delito de que trata o inciso IV do parágrafo único do art. 16 do Estatuto do Desarmamento é política criminal de valorização do poder-dever do Estado de controlar as armas de fogo que circulam em nosso país. Isso porque a supressão do número, marca, ou qualquer outro sinal identificador do artefato lesivo impede o seu cadastramento e controle. A função social do combate ao delito em foco alcança qualquer tipo de arma de fogo; e não apenas armamento de uso restrito ou proibido. Tanto é assim que o porte de arma de fogo com numeração raspada constitui crime autônomo. Figura penal que, no caso, tem como circunstância elementar o fato de a arma (seja ela de uso restrito ou não) estar com a numeração ou qualquer outro sinal identificador adulterado, raspado ou suprimido. (STF. HC 99.582, Rel. Min. Ayres Britto, j. 8-9-2009, 1ª T, DJE de 6-11-2009.)

Adequa-se à conduta tipificada no art. 14 da lei n. 10.826/2003 a conduta do vigia que porta arma de fogo após o horário de expediente

Informativo nº 581 do STJ: O fato de o empregador obrigar seu empregado a portar arma de fogo durante o exercício das atribuições de vigia não caracteriza coação moral irresistível (art. 22 do CP) capaz de excluir a culpabilidade do crime de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” (art. 14 da Lei n. 10.826/2003) atribuído ao empregado que tenha sido flagrado portando, em via pública, arma de fogo, após o término do expediente laboral, no percurso entre o trabalho e a sua residência. (STJ. REsp 1.456.633-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 5/4/2016, DJe 13/4/2016).

Tipicidade do crime de porte de munições independe da quantidade ou tipo do projétil

Informativo 844 do STF: 1ª Turma. Porte ilegal de munição e princípio da insignificância A Primeira Turma denegou a ordem em “habeas corpus”, no qual se pretendia o reconhecimento da atipicidade material da conduta do paciente, caracterizada pelo porte ilegal de munição de uso permitido (art. 14, “caput”, da Lei 10.863/2003). No caso, o paciente foi condenado à pena de dois anos e dois meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 dias-multa, em razão do porte de projétil de arma de fogo. A pena privativa foi substituída por duas restritivas de direito. A defesa alegava ser irrelevante a conduta praticada pelo paciente, bem como estarem presentes todos os requisitos exigidos pela Corte para a incidência do princípio da bagatela. Destacava a existência de precedentes deste Tribunal, nos quais assentada a aplicabilidade desse princípio a delitos de perigo abstrato (porte de drogas para consumo, desenvolvimento de atividade clandestina de telecomunicações, pesca irregular e moeda falsa, por exemplo). Apontava, ademais, a desproporcionalidade entre a conduta do paciente e a reprimenda imposta. Para o Colegiado, porém, a configuração da conduta tipificada no art. 14, “caput”, da Lei 10.826/2003 (“Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:”) não depende do tipo ou da quantidade da munição portada pelo agente. (HC 131771/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.10.2016.)

Tipicidade da conduta do praticante de tiro desportivo que transporta, municiaada, arma de fogo de uso permitido em desacordo com os termos de sua guia de tráfego, a qual autorizava apenas o transporte de arma desmuniciaada

Informativo nº 540 do STJ: É típica (art. 14 da Lei 10.826/2003) a conduta do praticante de tiro desportivo que transportava, municiaada, arma de fogo de uso permitido em desacordo com os termos de sua guia de tráfego, a qual autorizava apenas o transporte de arma desmuniciaada. De fato, as armas dos praticantes de tiro desportivo não integram rol dos “registros próprios” (art. 2º, § 1º, do Decreto 5.123/2004), ao menos para o fim de lhes ser deferido porte de arma. Dispõe, na verdade, sobre guia de tráfego (art. 30, § 1º, do referido Decreto 5.123/2004), licença distinta, a ser expedida pelo Comando do Exército. Poder-se-ia alegar que

a restrição de se ter que trafegar com a arma desmuniada não constaria de lei ou regulamento, daí ser ela inócua mesmo que o Exército tenha expedido a guia com essa menção. Todavia, o legislador foi extremamente cuidadoso ao consignar, claramente, na Lei 10.826/2003, em seu art. 6º, que é "proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional", seguindo-se as ressalvas. Em relação aos atiradores, foi autorizado o porte apenas no momento em que a competição é realizada. Nos indispensáveis trajetos para os estandes de tiro não se deferiu porte, mas específica guia de tráfego. Daí, a necessidade de cautelas no transporte. Nesse contexto, em consideração ao fato de que a prática esportiva de tiro é atividade que conta com disciplina legal, é plenamente possível o traslado de arma de fogo para a realização de treinos e competições, exigindo-se, porém, além do registro, a expedição de guia de tráfego (que não se confunde com o porte de arma) e respeito aos termos desta autorização. Não concordando com os termos da guia, a lealdade recomendaria que o praticante de tiro desportivo promovesse as medidas jurídicas cabíveis para eventualmente modificá-la, e não simplesmente que saísse com a arma muniada, ao arrepio do que vem determinando a autoridade competente sobre a matéria, o Exército. 6ªT. RHC 34.579-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/4/2014.

28 - Lei de Drogas

A) Prova e tipificação

Depoimento de policiais é prova idônea

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTOS COLHIDOS NA FASE JUDICIAL: AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU ABUSO DE PODER NÃO CONFIGURADOS. ORDEM DENEGADA. 1. A sentença condenatória está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos, expondo de forma exaustiva todos os elementos de convicção que levaram à condenação do Paciente, o que afasta a alegação de nulidade por não observância das regras de fundamentação. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de, na fase judicial, os policiais que participaram das diligências serem ouvidos como testemunhas e de que a grande quantidade de droga apreendida constitui motivação idônea para fixação da pena-base acima do mínimo legal. 3. Habeas corpus denegado. (STF. HC 91487, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 11/09/2007, DJe 18-10-2007)

(...) CONDENAÇÃO COM BASE NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso. 3. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 278.650, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, j. 02/06/2016, DJe 16/06/2016)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO BASEADA APENAS EM PROVAS OBTIDAS NA FASE INQUISITORIAL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 155 DO CPP. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO. REVISÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. De acordo com a jurisprudência predominante deste Superior Tribunal de Justiça, são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando subme-

tidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. (...) 4. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no Ag 1336609, Rel. Min. Maria Thereza se Assis Moura, 6ª T, j. 06/08/2013, DJe 14/08/2013)

Possibilidade de entrar em domicílio se houver fundada suspeita de que no local são guardadas drogas

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante de-

lito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (STF. RE 603616, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes. 05/11/2015, Repercussão Geral, DJe 09-05-2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FLAGRANTE. DROGA EM DEPÓSITO. AUSÊNCIA DE URGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ART. 33, §4º. REDUTORA. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO - (...) - Não há falar em nulidade e ilegalidade na apreensão da droga, porquanto, sendo o tráfico de drogas - na modalidade "ter em depósito" - crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, é prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem ao domicílio do acusado, com o intuito de reprimir e fazer cessar a prática delituosa (...) (STJ. HC 348095/SC, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T, j. 17/03/2016, DJE 31/03/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 33 DA LEI 11.343/06 E 12 DA LEI 10.826/03. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INQUÉRITO POLICIAL. PEÇA INFORMATIVA. CULTIVO E DEPÓSITO DE MACONHA. CRIME PERMANENTE. RECURSO DESPROVIDO (...) II - In casu, não se constata ilegalidade no mandado de busca e apreensão expedido em razão de denúncia anônima acerca da existência de uma plantação de Cannabis Sativa ("maconha") na residência do recorrente, cujo conteúdo não se revela genérico a ponto de ensejar o trancamento da ação penal. (...) IV - Verifica-se que o v. acórdão impugnado está de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, que entende ser permanente o crime de tráfico de drogas - na modalidade guardar ou ter em depósito -, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator. Incide, portanto, no caso, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal (precedentes). (...) (STJ. RHC 061053, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, j. 01/03/2016, DJE 28/03/2016)

Investigação policial que tem como finalidade obter informações mais concretas acerca de determinado traficante, sem pretensão

de identificar outros suspeitos, não configura a ação controlada do art. 53, II, da Lei 11.343/2006, sendo dispensável a autorização judicial para a sua realização

Informativo nº 570 do STJ: A investigação policial que tem como única finalidade obter informações mais concretas acerca de conduta e de paradeiro de determinado traficante, sem pretensão de identificar outros suspeitos, não configura a ação controlada do art. 53, II, da Lei 11.343/2006, sendo dispensável a autorização judicial para a sua realização. Como se extrai do art. 53, II, da Lei 11.343/2006, a ação controlada tem como finalidade “[...] identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico [...]”. Nesse sentido, a doutrina afirma que a ação controlada consiste em retardar a intervenção policial com a meta de atingir o “peixe graúdo”, sem que se dissemine a prisão dos meros carregadores de drogas ilícitas, atuando por ordem dos verdadeiros comandantes da operação, traficantes realmente perigosos. Assim, a investigação policial que almeja apenas obter informações mais concretas acerca de condutas e de paradeiro de determinado traficante, sem pretensão de identificar outros suspeitos, não configura ação controlada, sendo dispensável a autorização judicial para a sua realização. RHC 60.251-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 17/9/2015, DJe 9/10/2015.

O tráfico é delito de perigo abstrato

“Para existência do delito não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos”. (GRECO FILHO, Vicente, Tóxicos. 13ªed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.149)

Tipificação da atividade de “olheiro” como tráfico

Apelação criminal. Tráfico de drogas. Informante. Tipicidade objetiva. Olheiro. Distinção. O intuito legal, ao adotar, no tipo penal do artigo 37 da Lei nº 11.343/03, a teoria pluralista do concurso de agentes, não foi a de alcançar aqueles que, no sítio frontal onde se pratica o tráfico e onde se localizam, estocam e negociam as drogas, exercem ali mesmo funções habituais no tráfico, como o fazem os chamados olheiros, pois estes são autores concursivos da conduta descrita no artigo 33 da referida lei, mas sim aqueles que normalmente não se enlaçam franca e diretamente na prática criminosa, em suas diversas funções hierárquicas, acabando, ainda que meramente à distância, colaborando com informações privilegiadas e

estratégicas para o exercício da traficância por associações ou grupos já distintamente estabelecidos ou constituídos em caráter estável e permanente (TJ/SP. Apelação 0000190-96.2016.8.26.0617, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Sérgio Mazina Martins, j. 06/03/2017, Publicação 10/03/2017).

TRÁFICO MATERIALIDADE auto de apreensão e laudo toxicológico que restou positivo para a presença do elemento ativo comprovação de que o material apreendido é droga cocaína. AUTORIA depoimento policial que indica a apreensão de droga em beco próximo do local onde o acusado vigiava validade depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado inocorrência no caso em tela. TRÁFICO destinação a terceiros indícios tais como quantidade incompatível com a figura de usuário; apreensão de quantia em dinheiro e caderneta com contabilidade tipo congruente. INFORMANTE PARA O TRÁFICO delito não caracterizado acusado que em verdade é coautor do tráfico de drogas vigiava e conduzia as pessoas para a aquisição das drogas - o tipo especial do informante é uma exceção à teoria monista onde se apenas de forma diversa o partícipe do tráfico que fornece informações para sua realização. (...) (TJ/SP. Apelação nº. 0000596-14.2012.8.26.0050. Rel. Des. Lauro Mens de Mello, 8ª Câmara de Direito Criminal, j. 23/10/2014)

Conduta de “fogueteiro do tráfico” não é indiferente penal, está tipificada no artigo 37, da Lei nº 11.343/06

A conduta do “fogueteiro do tráfico”, antes tipificada no art. 12, § 2º, da Lei 6.368/1976, encontra correspondente no art. 37 da lei que a revogou, a Lei 11.343/2006, não cabendo falar em abolição criminis. (...) A revogação da lei penal não implica, necessariamente, descriminalização de condutas. Necessária se faz a observância ao princípio da continuidade normativo-típica, a impor a manutenção de condenações dos que infringiram tipos penais da lei revogada quando há, como in casu, correspondência na lei revogadora. (STF. HC 106.155, Rel. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 4-10-2011, 1ª T, DJE de 17-11-2011.)

Não incidência do princípio da insignificância para os crimes de tráfico e porte para uso

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLI-

CAÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida. Precedentes do STJ. 2. Recurso ordinário improvido. (STJ, RHC 057761, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 01/10/2015, DJE 07/10/2015)

Informativo nº 541 do STJ: Não é possível afastar a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio com base no princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida. A despeito da subsunção formal de determinada conduta humana a um tipo penal, é possível se vislumbrar atipicidade material da referida conduta, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do comportamento em análise. Isso porque, além da adequação típica formal, deve haver uma atuação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, conferindo-se maior relevância à proteção de valores tidos como indispensáveis à ordem social, a exemplo da vida, da liberdade, da propriedade, do patrimônio, quando efetivamente ofendidos. A par disso, frise-se que o porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio ilícito, contribuindo para difusão dos tóxicos. Ademais, após certo tempo e grau de consumo, o usuário de drogas precisa de maiores quantidades para atingir o mesmo efeito obtido quando do início do consumo, gerando, assim, uma compulsão quase incontrolável pela próxima dose. Nesse passo, não há como negar que o usuário de drogas, ao buscar alimentar o seu vício, acaba estimulando diretamente o comércio ilegal de drogas e, com ele, todos os outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc. O consumo de drogas ilícitas é proibido não apenas pelo mal que a substância faz ao usuário, mas, também, pelo perigo que o consumidor dessas gera à sociedade. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal,

mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. Além disso, a reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. Vale dizer, o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência, sendo, por isso mesmo, irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado. Por fim, não se pode olvidar que o legislador, ao editar a Lei 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do art. 28 do referido diploma legal, a fim de possibilitar a sua recuperação. Dessa maneira, a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a sua saúde, além de evitar a reiteração do delito. Nesse contexto, em razão da política criminal adotada pela Lei 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida. Precedentes citados: HC 158.955-RS, Quinta Turma, DJe 30/5/2011; e RHC 34.466-DF, Sexta Turma, DJe 27/5/2013. RHC 35.920-DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz j. 20/5/2014.

Entrada com droga em presídio por visitante não configura crime impossível

TRÁFICO DE DROGAS. TENTATIVA DE INGRESSO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. POTENCIALIDADE LESIVA DA CONDUTA. CRIME QUE SE CARACTERIZA COM A PRÁTICA DE UM DOS NÚCLEOS DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE ABSOLUTA INEFICÁCIA DO MEIO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CRIME IMPOSSÍVEL. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. 1. Para que se configure o crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto é necessário que o bem jurídico protegido pela norma penal não sofra qualquer risco. 2. A mera existência de rigorosa revista na entrada dos visitantes ao presídio não é capaz de afastar, por completo, a possibilidade da prática do tráfico de drogas, uma vez que se trata de atividade humana fali-

vel, sendo viável que o agente ludibrie a segurança e alcance o seu intento de ingressar no estabelecimento com as drogas. 3. O delito tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006 se consuma com a prática de algum dos núcleos nele previstos, motivo pelo qual a simples conduta de trazer consigo substância entorpecente já é suficiente para a caracterização do ilícito, que independe da efetiva entrega das drogas ao destinatário. Precedentes. (STJ. HC 298618/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 27/10/2015, DJE 04/11/2015)

Exercício ilegal da medicina não absorve o tráfico na modalidade prescrição de drogas

Não se exige, para a configuração do exercício ilegal da medicina, a prescrição de substância tida como droga para os fins da Lei 11.343/2006, o que afasta a alegação de absorção do crime de tráfico pelo primeiro delito citado. (STF. HC 104.382, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17-8-2010, 1ª T, DJE de 9-11-2010)

Consumação do crime de tráfico de drogas na modalidade adquirir, independentemente do recebimento

Informativo nº 569 do STJ: A conduta consistente em negociar por telefone a aquisição de droga e também disponibilizar o veículo que seria utilizado para o transporte do entorpecente configura o crime de tráfico de drogas em sua forma consumada – e não tentada –, ainda que a polícia, com base em indícios obtidos por interceptações telefônicas, tenha efetivado a apreensão do material entorpecente antes que o investigado efetivamente o recebesse. Inicialmente, registre-se que o tipo penal em análise é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das ações ali previstas. Nesse sentido, a Segunda Turma do STF (HC 71.853-RJ, DJ 19/5/1995) decidiu que a modalidade de tráfico “adquirir” completa-se no instante em que ocorre a avença entre comprador e vendedor. De igual forma, conforme entendimento do STJ, incide no tipo penal, na modalidade “adquirir”, o agente que, embora sem receber a droga, concorda com o fornecedor quanto à coisa, não havendo necessidade, para a configuração do delito, de que se efetue a tradição da droga adquirida, pois que a compra e venda se realiza pelo consenso so-

bre a coisa e o preço (REsp 1.215-RJ, Sexta Turma, DJ 12/3/1990). Conclui-se, pois, que a negociação com aquisição da droga e colaboração para seu transporte constitui conduta típica, encontrando-se presente a materialidade do crime de tráfico de drogas. (HC 212.528-SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 1º/9/2015, DJe 23/9/2015).

Basta que substância tenha canabíodes para ser classificada como maconha, não sendo necessária a existência de THC

Informativo nº 582 do STJ: Classifica-se como “droga”, para fins da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), a substância apreendida que possua canabinoides – característica da espécie vegetal Cannabis sativa –, ainda que naquela não haja tetrahidrocanabinol (THC). Precedente citado do STF: HC 116.312-RS, Primeira Turma, DJe 3/10/2013. (STJ. REsp 1.444.537-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 12/4/2016, DJe 25/4/2016).

Preso que solicita que o visitante traga drogas para o presídio pratica tráfico

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TENTATIVA DE ENTREGA DE ENTORPECENTES DENTRO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INTUITO DE MERCANCIA. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME CONSUMADO. COAUTORIA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 4. O contexto fático-probatório delineado no acórdão a quo denota que o paciente é coautor do crime de tráfico, pois solicitou à sua companheira que lhe entregasse dentro do presídio, por ocasião da visitação, 76 gramas de cocaína com a finalidade de mercancia, as quais, trazidas em seu corpo, foram detectadas na revista pessoal procedida pelas agentes penitenciárias. (...) 6. O delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 se consuma com a prática de algum dos núcleos nele previstos, motivo pelo qual a simples conduta de trazer consigo substância entorpecente já é suficiente para a caracterização do ilícito, que independe da efetiva entrega das drogas ao destinatário. (...) (STJ. HC 298618/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 27/10/2015, DJE 04/11/2015)

Possibilidade de prática conjunta do crime de posse de maquinário e do crime de tráfico de drogas quando as condutas forem autônomas

Informativo nº 531 do STJ: Quinta Turma. DIREITO PENAL. AUTONOMIA DE CONDOTA SUBSUMIDA AO CRIME DE POSSUIR MAQUINÁRIO DESTINADO À PRODUÇÃO DE DROGAS. Responderá pelo crime de tráfico de drogas – art. 33 da Lei 11.343/2006 – em concurso com o crime de posse de objetos e maquinário para a fabricação de drogas – art. 34 da Lei 11.343/2006 – o agente que, além de ter em depósito certa quantidade de drogas ilícitas em sua residência para fins de mercancia, possuir, no mesmo local e em grande escala, objetos, maquinário e utensílios que constituam laboratório utilizado para a produção, preparo, fabricação e transformação de drogas ilícitas em grandes quantidades. Nessa situação, as circunstâncias fáticas demonstram verdadeira autonomia das condutas e inviabilizam a incidência do princípio da consunção. Sabe-se que o referido princípio tem aplicabilidade quando um dos crimes for o meio normal para a preparação, execução ou mero exaurimento do delito visado pelo agente, situação que fará com que este absorva aquele outro delito, desde que não ofendam bens jurídicos distintos. Dessa forma, a depender do contexto em que os crimes foram praticados, será possível o reconhecimento da absorção do delito previsto no art. 34 – que tipifica conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório – pelo crime previsto no art. 33. Contudo, para tanto, é necessário que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. Levando-se em consideração que o crime do art. 34 visa coibir a produção de drogas, enquanto o art. 33 tem por objetivo evitar a sua disseminação, deve-se analisar, para fins de incidência ou não do princípio da consunção, a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas. Relevante aferir, portanto, se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela quanto à coibição da própria produção de drogas. Logo, se os maquinários e utensílios apreendidos não forem suficientes para a produção ou transformação da droga, será possível a absorção do crime do art. 34 pelo do art. 33, haja vista ser aquele apenas meio para a realização do tráfico de drogas (como a posse de uma balança e de um alicate – objetos que, por si sós, são insuficientes para o fabrico ou transformação de entorpecentes, constituindo apenas um meio para a realização do delito do art. 33). Contudo, a posse ou depósito de maquinário e utensílios que demonstrem a existência de um verdadeiro laboratório voltado à fabricação ou transformação de drogas implica autonomia das condutas, por não serem esses objetos meios necessários ou fase normal

de execução do tráfico de drogas. AgRg no AREsp 303.213-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 8/10/2013.

O laudo definitivo escoreito supre a irregularidade do laudo preliminar

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE LAUDO PRELIMINAR. LAUDO DEFINITIVO PRODUZIDO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. ENUNCIADOS N. 83 E 7 DESTA CORTE. - De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o laudo preliminar de constatação é peça meramente informativa, ficando superadas eventuais irregularidades ocorridas na fase de investigação com a juntada do laudo definitivo. (HC 277.347/AM, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 19/03/2014). (...) (STJ. AgRg no AREsp 500179, Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T, j. 23/06/2015, DJE 03/08/2015)

B) Pena base e regime prisional

Quantidade de droga autoriza aumento de pena-base

É legítimo o aumento da pena-base com fundamento na elevada quantidade de entorpecente encontrada em poder da paciente. (STF. HC 96.844, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 4-12-2009, 2ª T, DJE de 5-2-2010.)

Possibilidade de fixação de regime inicial mais gravoso com base na natureza ou na quantidade da droga

É possível que o juiz fixe o regime inicial fechado e afaste a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na natureza e na natureza do entorpecente apreendido. (STF. RHC 125.077 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10-2-2015, 1ª T, DJE de 4-3-2015)

*(...) TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. (...) 2. *Infere-se dos autos que**

os maus antecedentes não foram sopesados para aumentar a pena-base, pois a Corte estadual considerou a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, aliada às demais condições em que ocorreu a prisão (apreensão de apetrechos de fabricação e embalagem de drogas) para fundamentar o aumento da reprimenda. 3. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se configura constrangimento ilegal o fato de as instâncias ordinárias levarem em consideração, para exasperar a pena-base do paciente, a elevada quantidade de drogas apreendidas (in casu, 322,08 g de maconha e 11 selos de LSD), em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 4. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade e na variedade e droga, assim com base nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes. 5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, não se mostra ilegal a imposição do regime mais severo com fundamento na natureza e na expressiva quantidade de droga apreendida (322,08 g de maconha e 11 selos de LSD), uma vez que tais circunstâncias foram elencadas pelo próprio legislador como prevalentes, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 6. Estabelecido o quantum da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal). 7. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 314102/TO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, j. 12/04/2016, DJE 26/04/2016)

(...) CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) V - Nos termos do art. 111, da Lei de Execuções Penais, "quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição". VI - Nesse contexto, considerando o somatório das penas aplicadas pelos crimes de tráfico e corrupção ativa - 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão - poderia o paciente iniciar o cumprimento no regime semiaberto, o que só não ocorrerá pela existência de circunstância judicial desfavorável (natureza e quantidade de droga - 43 g de cocaína), o que torna imperiosa a aplicação do regime mais

gravoso em sequência, revelando-se escorreita, ainda que por vias transversas, a imposição do regime inicial fechado. VII - Em decorrência da presença de circunstância judicial desfavorável, bem como pelo quantum de pena imposto, não há falar em possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, na presente hipótese, não estão preenchidos os requisitos do art. 44, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada. (STJ. HC 325779/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, j. 05/04/2016, DJE 26/04/2016)

Regime inicial fechado para pena inferior a oito anos, no caso de circunstâncias judiciais desfavoráveis

Revela-se possível (...) a imposição de regime inicial fechado em condenações por tráfico de entorpecentes, mesmo para o cumprimento de pena inferior a oito anos, desde que desfavoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP. (STF. HC 104.827, Rel. Min. Luiz Fux, j. 6-11-2012, 1ª T, DJE de 6-2-2013)

Pena não superior a 8 anos e fixação de regime fechado em razão da quantidade e natureza da droga

(...) REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.. (...) 4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP. 5. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 121 pedras de crack, 49 eppendorfs de cocaína, 6 tabletes e 1 filete de maconha - utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 377.156/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T, j. 15/12/2016, DJe 10/02/2017)

(...) REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDA-

DE CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. (...) - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. - Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. - No caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. - Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 344.946/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

(...) REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REQUISITO OBJETIVO. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. Nos termos 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 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. 3. No caso, o Tribunal a quo, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida (mais de 80g de crack e mais de 88g de cocaína), o que não se mostra desproporcional. 4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. 5. Embora o paciente seja primário e o somatório das penas tenha ficado em 4 anos e 10 meses de reclusão, o Tribunal de origem, diante do quantum da pena aplicada e da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, fixou motivadamente o regime fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada), em consonância com a jurisprudência desta Corte. 6. Estabelecido o quantum da pena em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal). 7. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 360.686, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, j. 20/09/2016, DJe 28/09/2016)

Regime inicial semiaberto para pena inferior a quatro anos, no caso de circunstâncias judiciais desfavoráveis

(...) TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E NEGAR A SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE PRIMÁRIA, CONDENADA A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INTERMEDIÁRIO. ADEQUAÇÃO. (...) 2. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes. 3. No caso, a natureza e a diversidade dos entorpecentes - 1 tablete de maconha (21,2 g), 15 porções de crack (4,7 g) e 15 porções de maconha (19g) - foram ponderadas de forma negativa na primeira fase da dosimetria da pena, razão pela qual revela-se idônea a fixação de regime inicial mais gravoso e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 4. Não obstante, sendo a paciente primária, condenada à pena não superior a 4 anos, a quantidade de entorpecentes não justifica a fixação do regime inicial fechado, revelando-se suficiente e proporcional o regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea b, e 3º, do Código Penal. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. (STJ. HC 299199, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j 08/03/2016.)

Pena não superior a 4 anos e fixação de regime semiaberto e afastamento da substituição por restritivas de direito em razão da quantidade e natureza da droga

Informativo 819 do STF: 2ª Turma. É legítima a fixação de regime inicial semiaberto, tendo em conta a quantidade e a natureza do entorpecente, na hipótese em que ao condenado por tráfico de entorpecentes tenha sido aplicada pena inferior a 4 anos de reclusão. Esse o entendimento da Segunda Turma ao indeferir a ordem em “habeas corpus”. O Colegiado destacou que, no caso, o acórdão recorrido fixara o regime inicial semiaberto baseando-se na quantidade e natureza do entorpecente, observado o quanto disposto no art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei 11.343/2006, em harmonia com a jurisprudência consolidada do STF (HC 131.887/SC, DJe de 7.3.2016). (HC 133308/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29.3.2016.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. EXTENSÃO DE EFEITOS DA DECISÃO AGRAVADA A CORRÉU. *Apesar da primariedade do paciente e do quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, b, do Código Penal) permitirem, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal. (...) Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem estendida ao corrêu (...).* (STJ. AgRg no HC 313.973/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T, j. 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. PENA DE MULTA. REFORMATIO IN PEJUS, OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO. 1. *Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto, diante da existência de circunstância judicial desfavorável, a saber, a natureza das drogas apreendidas - ecstasy, LSD e cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado ao paciente, condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, sendo razoável a imposição do regime inicial intermediário.* 2. *Verificada a ocorrência de reformatio in pejus no acórdão guerreado, em razão da aplicação de multa em valor superior ao fixado na sentença condenatória, mister o restabelecimento do montante fixado em primeira instância.* 3. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000699-53.2008.8.16.0013, bem como restabelecer o valor da multa fixada pelo Juízo de primeira instância.* (STJ. HC 372.695, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

(...) Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. - O regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão comporta revela-se desproporcional. Sendo o

paciente primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, justificam a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam, tendo em vista a variedade e quantidade das drogas apreendidas. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. (STJ. HC 377.031, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ªT, j. 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

(...) - Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF. - Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade, variedade e na nocividade das drogas apreendidas (crack, cocaína e maconha). - Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto. (STJ. HC 382.359/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

(...) 5. Valorada negativamente uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 2 anos e 9 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes. 6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes. (...) 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a reprimenda final da paciente em 2 anos e 9 meses de reclusão, mais pagamento de 275 dias-multa, em regime semiaberto. (STJ. HC 368.281, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, j. 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

(...) - Na espécie, consigne-se que, embora o paciente seja primário e a pena de 2 anos e 5 meses de reclusão comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas, elementos que, inclusive, justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. - No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012. - Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 2 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 483 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (STJ. HC 359.875, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE. A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos. (Precedentes). Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 644.493/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, j. 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

Possibilidade da utilização da reincidência como agravante e circunstância que afasta a causa especial de diminuição da pena do crime de tráfico (não há bis in idem)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. DESCABIMENTO. REINCIDÊNCIA DELITIVA. PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. (...) 2.

A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. 3. Hipótese em que a reincidência delitiva do paciente afasta a aplicação daquele redutor, ao passo que alterar a conclusão de que o tráfico privilegiado não se verificou implicaria incursão no acervo fático-probatório, providência inviável na via estreita do habeas corpus. 4. É firme a jurisprudência desta Corte em não reconhecer bis in idem na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica" (HC 302.328/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014). 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 318078/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, j. 25/08/2015, DJE 11/09/2015)

A vedação à concessão de sursis é constitucional

O óbice, previsto no art. 44 da Lei 11.343/2006, à suspensão condicional da pena imposta ante tráfico de drogas mostra-se afinado com a Lei 8.072/1990 e com o disposto no inciso XLIII do art. 5º da CF. (STF. HC 101.919, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 6-9-2011, 1ª T, DJE de 26-10-2011)

Suposta falta de pureza da droga é irrelevante para cálculo da pena

Informativo 818 do STF: 2ª Turma. Pureza da droga e dosimetria da pena O grau de pureza da droga é irrelevante para fins de dosimetria da pena. Essa a conclusão da Segunda Turma, que indeferiu a ordem em "habeas corpus" impetrado em favor de denunciado pela suposta prática do crime descrito no art. 33, "caput", c/c o art. 40, I e III, todos da Lei 11.343/2006. A defesa sustentava que deveria ser realizado laudo pericial a aferir a pureza da droga apreendida, para que fosse possível verificar a dimensão do perigo a que exposta a saúde pública, de modo que a reprimenda fosse proporcional à potencialidade lesiva da conduta. A Turma entendeu ser desnecessário determinar a pureza do entorpecente. De acordo com a lei, preponderam apenas a natureza e a quantidade da droga apreendida para o cálculo da dosimetria da pena. (HC 132909/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15.3.2016.)

C) Causas de aumento de pena

Proximidade de estabelecimento de ensino como causa de aumento independentemente da ciência do autor

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO PERTO DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO. ALEGADA IGNORÂNCIA DO FATO PELOS AGENTES. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Incide a causa de aumento de pena constante do art. 40, inciso III, da Lei de Tóxicos quando o crime tiver sido praticado nos locais designados no aludido dispositivo. A pena é elevada exclusivamente em função do lugar do cometimento da infração, tendo em vista a exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa. 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais. 3. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ, HC 219.589, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª T, j. 21/02/2013, DJe de 28/02/2013)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 40, III, DA LEI N.º 11.343/06. OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. MAJORANTE OBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É pacífico neste Tribunal o entendimento de que a majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06 é de índole objetiva, prescindindo, portanto, da análise da intenção do agente criminoso em comercializar entorpecentes diretamente com os alunos do estabelecimento educacional. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 1346137/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 10/06/2014, DJe 27/06/2014)

Tráfico cometido na imediações de estabelecimentos de ensino não precisa visar aos frequentadores do local para configurar a causa de aumento

O tráfico de drogas nas imediações de estabelecimentos de ensino é suficiente para incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006,

independente de os agentes visarem ou não aos frequentadores daquele local. (STF. HC 116.929, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15-10-2013, 1ª T, DJE de 4-11-2013.)

Tráfico cometido na imediações de prisional não precisa visar aos frequentadores ou reclusos do local para configurar a causa de aumento

Informativo nº 858 do STF: 2ª Turma. A Segunda Turma denegou a ordem de “habeas corpus” em que se pretendia afastar a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006 em condenação por tráfico de drogas realizado nas imediações de estabelecimento prisional. No caso, o STJ deu provimento a recurso especial, interposto pelo Ministério Público, para determinar a incidência da mencionada causa de aumento. A defesa insurgia-se contra a não aplicação o Enunciado 7 da Súmula do STJ. Além disso, alegava não ter sido demonstrado que o paciente comercializava qualquer tipo de entorpecente com frequentadores do estabelecimento prisional. A Turma asseverou que a jurisprudência do STF está sedimentada na impossibilidade do uso de “habeas corpus” para reexame dos pressupostos de admissibilidade de recurso interposto no STJ. A suposta contradição seria adequadamente solucionada em embargos de declaração dirigidos ao STJ, e não em “habeas corpus” diretamente ao STF. Ademais, salientou que a aplicação da referida causa de aumento se justifica quando constatada a comercialização de drogas nas imediações de estabelecimentos prisionais, sendo irrelevante se o agente infrator visa ou não aos frequentadores daquele local. HC 138944/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21.3.2017.

A causa de aumento pela transnacionalidade não exige a travessia de fronteira

Para configuração da majorante da transnacionalidade prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/2006, basta que existam elementos concretos aptos a demonstrar que o agente pretendia disseminar a droga no exterior, sendo dispensável ultrapassar as fronteiras que dividem as nações. (STF. HC 108.716, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 5-11-2013, 2ª T, DJE de 21-11-2013.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO PREJUDICADO. ALVARÁ DE SOLTURA. TRANSNACIONALIDADE. COMPETÊNCIA

DA JUSTIÇA FEDERAL. AFASTAMENTO. NECESSÁRIA ANÁLISE FÁTICO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DAS FRONTEIRAS. HABEAS CORPUS NÃO CO-NHECIDO. (...) As instâncias ordinárias entenderam configurada a transnacionalidade do delito de tráfico de drogas, notadamente em razão de a prisão em flagrante ter ocorrido no Aeroporto Internacional de Belém, após o check-in do paciente em voo destinado a Portugal, havendo despachado malas em cujo interior foram encontrados entorpecentes. Diante das assertivas firmadas na origem, tem-se que entendimento diverso, no sentido do afastamento do caráter internacional do delito, demandaria aprofundado reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que não se coaduna com a via do habeas corpus. Precedentes. - Ainda que assim não fosse, esta Corte Superior adota o entendimento de que a configuração da transnacionalidade do delito de tráfico de entorpecentes prescinde do efetivo rompimento de fronteiras, bastando que se verifique que a droga seria destinada para fora do país, o que resta consignado nos autos. (...) (STJ. HC 303259, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T, j. 17/09/2015, DJE 09/10/2015)

A causa de aumento pelo tráfico interestadual não exige a travessia de divisa estadual

Tráfico de entorpecentes. Causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006. Desnecessidade da efetiva transposição da fronteira estadual. (STF. HC 99.452, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21-9-2010, 2ª T, DJE de 8-10-2010.)

Para a incidência da majorante prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/06, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual. (Súmula nº587 do STJ)

Utilização de transporte público como meio para prática do tráfico faz incidir a causa de aumento

A utilização do transporte público como meio para a prática do tráfico de drogas é suficiente para o reconhecimento da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, porque a majorante é de natureza objetiva e aperfeiçoa-se com a constatação de ter sido o crime cometido no lugar indicado, independentemente de qualquer indagação sobre o elemento anímico do in-

frator. (STF. HC 109.411, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11-10-2011, 1ª T, DJE de 26-10-2011).

Informativo nº 481 do STJ: (...). Ademais, consignou-se que, o fato de a droga ter sido encontrada na mala do paciente localizada no interior de transporte coletivo (ônibus) mostrou-se suficiente para a caracterização da majorante prevista no art. 40, III, da mencionada lei. Precedentes citados do STF: HC 99.452-MS, DJe 8/10/2010; do STJ: HC 157.630-SP, DJe 13/12/2010; REsp 1.199.567-MS, DJe 28/6/2011; HC 100.644-MS, DJe 28/6/2011, e HC 184.419-MS, DJe 13/12/2010. HC 109.724-MS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 23/8/2011.

Aplicação da causa de aumento para o tráfico e para a associação ao tráfico não configura bis in idem

(...) 3. Não se observa violação ao princípio do non bis in idem a aplicação da causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006, cumulativamente, para os crimes de associação para o tráfico (art. 35 da Lei de drogas) e de tráfico de drogas (art. 33 da mesma legislação), haja vista tratarem-se de delitos autônomos. 4. É cabível a aplicação da majorante de o crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente (art. 40, VI, da Lei 11.343/2006) em delito de associação para o tráfico de drogas com menor de idade. (...) (STJ. HC 250455/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, j. 17/12/2015, DJE 05/02/2016)

Aplicação de causa de aumento de pena prevista no art.40, inc. VI ao crime de associação para o tráfico de drogas com criança ou adolescente

Informativo no 576 do STJ: A participação do menor pode ser considerada para configurar o crime de associação para o tráfico (art. 35) e, ao mesmo tempo, para agravar a pena como causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. De acordo com a Lei n. 11.343/2006: “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação”. Assim, é cabível a aplicação da majorante se o crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente em delito de associação para o tráfico de drogas configurado pela associação do agente com menor de idade. Precedentes citados: (RHC 237.782-SP, Quinta Turma, DJe 21/8/2014; e REsp 1.027.109-SC,

Quinta Turma, DJe 16/2/2009. STJ. HC 250.455-RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 17/12/2015, DJe 5/2/2016).

Aplicação da causa de aumento de pena do art. 40, VI em patamar acima do mínimo quando o agente envolve o menor na prática do tráfico e, ainda o retribui com drogas (gravidade em concreto)

Informativo nº 576 do STJ: O fato de o agente ter envolvido um menor na prática do tráfico e, ainda, tê-lo retribuído com drogas, para incentivá-lo à traficância ou ao consumo e dependência, justifica a aplicação, em patamar superior ao mínimo, da causa de aumento de pena do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, ainda que haja fixação de pena-base no mínimo legal. Isso porque a jurisprudência do STJ posiciona-se no sentido de que a aplicação da causa de aumento em patamar acima do mínimo é plenamente válida desde que fundamentada na gravidade concreta do delito. (STJ. HC 250.455-RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j.17/12/2015, DJe 5/2/2016).

A aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade para as condutas de importar e exportar não configura bis in idem

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 5. Ainda que o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 preveja as condutas de "importar" e "exportar", não há bis in idem na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), porquanto o simples fato de o agente "trazer consigo" a droga já conduz à configuração da tipicidade formal do crime de tráfico. Precedentes. (...) (STJ. REsp 1290846/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, j. 15/03/2016, DJE 28/03/2016)

Na hipótese de o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não estar previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu poderá ser condenado pelo crime de corrupção de menores, porém, se a conduta estiver tipificada em um desses artigos (33 a 37), não será possível a condenação por aquele delito, mas apenas a majoração da sua pena com base no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06

Informativo nº 595 do STJ: O debate consistiu no enquadramento da conduta de adulto que pratica tráfico em concurso eventual com criança ou adolescente. Para configuração do crime previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), basta a participação de menor de 18 anos no cometimento do delito, pois, de acordo com a jurisprudência do STJ, o crime é formal e, por isso, independe da prova da efetiva corrupção do menor (Súmula n. 500/STJ). Por sua vez, para incidir a majorante do art. 40, VI, da Lei de Drogas, faz-se necessário que, ao praticar os delitos previstos nos arts. 33 a 37, o réu envolva ou vise atingir criança, adolescente ou quem tenha capacidade de entendimento e determinação diminuída. Não se compartilha do entendimento no sentido de que, se a criança ou adolescente já estiverem corrompidos, não há falar em corrupção de menores e de que responde o agente apenas pelo crime de tráfico majorado, pois, de acordo com o entendimento do STJ, é irrelevante a prova da efetiva corrupção do menor para que o acusado seja condenado pelo crime do ECA. A solução deve ser encontrada no princípio da especialidade. Assim, se a hipótese versar sobre concurso de agentes envolvendo menor de dezoito anos com a prática de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, afigura-se juridicamente correta a imputação do delito em questão, com a causa de aumento do art. 40, VI. Para os demais casos, aplica-se o art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme entendimento doutrinário. REsp 1.622.781-MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 22/11/2016, DJe 12/12/2016.

D) Causa de diminuição de pena

Afastamento da causa de diminuição (art.33, §4º) com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas

(...) 2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso em concreto. 3. In casu, o Tribunal de origem afastou aquele redutor considerando que a paciente, embora tecnicamente primária, em razão do local em que foi presa e pela quantidade e variedade de drogas que trazia, dedicava-se a atividades ilícitas. 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada

pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 5. Considerando a quantidade de pena imposta (5 anos), a primariedade da condenada e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena. (STJ, HC 320278/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T, j. 01/09/2015, DJE 15/09/2015)

Afastamento da causa de diminuição (art.33, §4º) com base na quantidade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas

Na espécie, os fatos que ensejaram a não aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do recorrente às atividades criminosas. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a recepção, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas. (STF. HC 98.167, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27-4-2010, 1ª T, DJE de 14-5-2010.)

Afastamento da causa de diminuição (art.33, §4º) com base nas circunstâncias que envolveram a prisão em flagrante, quantidade e diversidade das drogas e no encontro de balança de precisão e dinheiro em espécie

“Embora o paciente seja primário, portador de bons antecedentes e tenha sido absolvido pelo Tribunal de Origem do delito de associação para o tráfico, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 porquanto as circunstâncias que envolveram sua prisão em flagrante, somadas à quantidade e à diversidade de entorpecentes encontrados em seu estabelecimento comercial - balanças de precisão, dinheiro em espécie, 195,3 g de cocaína e 35,7 g de maconha - levaram a conclusão de que não se tratava de traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicaria a atividades delituosas”. (STJ, HC 210627, Min. Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, j. 14/02/2012, DJe 29/02/2012)

Afastamento da causa de diminuição (art.33, §4º) com base na quantidade das drogas apreendidas

Apelação. Crime de tráfico de drogas. Aumento da pena base nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Possibilidade. Considerável quantidade de droga apreendida. Afastamento do redutor de pena previsto no § 4º do artigo 33 da mesma Lei Especial. Possibilidade. Redutor não indicado ao Réu. Modificação do regime prisional inicial para o fechado. Possibilidade. Crime de consequências graves que recomenda regime prisional severo. Provimento ao recurso.”, sendo que no corpo do v. acórdão consta “O Réu guardava e mantinha em depósito considerável quantidade de “crack” (43,4g em 150 porções acondicionadas individualmente). (TJ/SP, Apelação nº 0002287-66.2013.8.26.0361, 3ª Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Des. Zorzi Rocha, V.U., j. 12/06/2015).

Aquele que exerce função de “mula” integra organização criminosa, o que justifica o afastamento da causa de diminuição de pena (art.33, §4º)

(...) a “mula”, de fato, integra a organização criminosa “na medida em que seu trabalho é uma condição sine qua non para a narcotraficância internacional”. Pressupondo, assim, que toda organização criminosa estrutura-se a partir de uma divisão de tarefas que objetiva um fim comum, é inegável que esta tarefa — de transporte — está inserida nesse contexto como essencial. E, em princípio, diferentemente da referência à “atividade criminosa” em que o legislador exigiu “dedicação”, ou seja, habitualidade, reiteração de condutas, tal condição não é essencial no caso do “integrar organização criminosa”. Aliás, se assim fosse, desnecessário o próprio requisito, pois já contido na “atividade criminosa”. Além disso, não me parece verdadeiro pressupor que o legislador intencionou com a regra dispensar tratamento menos rigoroso ao “traficante mula” ou, ainda, aos outros com “participação de menor importância” e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se essa fosse a intenção, certamente, consubstanciaría uma elementar do tipo. Teríamos, então, um tipo penal derivado. (STF. HC 101.265, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, voto do Min. Gilmar Mendes, j. 10-4-2012, 2ª T, DJE de 6-8-2012)

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABI-

LIDADE. AGENTE QUE TRANSPORTA ENTORPECENTES NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE "MULA". REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ELEVAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. (...) 4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de transportador ("mula"), integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. (...) (STJ. AgRg no REsp 1288284/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 19/04/2016, DJE 29/04/2016)

A função de “mula” , embora não denote necessariamente que o agente integra organização criminosa, justifica a diminuição mínima na terceira fase do cálculo de pena (art.33, §4º)

Informativo nº 602 do STJ: Cinge-se a controvérsia em definir a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico. Inicialmente, convém anotar que a Quinta e a Sexta Turmas deste Superior Tribunal de Justiça têm entendimento oscilante sobre a matéria. Diante da jurisprudência hesitante desta Corte, entende-se por bem acolher e acompanhar o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a simples atuação como "mula" não induz automaticamente a conclusão de que o agente integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso. Portanto, a exclusão da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, somente se justifica quando indicados expressamente os fatos concretos que comprovem que a “mula” integre a organização criminosa (HC 132.459, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 13/2/2017). Ainda sobre a matéria, firmou-se também no Pretório Excelso o entendimento de que a atuação do agente na condição de "mula", embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, configura circunstância concreta e idônea para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, modulando a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado (HC 120.985, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 30/6/2016). Logo, devidamente comprovado que a conduta do paciente se reveste de maior grau de reprovabilidade, pois tinha conhecimento de estar a serviço do crime organizado no tráfico internacional, o percentual de redução, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser estabelecido no mínimo legal. HC 387.077-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 6/4/2017, DJe 17/4/2017.

A configuração de associação criminosa afasta a causa de diminuição de pena (art.33, §4º)

Uma vez configurada a associação para o tráfico, não se abre, ante a integração a grupo criminoso, campo propício para a observância da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. (STF. HC 104.134, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18-10-2011, 1ª T, DJE de 9-11-2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INADMISSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PLEITOS PREJUDICADOS. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. "Não se aplica a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes." (HC 321.272/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016.) 3. Os pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ficam prejudicados, diante da manutenção do quantum da condenação em 11 anos e 8 meses de reclusão, pelos crimes de associação para o tráfico e de tráfico de drogas. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 348024/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 17/03/2016, DJE 29/03/2016)

Possibilidade da utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar causa de redução de pena do artigo 33, § 4º

Informativo nº 596 do STJ: Terceira Seção. A divergência existente no âmbito da Terceira Seção do STJ consiste na possibilidade (ou não) de utilização de inquéritos e processos penais em tramitação para avaliar a possível dedicação do réu a

atividades criminosas, de modo a afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Enquanto a Quinta Turma entende plenamente possível a utilização de inquéritos e ações penais em andamento para afastar a causa de diminuição, a Sexta Turma tem entendimento oposto. A Lei 11.343/06 inovou na ordem jurídica em diversos fatores, dentre eles, inseriu uma causa de diminuição de pena para o delito de tráfico de drogas e equiparados, prevista no § 4º do artigo 33. Os requisitos cumulativos previstos para diminuição de pena são: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não se dedicar às atividades criminosas; iv) não integrar organização criminosa. A inserção no ordenamento dessa causa de diminuição teve por escopo diferenciar aquele que não é dedicado a ilícitos penais, daquele que efetivamente se dedica ao tráfico de drogas com maior potencialidade lesiva à sociedade. Assim, a regra não deve ser a aplicação da benesse de forma desmedida, mas sua aplicação somente deve ocorrer em casos singulares, quando preenchidos os requisitos, os quais merecem interpretação restritiva, de modo a prestigiar quem efetivamente mereça redução de pena. É consabido que inquéritos e ações penais em curso não podem ser valoradas como maus antecedentes, de modo a agravar a pena do réu quando das circunstâncias judiciais avaliadas em dosimetria de pena na primeira fase, para fins de aumentar a pena-base. Contudo, na espécie, não se trata de avaliação de inquéritos ou ações penais para agravar a situação do réu condenado por tráfico de drogas, mas como forma de afastar um benefício legal, desde que existentes elementos concretos para concluir que ele se dedique a atividades criminosas, sendo inquestionável que em determinadas situações, a existência de investigações e/ou ações penais em andamento possam ser elementos aptos para formação da convicção do magistrado. Ademais, como os princípios constitucionais devem ser interpretados de forma harmônica, não merece ser interpretado de forma absoluta o princípio da inocência, de modo a impedir que a existência de inquéritos ou ações penais impeçam a interpretação em cada caso para mensurar a dedicação do Réu em atividade criminosa. Assim não o fazendo, conceder o benefício do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 para aquele que responde a inúmeras ações penais ou seja investigado, é equipará-lo com quem numa única ocasião na vida se envolveu com as drogas, situação que ofende o princípio também previsto na Constituição Federal de individualização da pena. Por fim, mister salientar que não se pretende tornar regra que a existência de inquérito ou ação penal obste o benefício em todas as situações, mas sua avaliação para concluir se o réu é dedicado a atividades criminosas também não pode ser vedada de forma irrestrita, de modo a permitir a avaliação pelo magistrado em cada caso concreto. EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, por maioria, j. 14/12/2016, DJe 1/2/2017.

Redutor do art.33, §4º: Possibilidade de redução de apenas 1/6 em razão da quantidade, variedade e nocividade das drogas

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIDIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL PREJUDICADO. REGIME PRISIONAL. MODIFICAÇÃO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) - Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga apreendida evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. - Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão recorrido, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta o patamar escolhido, concretamente, na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas (cocaína, crack e maconha). Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. - Mantida a fração pelo tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 4 anos e 2 meses de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal. (...) (STJ. HC 322414/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, j. 12/04/2016, DJE 19/04/2016)

Redutor do art.33, §4º: Quantidade de maconha justifica a não aplicação do redutor máximo e o regime inicial fechado

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA. ELEMENTO IDÔNEO PARA JUSTIFICAR A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÍNIMO E A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA SUPERIOR A 4 ANOS POR

RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). WRIT NÃO CONHECIDO. (...) - A quantidade e a natureza da droga (142 gramas de maconha) constituem elementos idôneos para justificar a aplicação da causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06) em patamar diverso do máximo (art. 42 da Lei n. 11.343/06). Precedentes. - O regime fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela quantidade de drogas apreendida, a qual justifica o regime mais gravoso nos casos de aplicação de pena final igual ou inferior a 8 (oito) anos de reclusão ou, até mesmo, inferior a 4 (quatro) anos de reclusão (quando há a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06). - Incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 332375/RS, Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T, j. 05/04/2016, DJE 19/04/2016)

Ocupação lícita, por si só, não justifica a incidência da minorante prevista no art.33, §4º da Lei de Drogas

Informativo nº 582 do STJ: Ainda que a dedicação a atividades criminosas ocorra concomitantemente com o exercício de atividade profissional lícita, é inaplicável a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas). (STJ. REsp 1.380.741-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 12/4/2016, DJe 25/4/2016)

29 - Código de trânsito

Constitucionalidade do tratamento mais gravoso do homicídio culposo na direção de veículo automotor em relação ao homicídio do Código Penal

A questão central, objeto do recurso extraordinário interposto, cinge-se à constitucionalidade (ou não) do disposto no art. 302, parágrafo único, da Lei 9.503/1997 (CTB), eis que passou a ser dado tratamento mais rigoroso às hipóteses de homicídio culposo causado em acidente de veículo. É inegável a existência de maior risco objetivo em decorrência da condução de veículos nas vias públicas — conforme dados estatísticos que demonstram os alarmantes números de acidentes fatais ou graves nas vias públicas e rodovias públicas —, impondo-se aos motoristas maior cuidado na atividade. O princípio da isonomia não impede o tratamento diversificado das situações quando houver elemento de discrimen razoável, o que efetivamente ocorre no tema em questão. A maior frequência de acidentes de trânsito, com vítimas fatais, ensejou a aprovação do projeto de lei, inclusive com o tratamento mais rigoroso contido no art. 302, parágrafo único, da Lei 9.503/1997. A majoração das margens penais — comparativamente ao tratamento dado pelo art. 121, § 3º, do CP — demonstra o enfoque maior no desvalor do resultado, notadamente em razão da realidade brasileira envolvendo os homicídios culposos provocados por indivíduos na direção de veículo automotor. (STF RE 428.864, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14-10-2008, 2ª T, DJE de 14-11-2008.)

Para a incidência da causa de aumento do homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor referente ao agente que, no exercício de sua profissão ou atividade, esteja conduzindo veículo de transporte de passageiros é irrelevante que o agente esteja transportando passageiros no momento do crime

Informativo nº 537 do STJ: Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 302, parágrafo único, IV, do CTB, é irrelevante que o agente esteja transportando passageiros no momento do homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor. Isso porque, conforme precedente do STJ, é suficiente que o agente, no exercício de sua profissão ou atividade, esteja conduzindo veículo de transporte de passageiros. Precedente citado: REsp 1.358.214-RS, 5ª T, DJe 15/4/2013. AgRg no REsp 1.255.562-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 4/2/2014.

O prazo prescricional da pena de suspensão de habilitação para dirigir é o mesmo da pena privativa de liberdade

Condenação por crime de trânsito. Art. 302 do CTB. (...) Sendo a suspensão de habilitação para dirigir espécie de pena restritiva de direitos, aplica-se o mesmo prazo de prescrição previsto para as privativas de liberdade, nos termos do parágrafo único do art. 109 do CP. Nos termos do art. 118 do CP, penas mais leves prescrevem com as mais graves; desse modo, o cálculo da prescrição para a pena restritiva de direitos será aquele aplicado para a privativa de liberdade. O art. 302 do CTB prevê a aplicação cumulativa da pena privativa de liberdade com a restritiva de direitos, sendo certo que a prescrição para ambas regula-se pela pena privativa de liberdade aplicada. (STF. HC 104.234, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28-9-2010, 1ª T, DJE de 15-10-2010.)

Crime do artigo 310 do CTB (entrega de direção de veículo automotor a pessoa não habilitada) é de perigo abstrato e prescinde de resultado naturalístico

A permissão ou entrega de direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, tipificada no art. 310 do CTB, classifica-se como crime de perigo abstrato, que prescinde do resultado naturalístico. (STF. HC 129.818, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22-9-2015, 2ª T, DJE de 21-10-2015.)

Informativo nº 563 do STJ: É de perigo abstrato o crime previsto no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, não é exigível, para o aperfeiçoamento do crime, a ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na conduta de quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança. Ao contrário do que estabelece o crime imediatamente anterior (art. 309), ou mesmo o posterior (art. 311), nos quais o tipo exige que a ação se dê “gerando perigo de dano”, não há tal indicação na figura delitiva prevista no art. 310. Pode parecer uma incoerência que se exija a produção de perigo de dano para punir quem dirige veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação (art. 309) e se dispense o risco concreto de dano para quem contribui para tal conduta, entregando o automóvel a quem sabe não habilitado ou, o que é pior, a quem notoriamente não se encontra em condições físicas ou psíquicas, pelas circunstâncias indicadas

no tipo penal, de conduzir veículo automotor. Duas considerações, porém, enfraquecem essa aparente contradição. Em primeiro lugar, o legislador foi claro, com a redação dada aos arts. 309 e 311, em não exigir a geração concreta de risco na conduta positivada no art. 310. Poderia fazê-lo, mas preferiu contentar-se com a deliberada criação de um risco para um número indeterminado de pessoas por quem permite a outrem, nas situações indicadas, a condução de veículo automotor em via pública. Em segundo lugar, não há total identidade das situações previstas nos arts. 309 e 310. Naquela, cinge-se o tipo a punir quem dirige sem habilitação; nesta, pune-se quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor tanto a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso quanto a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança. Trata-se, na verdade, de uma visão que deve repousar mais corretamente no incremento do risco ocasionado com a entrega da direção de veículo para pessoa não habilitada ou em quaisquer das outras hipóteses legais. Conforme entendimento doutrinário, em todas essas situações, a definição do risco permitido delimita, concretamente, o dever de cuidado para realizar a ação perigosa de dirigir veículo automotor em vias urbanas e rurais, explicando o atributo objetivo contido no dever de cuidado objetivo. A violação da norma constitui a criação de um risco não permitido, culminando, com o desvalor da ação, na lesão ao dever de cuidado objetivo. Por todo exposto, afigura-se razoável atribuir ao crime materializado no art. 310 a natureza de crime de perigo abstrato, ou, sob a ótica *ex ante*, de crime de perigo abstrato-concreto, em que, embora não baste a mera realização de uma conduta, não se exige, a seu turno, a criação de ameaça concreta a algum bem jurídico e muito menos lesão a ele. Basta a produção de um ambiente de perigo em potencial, em abstrato, de modo que a atividade descrita no tipo penal crie condições para afetar os interesses juridicamente relevantes, não condicionados, porém, à efetiva ameaça de um determinado bem jurídico. Embora seja legítimo aspirar a um Direito Penal de mínima intervenção, não pode a dogmática penal descurar de seu objetivo de proteger bens jurídicos de reconhecido relevo, assim entendidos, na dicção de Claus Roxin, como “interesses humanos necessitados de proteção penal”, qual a segurança do tráfego viário. Não se pode, assim, esperar a concretização de danos ou exigir a demonstração de riscos concretos a terceiros para a punição de condutas que, a priori, representam potencial produção de danos a pessoas indeterminadas, que trafeguem ou caminhem no espaço público. O subsistema social do tráfego viário exige o respeito a regras de observância generalizada, sem o qual se enfraquece o princípio da confiança (aqui entendido, conforme o pensamento de Roxin, como princípio de orientação capaz de indicar os

limites do cuidado objetivo esperado ou do risco permitido), indispensável para o bom funcionamento do trânsito e a segurança de todos. Não se exclui, por óbvio, a possibilidade de ocorrerem situações nas quais a total ausência de risco potencial à segurança viária afaste a incidência do direito penal, como se poderia concluir do exemplo de quem, desejando carregar uma caminhonete com areia, pede ao seu ajudante, não habilitado, que realize uma manobra de poucos metros, em área rural desabitada e sem movimento, para melhor posicionar a carroceria do automóvel. Faltaria tipicidade material a tal comportamento, absolutamente inidôneo para pôr em risco a segurança de terceiros. Portanto, na linha de entendimento de autorizada doutrina, o art. 310, mais do que tipificar uma conduta idônea a lesionar, estabelece um dever de garante ao possuidor do veículo automotor. Neste caso, estabelece-se um dever de não permitir, confiar ou entregar a direção de um automóvel a determinadas pessoas, indicadas no tipo penal, com ou sem habilitação, com problemas psíquicos ou físicos, ou embriagadas, ante o perigo geral que encerra a condução de um veículo nessas condições. Precedentes citados: RHC 48.817-MG, Quinta Turma, DJe 28/11/2014; e AgRg no RHC 41.922-MG, Quinta Turma, DJe 15/4/2014. (REsp 1.485.830-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, 3ª Seção, j. 11/3/2015, DJe 29/5/2015).

Para a caracterização do crime de embriaguez ao volante (art.306 do CTB) é irrelevante a ocorrência ou não de perigo de dano

Delito de embriaguez ao volante. Art. 306 do CTB. (...) A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. (...) No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. (STF. HC 109.269, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 27-9-2011, 2ª T, DJE de 11-10-2011.) (obs: julgado antes da alteração do artigo 306 do CTB pela Lei nº 12.760/12)*

30 - Juizado Especial Criminal

Possibilidade de oferecer denúncia no caso de descumprimento da transação penal

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial (Súmula Vinculante nº 35 do STF)

Homologada a transação penal, cumprida as condições e não prevista perda do bem utilizada na prática delituosa, é vedado o confisco posterior

(...) os efeitos jurídicos previstos no art. 91 do CP são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não se verifica, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), cuja sentença tem natureza homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências da homologação da transação são aquelas estipuladas de modo consensual no termo de acordo. Solução do caso: tendo havido transação penal e sendo extinta a punibilidade, ante o cumprimento das cláusulas nela estabelecidas, é ilegítimo o ato judicial que decreta o confisco do bem (motocicleta) que teria sido utilizado na prática delituosa. O confisco constituiria efeito penal muito mais gravoso ao aceitante do que os encargos que assumiu na transação penal celebrada (fornecimento de cinco cestas de alimentos). (STF. RE 795.567, rel. min. Teori Zavascki, j. 28-5-2015, P, DJE de 9-9-2015, rg.)

Condenação anterior, com pena cumprida há mais de cinco anos, não impede concessão de transação penal ou suspensão condicional do processo

Suspensão condicional. Transação penal. Admissibilidade. Maus antecedentes. Descharacterização. Reincidência. Condenação anterior. Pena cumprida há mais de cinco anos. Impedimento inexistente. Habeas corpus deferido. Inteligência dos arts. 76, § 2º, III, e 89 da Lei 9.099/1995. Aplicação analógica do art. 64, I, do CP. O limite temporal de cinco anos, previsto no art. 64, I, do CP, aplica-se, por analogia, aos requisitos da transação penal e da suspensão condicional do processo. (STF. HC 86.646, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 11-4-2006, P, DJ de 9-6-2006.)

31 - Contravenções Penais

Porte de arma branca (art.19 da LCP) permanece típico

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 19 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. REVOGAÇÃO PARCIAL. ART. 10 DA LEI n.º 9.437/97. SUBSISTÊNCIA DA CONTRAVENÇÃO QUANTO AO PORTE DE ARMA BRANCA. 1. Com a edição da Lei n.º 9.437/97 (diploma que instituiu o Sistema Nacional de Armas e tipificou como crime o porte não autorizado de arma de fogo), o art. 19 da Lei das Contravenções Penais foi apenas derogado, subsistindo a contravenção quanto ao porte de arma branca. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp 549056, Min. Laurita Vaz, v.u., j.09.12.2003).

“não existe órgão que expeça autorização (...). Daí por que todo o porte de arma branca é proibido”. (ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação penal especial. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p.505).

Exercício ilegal da advocacia caracteriza a contravenção do artigo 47 tanto nos casos de não inscrito quanto de suspenso, impedido ou com inscrição cancelada na OAB

Pretendido reconhecimento de atipicidade penal do comportamento atribuído ao paciente. Improcedência (...). A jurisprudência dos Tribunais — inclusive aquela emanada do STF — tem assinalado, tratando-se de exercício ilegal da advocacia, que a norma inscrita no art. 47 da LCP aplica-se tanto ao profissional não inscrito nos quadros da OAB quanto ao profissional que, embora inscrito, encontra-se suspenso ou impedido, estendendo-se, ainda, essa mesma cláusula de tipificação penal, ao profissional com inscrição já cancelada. (STF. HC 74.471, rel. min. Celso de Mello, j. 18-3-1997, 1ª T, DJE de 20-3-2009.)

32 - Crimes Tributários

A possibilidade de o procurador da Fazenda Nacional pleitear, temporariamente, o arquivamento do executivo fiscal (Lei 10.522/2002) não autoriza a conclusão de tratar-se de crime de bagatela

União. Descaminho. Insignificância. Há de ser observado o bem protegido. A possibilidade de o procurador da Fazenda Nacional pleitear, temporariamente, o arquivamento do executivo fiscal — Lei 10.522/2002 —, por si só, não autoriza a conclusão de tratar-se de crime de bagatela. (STF. HC 100.986, rel. min. Marco Aurélio, j. 31-5-2011, 1ª T, DJE de 1º-8-2011)

Inaplicabilidade do patamar estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002 (R\$ 10 mil), para se afastar a tipicidade material, de delitos concernentes a tributos que não sejam da competência da União

Informativo nº 540 do STJ: É inaplicável o patamar estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, no valor de R\$ 10 mil, para se afastar a tipicidade material, com base no princípio da insignificância, de delitos concernentes a tributos que não sejam da competência da União. De fato, o STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.112.748-TO, Terceira Seção, DJe 13/10/2009, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de que deve ser aplicado o princípio da insignificância aos crimes referentes a débitos tributários que não excedam R\$ 10 mil, tendo em vista o disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002. Contudo, para a aplicação desse entendimento aos delitos tributários concernentes a tributos que não sejam da competência da União, seria necessária a existência de lei do ente federativo competente, porque a arrecadação da Fazenda Nacional não se equipara à dos demais entes federativos. Ademais, um dos requisitos indispensáveis à aplicação do princípio da insignificância é a inexpressividade da lesão jurídica provocada, que pode se alterar de acordo com o sujeito passivo, situação que reforça a impossibilidade de se aplicar o referido entendimento de forma indiscriminada à sonegação dos tributos de competência dos diversos entes federativos. Precedente citado: HC 180.993-SP, 5ª T, DJe 19/12/2011. HC 165.003-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/3/2014.

Extensão do dano pode justificar elevação da pena base

(...) em se tratando de infrações penais contra a ordem tributária, a extensão do dano causado pode ser invocada na primeira fase da dosimetria, como critério para exasperação da pena-base, sem que tanto implique bis in idem. (STF. HC 128.446, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 15-9-2015, 2ª T, DJE de 29-9-2015.)

Extensão do dano e fraude além das descritas nos incisos do artigo 1º, da Lei nº 8.137/90, permitem o aumento da pena-base

A Segunda Turma denegou a ordem em “habeas corpus” impetrado em face de decisão que condenara o paciente à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990 (“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias”). O impetrante alegava que as circunstâncias e as conseqüências do crime, no caso, constituiriam elementares do tipo penal de sonegação fiscal, não devendo ser valoradas para majorar a pena. A Turma afirmou que o ardil utilizado pelo paciente — omissão do seu nome do quadro societário da empresa —, valorado quando da fixação da pena-base, tivera como objetivo acobertar sua real condição de administrador da empresa investigada e, com isso, furtar-se de possível aplicação da lei penal. Esse fato não possuiria relação necessária com as declarações falsas apresentadas à Receita Federal, meio empregado para a prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990. O ardil considerado, portanto, não seria aquele inerente ao tipo penal do crime contra a ordem tributária. Ademais, nos delitos de sonegação — como ocorreria em outras infrações penais que provocassem lesão ao erário — a extensão do dano causado poderia ser utilizada na primeira fase da dosimetria, como critério para exasperação da pena-base, sem que isso implicasse “bis in idem”. HC 128446/PE, Rel. Min. Teori Zavascki, 15.9.2015.

Crime previsto no art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90 não exige que funcionário tenha atribuição específica de lançamento tributário

O tipo penal do art. 3º, II, da Lei 8.137/1990 descreve crime de mão própria praticado por funcionário público, mas não exige que o servidor tenha a atribuição específica de lançamento tributário. Subsunção da conduta ao tipo penal imputado. (STF. RHC 108.822, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19-2-2013, 2ª T, DJE de 19-2-2013.)

Caracteriza crime do artigo 1º, da Lei nº 8.137/90 a supressão ou redução de tributo ainda que incidentes sobre valores decorrentes de atividade ilícita

Crime contra a ordem tributária. Art. 1º, I, da Lei 8.137/1990. (...) Alegada atipicidade da conduta baseada na circunstância de que os valores movimentados nas contas bancárias do paciente seriam provenientes de contravenção penal. (...) A jurisprudência da Corte, à luz do art. 118 do CTN, assentou entendimento de ser possível a tributação de renda obtida em razão de atividade ilícita, visto que a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica do ato efetivamente praticado, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos. Princípio do non olet. Vide o HC 77.530/RS, Primeira Turma, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 18-9-1998. (STF. HC 94.240, rel. min. Dias Toffoli, j. 23-8-2011, 1ª T, DJE de 13-10-2011.)

A prescrição tributária em execução fiscal não repercute na ação penal por crime contra a ordem tributária

Informativo nº 579 do STJ: O reconhecimento de prescrição tributária em execução fiscal não é capaz de justificar o trancamento de ação penal referente aos crimes contra a ordem tributária previstos nos incisos II e IV do art. 1º da Lei n. 8.137/1990. Precedente citado do STJ: AgRg no AREsp 202.617-DF, Quinta Turma, DJe 16/4/2013. Precedente citado do STF: HC 116.152-PE, Segunda Turma, DJe de 7/5/2013. (RHC 67.771-MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 10/3/2016, DJe 17/3/2016).

O requerimento de inclusão no parcelamento de débito tributário, sem demonstração da correspondência dos débitos tributários sonogados com os débitos objeto do requerimento, não acarreta a suspensão da execução de pena aplicada por crime contra a ordem tributária

Informativo nº 533 do STJ: O simples requerimento de inclusão no parcelamento instituído pela Lei 11.941/2009, sem demonstração da correspondência dos débitos tributários sonogados com os débitos objeto do requerimento, não acarreta a suspensão da execução de pena aplicada por crime contra a ordem tributária. O fato de já ter havido trânsito em julgado da condenação não impede que

haja a suspensão do feito em caso de concessão do parcelamento. Isso se justifica pela possibilidade, sem qualquer limitação de tempo, de haver extinção da punibilidade pelo pagamento integral dos débitos tributários, segundo o art. 69 da Lei 11.941/2009 (“Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento”). No entanto, pela análise conjunta dos arts. 1º, § 11 (“A pessoa jurídica optante pelo parcelamento previsto neste artigo deverá indicar pormenorizadamente, no respectivo requerimento de parcelamento, quais débitos deverão ser nele incluídos”), e 68, caput (“É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei”), da Lei 11.941/2009, é necessária a comprovação de que o débito objeto de parcelamento diga respeito à ação penal ou execução que se pretende ver suspensa, sendo insuficiente a mera adesão ao Programa de Recuperação Fiscal III. Precedente citado: REsp 1.165.914-ES, Sexta Turma, DJe 7/3/2012. REsp 1.234.696-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/12/2013.

Constitui crime a omissão na apresentação de declaração ao fisco

Informativo nº 579 do STJ: A omissão na entrega da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) consubstancia conduta apta a firmar a tipicidade do crime de sonegação fiscal previsto no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, ainda que o FISCO disponha de outros meios para constituição do crédito tributário. (STJ). REsp 1.561.442-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/2/2016, DJe 9/3/2016).

A investigação preliminar de crimes tributários não depende do lançamento definitivo do tributo

Informativo 819 do STF: 1ª Turma. Quanto ao argumento de nulidade da investigação porquanto iniciada antes da existência de lançamento tributário definitivo, a Turma citou a atual jurisprudência do STF, que condicionaria a persecução por crime contra a ordem tributária à realização do lançamento fiscal. O lançamento definitivo do crédito tributário constituiria atividade privativa da autoridade ad-

ministrativa e, sem tributo constituído, não haveria como caracterizar o crime de sonegação tributária (HC 81.611/DF, DJU de 13.5.2005). Apesar de a jurisprudência do STF condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo, o mesmo não ocorreria relativamente à investigação preliminar. Crimes poderiam ser tentados e consumados e jamais se entendera pela impossibilidade da investigação preliminar durante a execução de um crime e mesmo antes da consumação. A afirmação seria válida tanto para crimes contra a ordem tributária como para qualquer outra modalidade delitiva. O Colegiado ressaltou que o tema do encontro fortuito de provas no âmbito de interceptação telefônica fora abordado em alguns julgados da Corte. A validade da investigação não estaria condicionada ao resultado, mas sim à observância do devido processo legal. Na espécie, as provas dos crimes de corrupção fortuitamente colhidas no curso da interceptação não pareceriam se revestir de ilicitude, pelo menos no exame que comportam na via estreita do “habeas corpus”, independentemente do resultado obtido quanto aos crimes contra a ordem tributária que motivaram o início da investigação. HC 106152/MS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 29.3.2016.

Aplicação de Súmula Vinculante nº 24 a fatos anteriores a sua publicação não caracteriza aplicação retroativa “in malam partem”

Informativo 786 do STF: 1ª Turma. Não há que se falar em aplicação retroativa “in malam partem” do Enunciado 24 da Súmula Vinculante (“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”) aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição, uma vez que o aludido enunciado apenas consolidou interpretação reiterada do STF sobre a matéria. Com base nessa orientação, a Primeira Turma, em conclusão de julgamento, desproveu recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pleiteava o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal em razão da alegada impossibilidade de incidência retroativa do referido enunciado. Na espécie, o recorrente fora denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, I, II e III, da Lei 8.137/1990, em virtude de condutas que teriam sido perpetradas entre 1990 e 1992. Após o recebimento da denúncia em 18.9.2009, o ora recorrente fora condenado à pena de três anos e nove meses de reclusão, por sentença proferida em 2.5.2012 — v. Informativo 753. A Turma afirmou que o Enunciado 24 da Súmula Vinculante não teria inovado no ordenamento jurídico. Com o julgamento do HC 81.611/DF (DJU de 13.5.2005), o Plenário teria assentado sua jurisprudência no sentido de que “a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/1990 somente se verifica

com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição” (HC 85.051/MG, DJU de 1º.7.2005). Assim, a prescrição não estaria caracterizada, tendo em conta que os crimes imputados ao recorrente teriam como termo de constituição o momento em que finalizado o processo administrativo tributário, em 24.9.2003. HC85.051/MG, DJU de 1º.7.2005). RHC 122774/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, j. 19.5.2015.

Sonegação fiscal e reconhecimento de majorante: irrelevante a não menção expressa na inicial de eventuais causas de aumento ou diminuição

Informativo nº 747 do STF: 1ª Turma. A 1ª Turma, em julgamento conjunto, assentou a extinção de “habeas corpus” e, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que discutida a aplicabilidade da majorante prevista no art. 12, I, da Lei 8.137/1990, bem como do concurso formal, em face de condenação imposta ao paciente. No caso, o réu fora condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, I e II, da Lei 8.137/1990, c/c os artigos 71 e 69 do CP, por haver deixado de recolher IRPJ, contribuição para o PIS e CSLL, e por haver inserido despesas operacionais e custos de serviços vendidos inexistentes na declaração de rendimentos apresentada ao Fisco. A defesa sustentava, em preliminar, o cabimento da impetração formalizada no STJ, que não fora conhecida. No mérito, alegava que a causa de aumento referente ao art. 12, I, da Lei 8.137/1990 não poderia incidir, pois não teria constado da denúncia, bem assim que seria inviável reconhecer o concurso formal, porquanto não haveria crimes distintos com resultados autônomos, uma vez que não seria possível reduzir o IRPJ sem reduzir também a contribuição para o PIS e a CSLL. No que se refere à causa de aumento, a Turma consignou que, apesar da ausência de capitulação expressa na inicial, a Corte fixara entendimento no sentido de que o acusado defender-se-ia dos fatos descritos na denúncia. Assim, seria necessária apenas a correlação entre o fato descrito na peça acusatória e o fato que ensejara a condenação, e seria irrelevante a menção expressa na exordial de eventuais causas de aumento ou diminuição. Quanto à assertiva de impossibilidade de reconhecimento do concurso formal, a Turma registrou que a tese não poderia ser analisada, porque não teria sido aventada nas instâncias inferiores. Destacou, ainda, que seria inadmissível a impetração de “habeas corpus” em caráter substitutivo de recurso ordinário, e que o STJ, ao não conhecer da impetração lá apresentada com esse fundamento, teria examinado a possibilidade de concessão da ordem de ofício e a rejeitado. Vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, no tocante ao recurso ordinário

em “habeas corpus”, para conceder a ordem de ofício. Afastava a incidência do concurso formal, por vislumbrar a existência de prática única. HC 120587/SP e RHC 119962/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.5.2014.

Não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência a exigência de comprovação da origem de valores estabelecida no art. 42 da Lei 9.430/1996

Informativo nº 750 do STF: 2ª Turma. Não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência a exigência de comprovação da origem de valores estabelecida no art. 42 da Lei 9.430/1996 (“Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações”). Com base nesse entendimento, a 2ª Turma denegou “habeas corpus” no qual discutida a legalidade da condenação do paciente pelo crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990 (“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias”), em continuidade delitiva (CP, art. 71). Na espécie, o paciente, regularmente intimado no âmbito de processo administrativo fiscal para declinar a origem de valores creditados em sua conta corrente, informara que estaria impossibilitado de prestar os esclarecimentos solicitados. A Turma consignou que, ao assim proceder, o paciente criaria presunção, ainda que relativa, de que houvera omissão de rendimentos a dar ensejo, eventualmente, à persecução penal pelo crime em análise. Asseverou que, por se tratar de procedimento legalmente estabelecido, não haveria ofensa ao postulado da presunção de inocência. Consignou que entendimento contrário somente seria possível ao se assentar a inconstitucionalidade do próprio tipo penal de sonegação fiscal. Quanto à alegação de ocorrência de “reformatio in pejus” — tendo em conta afirmação do STJ no sentido de que o ajuizamento de ação anulatória não teria o condão de obstar o trâmite da ação penal —, consignou que essa assertiva apenas reforçaria a afirmação daquele tribunal de que a constituição definitiva do crédito tributário seria suficiente à configuração de indícios de materialidade para o início da persecução penal. Aduziu que a mera existência da mencionada ação em nada alteraria a situação do paciente. Acrescentou, ademais, que apenas a inclusão do contribuinte em parcelamento tributário possuiria o condão de suspender a pretensão punitiva do Estado nos

crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990, conforme o disposto no art. 83, § 2º, da Lei 9.430/1996. (“§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no ‘caput’, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal”). HC 121125/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.6.2014.

O pagamento da multa imposta ao contribuinte que deixa de atender às exigências da autoridade tributária estadual quanto à exibição de livros e documentos fiscais não se adequa a nenhuma das hipóteses de extinção de punibilidade previstas no parágrafo 2º do artigo 9º da Lei n. 10.864/03

Informativo nº 898 do STJ: Cinge-se a controvérsia dos autos a saber se o pagamento da multa sancionatória imposta pelo descumprimento de obrigação tributária acessória gera ou não a extinção da punibilidade nos termos parágrafo 2º do art. 9º da Lei n. 10.864/03. De acordo com o artigo 3º do CTN, os tributos – por serem prestações pecuniárias compulsórias, não sancionatórias, instituídas ex lege – são inconfundíveis com as multas, porquanto estas têm natureza sancionatória. Quando o art. 113 do CTN estatui que a obrigação tributária principal tem por objeto o pagamento de tributo "ou penalidade pecuniária", tal disposição significa apenas que os valores devidos em razão de eventuais sanções decorrentes do inadimplemento da prestação tributária devem ser exigidos conjuntamente com a prestação tributária. A "obrigação tributária principal", portanto, compreende o tributo e eventuais acréscimos legais, dentre os quais a multa decorrente do inadimplemento da prestação tributária. As obrigações tributárias acessórias, por sua vez, são as obrigações de fazer ou não fazer fixadas na legislação tributária, existentes independentemente de uma prestação tributária. Desse modo, também o § 3º do artigo 113 do CTN significa, somente, que os valores devidos em razão de eventuais sanções decorrentes do inadimplemento dessa obrigação tributária acessória devem ser exigidos, ainda que isoladamente, como se constituíssem "obrigação principal". Assim, a penalidade pecuniária imposta ao contribuinte que deixa de atender a requisição da autoridade fiscal constitui obrigação tributária principal, mas não configura 'tributo' por força do comando expresso da norma contida no artigo 3º do Código Tributário Nacional que exclui inequivocamente do conceito de tributo a sanção decorrente de ato ilícito. Destarte, o

pagamento da penalidade pecuniária imposta ao contribuinte que deixa de atender às exigências da autoridade tributária estadual quanto à exibição de livros e documentos fiscais não se adequa a qualquer das hipóteses previstas no parágrafo 2º do artigo 9º da Lei n. 10.864/03. Por fim, há de se atentar, ainda, para a intenção do legislador em prestigiar o interesse arrecadatário do Estado na instituição da causa de extinção da punibilidade do parágrafo 2º do artigo 9º da Lei n. 10.864/03. Com efeito, a par das críticas doutrinárias acerca de tal modalidade de exclusão da punibilidade, visto que o Direito Penal não constitui instrumento de coerção de inadimplentes, o certo é que quis o legislador anistiar o contribuinte que efetua o pagamento integral do débito tributário com o objetivo de aplacar a sonegação fiscal. E no delito do artigo 1º, inciso V, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90 não há supressão ou a redução de tributos, mas, sim, desobediência das requisições da autoridade fiscal pelo contribuinte que não cumpre com obrigação de fazer, deixando de exhibir livros ou documentos necessários à atividade fiscalizatória do Estado. No delito em questão, o bem jurídico tutelado é a preservação da própria função institucional do Fisco. REsp 1.630.109-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j. 14/2/2017, DJe 22/2/2017.

33 - Crimes Ambientais

Responsabilidade penal da pessoa jurídica

“A Constituição brasileira, inquestionavelmente adotou a responsabilidade pena da empresa. Ela o fez nos artigos 173, §5º, e 225, §3º. É, portanto, para esses casos que se recomenda a responsabilização da empresa no plano jurídico-penal. Não obstante alguns autores aia não admitirem seu reconhecimento, qualquer que seja o critério adotada, com uma interpretação literal, lógico-sistemática ou teleológica, histórico-comparativa ou evolutiva, sempre há de se concluir pela consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos dispositivos mencionados.” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2ª ed. São Paulo: Método, 2003, p.195).

Responsabilidade penal de pessoa jurídica independe da imputação de responsabilidade penal da pessoa física

O art. 225, § 3º, da CF não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes a esta realidade as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas

pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. (STF. RE 548.181, rel. min. Rosa Weber, j. 6-8-2013, 1ª T, DJE de 30-10-2014.)

Informativo nº 566 do STJ: É possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Conforme orientação da Primeira Turma do STF, “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação” (RE 548.181, Primeira Turma, DJe 29/10/2014). Diante dessa interpretação, o STJ modificou sua anterior orientação, de modo a entender que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes citados: (RHC 53.208-SP, Sexta Turma, DJe 1º/6/2015; HC 248.073-MT, Quinta Turma, DJe 10/4/2014); e (RHC 40.317-SP, Quinta Turma, DJe 29/10/2013. RMS 39.173-BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 6/8/2015, DJe 13/8/2015).

Para configuração do crime do art. 48 da Lei 9.605/98 prescinde-se de a área ser de preservação permanente

Informativo nº 570 do STJ. A tipificação da conduta descrita no art. 48 da Lei 9.605/1998 prescinde de a área ser de preservação permanente. Isso porque o referido tipo penal descreve como conduta criminosa o simples fato de “impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação”. (Precedente citado: REsp 849.423-SP, Quinta Turma, DJ 16/10/2006. AgRg no REsp 1.498.059-RS, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), j. 17/9/2015, DJe 1º/10/2015).

O crime do art. 56 da Lei 9.605/98, por se tratar e crime de perigo abstrato, prescinde de perícia para atestar a nocividade ou a periculosidade dos produtos transportados, bastando que estes estejam elencados na Resolução n. 420/2004 da ANTT

Informativo nº 613 do STJ: Cinge-se a controvérsia a definir a natureza jurídica do crime positivado no art. 56, caput, da Lei n. 9.605/1998, cujo preceito legal

dispõe que está sujeito a pena de um a quatro anos de reclusão, e multa, aquele que "produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos". Inicialmente, é de se ponderar que a conduta ilícita prevista no dispositivo supracitado é norma penal em branco, cuja complementação depende da edição de outras normas, que definam o que venha a ser o elemento normativo do tipo "produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde pública ou ao meio ambiente". No caso específico de transporte de tais produtos ou substâncias, o Regulamento para o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos (Decreto n. 96.044/1988) e a Resolução n. 420/2004 da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, constituem a referida norma integradora, por inequivocamente indicar os produtos e substâncias cujo transporte rodoviário é considerado perigoso. Outrossim, cumpre salientar que, por razões de política criminal, o legislador prevê, no Código Penal e em leis extravagantes, condutas tais cujo aperfeiçoamento se dá com a mera ocorrência do comportamento típico, independentemente da efetiva produção de risco ou dano dele decorrente. No que se refere ao art. 56, caput, da Lei n. 9.605/1998, o legislador foi claro em não exigir a geração concreta de risco na conduta ali positivada. Poderia fazê-lo, mas preferiu contentar-se com a deliberada criação de um risco para o meio ambiente ou mesmo a um número indeterminado de pessoas por quem transporta produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos. Em outras palavras, o conceito de nocividade no crime ambiental examinado se esgota na própria capitulação normativa do produto ou substância como tóxica, perigosa ou nociva ao ecossistema. Logo, o crime materializado no art. 56, caput, da Lei n. 9.605/1998, possui a natureza de crime de perigo abstrato, ou, de crime de perigo abstrato-concreto, em que, embora não baste a mera realização de uma conduta, não se exige, a seu turno, a criação de ameaça concreta a algum bem jurídico e muito menos lesão a ele. Basta a produção de um ambiente de perigo em potencial, em abstrato - in casu, com o transporte dos produtos ou substâncias em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos, de modo que a atividade descrita no tipo penal crie condições para afetar os interesses juridicamente relevantes, não condicionados, porém, à efetiva ameaça de um determinado bem jurídico. Deste modo, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade, perigo ou nocividade do produto transportado, bastando, para tanto, que o "produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva para a saúde humana ou o meio ambiente", esteja elencado na Resolução n. 420/2004 da ANTT. REsp 1.439.150-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 05/10/2017, DJe 16/10/2017

34 - Crimes Eleitorais

Falsificação de documentos para fins eleitorais: é autor quem participa organizando grupo que apunha assinatura no campo reservado ao portador

Comete o crime do art. 348 do Código Eleitoral (falsificação de documento público para fins eleitorais) aquele que participa da falsificação de títulos de eleitor, organizando grupo que apunha assinatura no campo reservado ao portador. Cada título falsificado corresponde a uma infração. (STF. AP 572, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-11-2014, 2ª T, DJE de 10-2-2015)

O crime do art.350 do Código Eleitoral (omissão ou declaração falsa para fins eleitorais) é formal

Penal. Habeas corpus. Crime do art. 350 do Código Eleitoral. Delito formal. Consumação independentemente da ocorrência de prejuízo. Declaração falsa. Potencialidade lesiva. Ordem denegada. Trata-se de crime formal, cuja consumação ocorre com a ação omissiva ou comissiva, independentemente da ocorrência de prejuízo, bastando para sua configuração a potencialidade de dano decorrente da falsidade do conteúdo do documento. A impugnação apresentada pelo paciente tinha a potencialidade de colocar em risco o processo eleitoral, sendo que a falsidade da declaração que lhe dava suporte somente foi verificada após toda a instrução realizada no processo judicial instaurado para apuração dos fatos. (STF. HC 96.233, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 7-5-2009, P, DJE de 5-6-2009)

Declaração falsa de doação configura o crime do art.350 do Código Eleitoral

O candidato que, ao prestar contas à Justiça Eleitoral, declara ter recebido doação que de fato não ocorreu incide, em tese, no tipo do art. 350 do Código Eleitoral. (STF. Inq 3.676, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30-9-2014, 1ª T, DJE de 15-10-2014)

Configura crime qualquer espécie de propaganda política no dia do pleito

A liberdade de manifestação eleitoral é restringida pela lei em dados períodos, com o intuito de preservar a legitimidade do pleito, para que o voto seja exercido

de forma consciente e informada, bem como no intuito de assegurar que o transcurso das eleições ocorra sem distúrbios de qualquer sorte. A criminalização da divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos no dia do pleito, na forma do art. 39, § 5º, III, da Lei 9.504/1997, tutela a liberdade do voto, impedindo que o eleitor seja importunado, enganado ou coagido para votar neste ou naquele candidato, e protege, também, a regularidade dos trabalhos eleitorais. (STF. AP 609, Rel. Min. Luiz Fux, j. 3-10-2013, P, DJE de 30-10-2014).

Corrupção ativa eleitoral é crime formal

Corrupção ativa — art. 299 do Código Eleitoral (oferecimento de vantagem direito penal eleitoral sumário 419 pecuniária em troca de voto). (...) O crime tipificado no art. 299 é formal e, por isso consuma-se com o oferecimento da vantagem indevida, cujo recebimento constitui mero exaurimento do delito, vale dizer, ainda que não fosse possível incriminar eleitor que se recusou a receber tal vantagem, a responsabilidade penal do corrupto resta configurada. (STF. RHC 111.211, Rel. Min. Luiz Fux, j. 30-10-2012, 1ª T, DJE de 20-11-2012)

Indícios e presunções podem justificar condenação por corrupção eleitoral

Ação penal. Deputado federal. Corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). Oferta de vantagem a eleitoras, consistente na realização de cirurgia de esterilização, com o intuito de obter votos. Reconhecimento. (...) Ainda que não haja comprovação de que o réu tenha feito pessoalmente qualquer oferta às eleitoras e que, sob o crivo do contraditório, nenhuma das testemunhas tenha afirmado haver sido pessoalmente abordada pelo denunciado na oferta para a realização de cirurgias de esterilização, o conjunto dos depoimentos coligidos aponta nesse sentido, indicando que o réu foi o principal articulador desse estratagema, visando à captação ilegal de votos em seu favor no pleito que se avizinhava, no qual pretendia, como de fato ocorreu, concorrer ao cargo de prefeito municipal. Estando presente o dolo, resta satisfeita a orientação jurisprudencial no sentido da exigência do referido elemento subjetivo para a tipificação do crime em apreço. Fraude eleitoral que tem sido comumente praticada em nosso país, cometida, quase sempre, de forma engenhosa, sub-reptícia, sutil, velada, com um quase nada de risco. O delito de corrupção via de regra permite que seus autores, mercê da falta de suficiente lastro probatório, escapem pelos desvãos, em manifesta apologia

do fantasma da impunidade, e com sério e grave comprometimento do processo eleitoral. Bem por isso, vem se entendendo que indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente. (STF. AP 481, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 8-9-2011, P, DJE de 29-6-2012)

A imunidade parlamentar não beneficia o candidato

A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, caput) — destinada a viabilizar a prática independente, pelo membro do Congresso Nacional, do mandato legislativo de que é titular — não se estende ao congressista, quando, na condição de candidato a qualquer cargo eletivo, vem a ofender, moralmente, a honra de terceira pessoa, inclusive a de outros candidatos, em pronunciamento motivado por finalidade exclusivamente eleitoral, que não guarda qualquer conexão com o exercício das funções congressuais. (...) O postulado republicano — que repele privilégios e não tolera discriminações — impede que o parlamentar-candidato tenha, sobre seus concorrentes, qualquer vantagem de ordem jurídico-penal resultante da garantia da imunidade parlamentar, sob pena de dispensar-se, ao congressista, nos pronunciamentos estranhos à atividade legislativa, tratamento diferenciado e seletivo, capaz de gerar, no contexto do processo eleitoral, inaceitável quebra da essencial igualdade que deve existir entre todos aqueles que, parlamentares ou não, disputam mandatos eletivos. (STF. Pet 4.444 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26-11-2008, P, DJE de 19-12-2008). No mesmo sentido, STF. Pet 4.617, Rel. Min. Cármen Lúcia, dec. monocrática, j. 3-8-2009, DJ de 7-8-2009.

A compra de votos para eleição é crime mesmo que o autor seja apenas pré-candidato

A compra de votos por pré-candidato no ano de eleição para prefeito torna irrelevante o fato de o denunciado já ter sido, ou não, escolhido como candidato em convenção partidária para efeito da tipificação do crime de corrupção eleitoral previsto no art. 299 do Código Eleitoral. (STF. Inq 2.197, Rel. Min. Menezes Direito, j. 13-12-2007, P, DJE de 28-3-2008). No mesmo sentido, STF. AP 481, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 8-9-2011, P, DJE de 29-6-2012.

35 - Outros Crimes

Calúnia: retratação pode ser desconsiderada se ela for tardia, parcial e exclusivamente no interesse do agente

Calúnia contra magistrado (art. 138, c/c 141, II, do CP). Direito de retratação. A declaração tardia, parcial, que atende exclusivamente ao interesse do paciente, não pode prevalecer, sob pena de privilegiar a mera invocação do art. 143 do CP ao próprio bem jurídico que se visa a tutelar com a norma penal. (STF. HC 107.206, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6-3-2012, 2ª T, DJE de 22-5-2012.)

Crimes contra a honra: apenas a não inclusão intencional de eventuais suspeitos na queixa-crime configura renúncia tácita ao direito de queixa

Informativo nº 562 do STJ: A não inclusão de eventuais suspeitos na queixa-crime não configura, por si só, renúncia tácita ao direito de queixa. Com efeito, o direito de queixa é indivisível, é dizer, a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos (art. 48 do CPP). Dessarte, o ofendido não pode limitar a este ou aquele autor da conduta tida como delituosa o exercício do jus accusationis, tanto que o art. 49 do CPP dispõe que a renúncia ao direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá. Portanto, o princípio da indivisibilidade da ação penal privada torna obrigatória a formulação da queixa-crime em face de todos os autores, coautores e partícipes do injusto penal, sendo que a inobservância de tal princípio acarreta a renúncia ao direito de queixa, que de acordo com o art. 107, V, do CP, é causa de extinção da punibilidade. Contudo, para o reconhecimento da renúncia tácita ao direito de queixa, exige-se a demonstração de que a não inclusão de determinados autores ou partícipes na queixa-crime se deu de forma deliberada pelo querelante (HC 186.405-RJ, Quinta Turma, DJe de 11/12/2014). RHC 55.142-MG, Rel. Min. Felix Fischer, j.12/5/2015, DJe 21/5/2015.

Crimes contra o consumidor: na hipótese de venda de medicamentos vencidos é aplicável a causa de aumento prevista no art. 12, III, da Lei 8.137/90

Informativo nº 574 do STJ: Quando o produto vendido for medicamento vencido, será possível aplicar a causa de aumento prevista no art. 12, III, da Lei n.

8.137/1990 na dosimetria da pena do crime previsto no art. 7º, IX, da mesma Lei (“vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”). Salienta-se, inicialmente, que a melhor hermenêutica do art. 12, III, da Lei n. 8.137/1990 (“Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: [...] III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde”) não se resolve com a mera contraposição dos conceitos de “reserva legal” e “lei penal em branco”. A hipótese, a toda evidência, é de norma penal em aberto. Assim, ao prever que merece maior censura penal aquele que pratica o crime contra a economia popular por meio de bens ou serviços “essenciais à saúde ou à vida”, a Lei n. 8.137/1990, sem perder a taxatividade, propositalmente convocou o intérprete a dar o alcance da referida expressão, cabendo ao julgador, caso a caso, fundamentar eventual recrudescimento da pena. Afinal, em vista da crescente multiplicidade de produtos e serviços em uma economia de mercado, seria de todo inconveniente a utilização de qualquer expressão que limitasse a abrangência da majorante a determinadas situações ou produtos, ou, ainda, que a sua incidência dependesse de norma penal complementar a versar sobre quais seriam os bens ou serviços essenciais à saúde ou à vida. Nesse contexto, não há esforço exegético capaz de infirmar que medicamento seja bem essencial, no mínimo, à saúde. Basta dizer, por exemplo, que o Estado exerce forte atividade regulatória sobre esse setor, justamente por conta de sua relação direta com a saúde e o bemestar da população. Portanto, a venda de medicamentos vencidos pode ensejar a causa de aumento de pena prevista no art. 12, III, da Lei n. 8.037/1990, porquanto medicamentos, *primo ictu oculi*, são bens essenciais à vida e à saúde. (STJ. REsp 1.207.442-SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 1º/12/2015, DJe 11/12/2015).

Estatuto do torcedor: configuração do crime de cambismo (art. 41-F da Lei 10.671/2003) independe de comprovação de que, no momento da oferta, não havia ingressos disponíveis na bilheteria

Informativo nº 554 do STJ: Para a configuração do crime de cambismo (Vender ingressos de evento esportivo, por preço superior ao estampado no bilhete), previsto no art. 41-F da Lei 10.671/2003, não há necessidade de comprovação de que, no momento da oferta, não havia ingressos disponíveis na bilheteria. Trata-se de comportamento dotado de reprovabilidade penal, pela simples razão de envolver a exploração, artificiosa, de um bem finito: a quantidade de lugares nos está-

dios. Dessa maneira, abusando de certo privilégio decorrente de se chegar antes ao guichê, adquirem-se mais unidades, que são vendidas com ágio. É desinfluyente a circunstância, eventual, de ainda existirem ingressos à venda nas bilheterias. A uma porque o tipo penal, expressamente, a tal não se refere. A duas porque, pela simples conduta enunciada no modelo incriminador, o bem jurídico já é afetado, porquanto se materializa exploração do preço, em mercado de bem finito, operado por um único fornecedor. Gera-se indevida especulação, promovendo a daninha quebra da isonomia, que seria assegurada pela exclusividade nas vendas. (RHC 47.835-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j, 9/12/2014, DJe 19/12/2014).

Invasão de domicílio: invasão de gabinete de autoridade pública configura

Informativo nº 549 do STJ: Configura o crime de violação de domicílio (art. 150 do CP) o ingresso e a permanência, sem autorização, em gabinete de Delegado de Polícia, embora faça parte de um prédio ou de uma repartição públicos. O § 4º do art. 150 do CP, em seu inciso III, dispõe que a expressão “casa” compreende o “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”. Ora, se o compartimento deve ser fechado ao público, depreende-se que faz parte de um prédio ou de uma repartição públicos, ou então que, inserido em ambiente privado, possua uma parte conjugada que seja aberta ao público. Assim, verifica-se que, sendo a sala de um servidor público – no caso, o gabinete de um Delegado de Polícia – um compartimento com acesso restrito e dependente de autorização, e, por isso, um local fechado ao público, onde determinado indivíduo exerce suas atividades laborais, há o necessário enquadramento no conceito de “casa” previsto no art. 150 do Estatuto Repressivo. Com efeito, entendimento contrário implicaria a ausência de proteção à liberdade individual de todos aqueles que trabalham em prédios públicos, já que poderiam ter os recintos ou compartimentos fechados em que exercem suas atividades invadidos por terceiros não autorizados a qualquer momento, o que não se coaduna com o objetivo da norma penal incriminadora em questão. Ademais, em diversas situações o serviço público ficaria inviabilizado, pois bastaria que um cidadão ou que grupos de cidadãos desejassem manifestar sua indignação ou protestar contra determinada situação para que pudessem ingressar em qualquer prédio público, inclusive nos espaços restritos à população, sem que tal conduta caracterizasse qualquer ilícito, o que, como visto, não é possível à luz da legislação penal em vigor. HC 298.763-SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 7/10/2014.

Omissão de socorro: Recusa de socorro pelo sujeito passivo não afasta responsabilidade do sujeito ativo

“Pode o sujeito passivo recusar o socorro, o que não eximirá o ativo do dever legal, pois se trata de bem-interesse irrenunciável, a menos que a oposição daquele impossibilite o auxílio.” (NORONHA, Magalhães. Direito penal, v. 2, p. 95 apud CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 154)

Tortura: Não há violação a individualização da pena a fixação, por lei, de regime inicial fechado no crime de tortura

Informativo nº 789 do STF: 1ª Turma O condenado por crime de tortura iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, nos termos do disposto no § 7º do art. 1º da Lei 9.455/1997 - Lei de Tortura. Com base nessa orientação, a Primeira Turma denegou pedido formulado em “habeas corpus”, no qual se pretendia o reconhecimento de constrangimento ilegal consubstanciado na fixação, em sentença penal transitada em julgado, do cumprimento das penas impostas aos pacientes em regime inicialmente fechado. Alegavam os impetrantes a ocorrência de violação ao princípio da individualização da pena, uma vez que desrespeitados os artigos 33, § 3º, e 59 do CP. Apontavam a existência de similitude entre o disposto no artigo 1º, § 7º, da Lei de Tortura e o previsto no art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, dispositivo legal que já teria sido declarado inconstitucional pelo STF no julgamento do HC 111.840/ES (DJe de 17.12.2013). Salientavam, por fim, afronta ao Enunciado 719 da Súmula do STF. O Ministro Marco Aurélio (relator) denegou a ordem. Considerou que, no caso, a dosimetria e o regime inicial de cumprimento das penas fixadas atenderiam aos ditames legais. Asseverou não caber articular com a Lei de Crimes Hediondos, pois a regência específica (Lei 9.455/1997) prevê expressamente que o condenado por crime de tortura iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, o que não se confundiria com a imposição de regime de cumprimento da pena integralmente fechado. Assinalou que o legislador ordinário, em consonância com a CF/1988, teria feito uma opção válida, ao prever que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução da pena, ainda que fixada no mínimo legal, deveria ser cumprida inicialmente em regime fechado, sem prejuízo de posterior progressão. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o relator, com a ressalva de seus entendimentos pessoais no sentido do não conhecimento do “writ”. O Ministro Luiz Fux, não obstante entender que o presente “habeas corpus” faria as vezes de

revisão criminal, ante o trânsito em julgado da decisão impugnada, acompanhou o relator. (HC 123316/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, 9.6.2015.)

Tortura: quando o crime é perpetrado contra criança em que há prevalência de relações domésticas e de coabitação, não configura bis in idem a aplicação conjunta da causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, II, da Lei n. 9.455/1997 e da agravante genérica estatuída no art. 61, II, f, do CP

Informativo nº 589 do STJ: No caso de crime de tortura perpetrado contra criança em que há prevalência de relações domésticas e de coabitação, não configura bis in idem a aplicação conjunta da causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, II, da Lei n. 9.455/1997 (Lei de Tortura) e da agravante genérica estatuída no art. 61, II, f, do Código Penal. A causa de aumento prevista pela legislação especial (art. 1º, § 4º, II, da Lei de Tortura) está descrita nos seguintes termos: "§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço: [...] II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos". A seu turno, a circunstância agravante prevista no Código Penal possui a seguinte redação: "Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II - ter o agente cometido o crime: [...] f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica". De fato, a citada majorante prevista na Lei de Tortura busca punir de forma mais rígida o autor de crime que demonstrou maior covardia e facilidade no cometimento da infração penal, justamente pela menor capacidade de resistência das vítimas ali elencadas. Há, pois, um nexo lógico entre a conduta desenvolvida e o estado de fragilidade da vítima. Em sentido diametralmente oposto, descortina-se a referida agravante prevista pelo Código Penal, punindo com maior rigor a violação aos princípios de apoio e assistência que deve haver nas situações em que há relação de autoridade entre a vítima e o agressor, bem como a maior insensibilidade moral do agente, que viola o dever de apoio mútuo existente entre parentes e pessoas ligadas por liames domésticos, de coabitação ou hospitalidade, sem prejuízo dos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher. Em suma, a majorante tem por finalidade punir de forma mais severa aquele que se favorece da menor capacidade de resistência da vítima, ao passo que a agravante tem por desiderato a punição mais rigorosa do agente que afronta o dever de apoio mútuo existente entre parentes e pes-

soas ligadas por liames domésticos, de coabitação ou hospitalidade, além dos casos de violência doméstica praticada contra a mulher. Portanto, em se tratando de circunstâncias e objetivos distintos, não há falar na ocorrência de bis in idem. HC 362.634-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j. 16/8/2016, DJe 29/8/2016 (6ª Turma)

36 - Execução Penal

A) Execução provisória

Possibilidade de execução provisória da pena na pendência de recurso de natureza extraordinária

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. *Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.* 2. *Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.* (STF. Tribunal Pleno. ARE 964246 RG / SP repercussão geral no recurso extraordinário com agravo, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10-11-2016, DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

Informativo nº 814 do STF: A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse o entendimento do Plenário, que, por maioria, denegou a ordem em habeas corpus que visava à desconstituição de acórdão que, em sede de apelação, determinara a imediata prisão do paciente por força de sentença condenatória de primeiro grau. (...) A Corte destacou, outrossim, que, com relação à previsão constitucional da presunção de não culpabilidade, ter-se-ia de considerá-la a sinalização de um instituto jurídico, ou o desenho de garantia institucional, sendo possível o estabelecimento de determinados limites. Assim, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não comprometeria o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado tivesse sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. (STF. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17-2-2016.)

Informativo no 582 do STJ: Pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução de pena. Numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, no julgamento do HC 126.292-SP (Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016), mudou sua orientação para permitir, sob o status de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão depois de exaurido o duplo grau de jurisdição. Em verdade, pelas razões colhidas do voto condutor, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena. Não se cogita, portanto, de prisão preventiva. Em outros termos, pendente o trânsito em julgado apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, sem ofensa ao direito fundamental inserto no art. 5º, LVII, da CF. Nesses moldes, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é, em regra, dotado de efeito suspensivo. (QO na APn 675-GO, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 6/4/2016, DJe 26/4/2016).

Possibilidade de execução provisória de pena em ação penal originária

Informativo nº 581 do STJ: É possível a execução provisória de pena imposta em acórdão condenatório proferido em ação penal de competência originária de tribunal. Inicialmente, ao que tudo está a indicar, a decisão proferida pela composição plena do STF no HC 126.292-SP (julgado em 17/2/2016, ainda não publicado) sufragou pensamento de que o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade. Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes Ministros que participaram da sessão, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de “desarrumação” do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal. Diante dessa pleora de meios impugnativos, que engendra, a cada instância inaugurada no curso processual, uma infundável reapreciação dos mesmos temas já anteriormente debatidos, a Suprema Corte acabou assumindo, na dicção de Ministro daquela Corte, “papel decisivo nessa rearrumação”. Em verdade, a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, quando se esgota a análise dos fatos e das provas, é coerente com praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos. Atenta-se, ainda, à previsão contida no art. 283 do CPP (“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária com-

petente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”), cuja redação dada pela Lei n. 12.403/2011 veio encampar a jurisprudência até então consolidada do STF, no sentido de que toda prisão, antes do trânsito em julgado, teria natureza cautelar. Ora, é fato que a redação desse artigo encontra sua essência no princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Logo, se o próprio Pretório Excelso, ao interpretar esse princípio constitucional, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, não se verifica como uma interpretação a regra infraconstitucional possa contraditar o alcance de sentido que foi emprestado ao princípio que dá sustentação a essa própria regra infraconstitucional, porquanto, sob a perspectiva kelseniana, as normas inscritas na Carta Maior se encontram no topo da pirâmide normativa, à qual todo o sistema jurídico deve se conformar. Diante disso, não há como pretender que sejam sobrepostas a interpretação e o alcance do art. 283 do CPP à espécie, de modo a afastar o entendimento manifestado pelo STF, porquanto, ao fim e ao cabo, as normas infraconstitucionais é que devem se harmonizar com a Constituição, e não o contrário. A compreensão externada pelo Supremo, por ocasião do julgamento do HC 126.292-SP, poderia ser resumida na conclusão de que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena, sem que isso importe em inobservância ao princípio da não culpabilidade, porquanto “o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias” (excerto de voto de Ministro daquela Corte). Como o mencionado acórdão ainda não foi publicado, é possível que ele venha a ser integrado e modelado, de modo a fornecer elementos mais precisos e objetivos para se saber, efetivamente, a partir de qual momento poderá ser autorizado o início da execução da pena, confirmada (ou imposta) em acórdão condenatório. Contudo, isso não implica afastar a possibilidade de o julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar a execução provisória da pena. Isso seria possível, por exemplo, em situações excepcionais, nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, à vol d’oiseau, a manifesta contrariedade do acórdão com a

jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação. Por fim, é necessário se ressaltar que nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta da não vinculação de magistrados à clara divisão de competências entre os diversos órgãos judiciários, com base na qual cabe ao STJ a interpretação do direito federal e ao STF a interpretação da CF, motivo pelo qual se deve dar efetivo e imediato cumprimento à nova interpretação dada, pelo STF, aos limites e ao alcance da presunção de não culpabilidade (art. 5º, inc. LVII). (EDcl no REsp 1.484.415-DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 3/3/2016, DJe 14/4/2016).

Desnecessidade de prisão especial para advogado preso por decisão de segundo grau

Informativo nº 865 do STF: A Segunda Turma, por unanimidade, negou provimento a agravo regimental em reclamação no qual se pretendia a transferência do agravante de cela comum de estabelecimento prisional para sala de estado-maior em razão da sua condição de advogado preso provisoriamente. A defesa sustentou que o agravante teria direito a permanecer custodiado em sala de estado-maior, nos termos do art. 7º, V, da Lei 8.906/1994 (1). A constitucionalidade dessa norma foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADI 1.127/DF (2). O Colegiado pontuou que a execução em debate diz respeito a acórdão penal condenatório proferido em segundo grau. Dessa forma, seguindo a orientação jurisprudencial do STF (3), ainda que não transitada em julgado a condenação do agravante, a prisão não mais se reveste de natureza cautelar, mas sim das características de prisão-pena, a qual exige a formulação de juízo de culpabilidade em título judicial condenatório. Saliu ainda que a Corte não discutiu, na ADI 1.127/DF, se o direito de o advogado permanecer recolhido em sala de estado-maior se estenderia, ou não, ao preso em razão de acórdão penal condenatório de segundo grau. Nesse contexto, a Turma reputou ausente a estrita aderência do objeto do ato reclamado ao conteúdo da ação direta paradigma e concluiu pela impropriedade da reclamação constitucional. (1) Lei 8.906/1994: “Art. 7º São direitos do advogado: (...) V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar”. (2) ADI 1.127/DF, DJE de 11.6.2010. (3) HC 126.292/SP, Pleno, rel. min. Teori Zavascki, DJE de 17.5.2016: “(...) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de ino-

cência afirmado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal”. Rcl 25111 AgR/PR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.5.2017. (RCL-25111)

B) Disciplina

Posse de partes de celular constitui falta grave

Pena. Execução. Falta grave. (...) O disposto no inciso VII do art. 50 da LEP alcança a introdução de chips de telefone celular em penitenciária. (STF. HC 99.896, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23-11-2010, 1ª T, DJE de 1º-2-2011.)

(...) (2) POSSE DE BATERIA DE APARELHO CELULAR APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.466/2007. FALTA GRAVE. PRECEDENTES. (3) INTERRUPTÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO. (4) PERDA DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS. EFETIVA FUNDAMENTAÇÃO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (5) WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. Esta Corte, ao interpretar o artigo 50, inciso VII, da Lei de Execuções Penais, firmou o entendimento de que, após o advento da Lei n.º 11.466/2007, constitui falta disciplinar de natureza grave a posse de aparelho celular, bem como a de seus componentes essenciais, como bateria, carregador, chip ou placa eletrônica, considerados indispensáveis ao funcionamento daquele aparelho. Precedentes. 3. Não fere o princípio da legalidade a interrupção do lapso temporal para a concessão de progressão de regime, em razão do cometimento de falta disciplinar de natureza grave, conforme orientação da Terceira Seção desta Corte (EResp 1.133.804/RS, Eresp 1.176.486/SP). Ressalva da Relatora. Precedentes. 4. A perda dos dias remidos em sua fração máxima (1/3 - um terço) exige fundamentação idônea do juízo da execução, o que se verifica no caso. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 278584/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 07/11/2013, DJE 20/11/2013)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. POSSE DE "CHIPS" DE APARELHO CELULAR. CONDUTA PRATICADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 11.466, DE 29 DE MARÇO DE 2007. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO. FALTA GRAVE RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. APENADO ACOMPANHADO DE ADVOGADO DURANTE PROCEDIMENTO. REGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. SUPERVENIÊNCIA DA LEI

N.º 12.433/2011. NOVA REDAÇÃO AO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Com a edição da Lei n.º 11.466, de 29 de março de 2007, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular, como a de seus componentes, tendo em vista que a ratio esendi 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 uma burla às medidas disciplinares da Lei de Execução Penal. 2. O cometimento de falta grave pelo condenado acarreta a regressão de regime e, consequentemente, o reinício da contagem do prazo para obter o benefício da progressão, além da perda dos dias remidos, sem que se vislumbre ofensa ao direito adquirido ou à coisa julgada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. A penalidade consistente na perda de dias remidos pelo cometimento de falta grave passa a ter nova disciplina, não mais incidindo sobre a totalidade do tempo remido, mas apenas até o limite de 1/3 (um terço) desse montante, cabendo ao Juízo das Execuções, com certa margem de discricionariedade, aferir o quantum, levando em conta "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão", consoante o disposto no art. 57 da LEP. E, por se tratar de norma penal mais benéfica, deve a nova regra incidir retroativamente, em obediência ao art. 5.º, inciso XL, da Constituição da República. 4. Ordem parcialmente concedida para determinar o retorno dos autos ao Juízo das Execuções Penais, a fim de estabelecer a quantidade de perda dos dias remidos, aferindo novo patamar da penalidade, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais. (STJ. HC 230659/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T, j. 05/11/2013, DJE 19/11/2013)

Posse de drogas para uso próprio é crime e constitui falta grave

(...). EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE DROGAS. CONFIGURAÇÃO DE FALTA GRAVE. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA O RECONHECIMENTO DA FALTA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) - Esta Corte possui jurisprudência no sentido de que a posse de drogas no interior do estabelecimento prisional, ainda que para o uso próprio, configura falta disciplinar de natureza grave, à luz do art. 52 da Lei de Execução Penal, não sendo requisito para o seu reconhecimento o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes. (...) (STJ. HC 301684/RS, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T, j. 06/08/2015, DJE 28/08/2015)

Recusa injustificada do apenado ao trabalho constitui falta grave

Informativo no 567 do STJ: Constitui falta grave na execução penal a recusa injustificada do condenado ao exercício de trabalho interno. O art. 31 da Lei 7.210/1984 (LEP) determina a obrigatoriedade do trabalho ao apenado condenado à pena privativa de liberdade, na medida de suas aptidões e capacidades, sendo sua execução, nos termos do art. 39, V, da referida Lei, um dever do apenado. O art. 50, VI, da LEP, por sua vez, classifica como falta grave a inobservância do dever de execução do trabalho. Ressalte-se, a propósito, que a pena de trabalho forçado, vedada no art. 5º, XLVIII, "c", da CF, não se confunde com o dever de trabalho imposto ao apenado, ante o disposto no art. 6º, 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), segundo o qual os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios vedados pela Convenção. (HC 264.989-SP, Rel. Min. Ericson Maranhão, j. 4/8/2015, DJe 19/8/2015).

Para configuração da falta grave pela prática de crime não é necessário o trânsito em julgado da decisão

Informativo nº 832 do STF: Condenado que pratica fato definido como crime doloso deverá sofrer regressão de regime mesmo antes do trânsito em julgado. O inciso I do art. 118 da LEP afirma que o apenado deverá regredir de regime se "praticar fato definido como crime doloso". Não é necessário que o juiz das execuções penais aguarde que a pessoa seja condenada com trânsito em julgado para determinar a sua regressão. A regressão de regime pela prática de fato definido como crime doloso, durante a execução da pena, não depende do trânsito em julgado da condenação. STJ. 5ª Turma. HC 333.615/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 15/10/2015. STF. Plenário. EP 8 ProgReg-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 1º/7/2016.

A prática de falta grave pode resultar, observado o contraditório e a ampla defesa, em regressão de regime. A prática de "fato definido como crime doloso", para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende de trânsito em julgado da ação penal respectiva. A natureza jurídica da regressão de regime lastreada nas hipóteses do art. 118, I, da LEP é sancionatória, enquanto aquela baseada no inciso II tem por escopo a correta individualização da pena. A regressão aplicada sob o fundamento do art. 118, I, segunda parte, não ofende ao

princípio da presunção de inocência ou ao vetor estrutural da dignidade da pessoa humana. Incidência do teor da Súmula Vinculante 9 do STF quanto à perda dos dias remidos. (STF. HC 93.782, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16-9-2008, 1ª T, DJE de 17-10-2008)

O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato. (Súmula nº 526 do STJ).

A prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime

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 dessa infração. (Súmula nº 534 do STJ)

O prazo prescricional de infrações disciplinares é regrado, por analogia, pelo Código Penal

Diante da ausência de norma específica quanto à prescrição da infração disciplinar, utiliza-se, por analogia, o CP. Abandonar o cumprimento do regime imposto configura infração permanente, aplicando-se as regras do art. 111, III, do CP. (STF. HC 92.000, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-11-2007, 1ª T, DJE de 30-11-2007.)

Prazo prescricional da falta grave é de 3 anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei n. 12.234, de 5/5/2010, ou de 2 anos se a falta tiver ocorrido antes dessa data

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO. ART. 109 DO CP. LAPSO NÃO TRANSCORRIDO ENTRE A DATA DO FATO E A PRESENTE DATA. 1. Na via especial, a discussão acerca da classificação jurídica dos fatos dispostos nos autos mitiga a incidência da Súmula 7/STJ. 2. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que - diante da ausência de um prazo prescricional específico para apuração de falta disciplinar - deve ser adotado o menor pra-

zo prescricional previsto no art. 109 do Código Penal, ou seja, o de 3 anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei n. 12.234, de 5/5/2010, ou de 2 anos se a falta tiver ocorrido antes dessa data. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp 1414267, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T, j. 05/11/2013, DJE 25/11/2013)

Possibilidade de revogação do sursis se ocorrido descumprimento durante período de prova, mesmo que a constatação seja após seu término

Constatado o descumprimento de condição imposta durante o período de prova do sursis, é perfeitamente cabível a revogação do benefício, ainda que a decisão venha a ser proferida após o término do período de prova. (STF. HC 91.562, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 9-10-2007, 2ª T, DJE de 30-11-2007.)

Isolamento e perda de dias remidos tem naturezas diferentes, não existindo óbice para aplicação simultânea

A imposição de isolamento tem caráter disciplinar, enquanto a perda dos dias remidos é sanção com efeitos penais, não se incorrendo em bis in idem na aplicação simultânea. (STF. HC 94.177, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2-3-2010, 2ª T, DJE de 23-4-2010.)

Perda dias remidos em razão de cometimento de falta grave é compulsória

Informativo nº 559 do STJ: A prática de falta grave impõe a decretação da perda de até 1/3 dos dias remidos, devendo a expressão “poderá” contida no art. 127 da Lei 7.210/1984, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 12.432/2011, ser interpretada como verdadeiro poder-dever do magistrado, ficando no juízo de discricionariedade do julgador apenas a fração da perda, que terá como limite máximo 1/3 dos dias remidos. Precedentes citados: (AgRg no REsp 1.424.583-PR, Sexta Turma, DJe 18/6/2014; e REsp 1.417.326-RS, Sexta Turma, DJe 14/3/2014); (AgRg no REsp 1.430.097-PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/3/2015, DJe 6/4/2015).

C) Progressão/Regressão de regime e livramento condicional

A regressão de regime, em razão de falta grave, interrompe o tempo para progressão de regime

Falta grave. Regressão. Contagem de novo período. Alcance. A regressão ao regime mais gravoso implica termo inicial para voltar-se a progredir no regime de cumprimento da pena. Ante o princípio da legalidade, essa óptica não pode ser estendida a benefícios diversos, em relação aos quais a LEP mostra-se silente. (STF. HC 109.389, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 6-11-2012, 1ª T, DJE de 10-12-2012.)

Inadimplemento da pena de multa cumulativamente aplicada impede a progressão de regime, salvo impossibilidade econômica para o cumprimento da pena de multa

Informativo 780 do STF: Plenário. O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Essa regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar o valor, ainda que parceladamente. Essa a conclusão do Plenário que, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que indeferira o pedido de progressão de regime prisional — tendo em vista o inadimplemento da multa imposta — de condenado, nos autos da AP 470/MG (DJe de 22.4.2013), à pena de seis anos e seis meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem assim à sanção pecuniária de 330 dias-multa, pela prática de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Alegava-se que o prévio pagamento da pena de multa não seria requisito legal para a progressão de regime, porquanto inexistente prisão por dívida (CF, art. 5º, LXVII), bem assim que o art. 51 do CP proibiria a conversão da multa em detenção. De início, o Colegiado, por decisão majoritária, indeferiu pleito de sustentação oral formulado pela defesa. Sustentava-se, no ponto, que o agravo teria por fundamento o art. 197 da LEP e, por isso, estaria sujeito à mesma sistemática do recurso em sentido estrito. O Plenário reputou, na linha da jurisprudência do STF, e conforme deliberado ao longo do julgamento da AP 470/MG, que qualquer impugnação de decisão monocrática desafiaria agravo regimental (RISTF, art. 131, § 2º), inexistente, portanto, o direito de a defesa sustentar oralmente. Não caberia à Corte criar situação excepcional. Ademais, a situação dos autos não se assemelharia às hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, pois o agravo não seria dirigido a outro tribunal, uma vez que o relator traria

sua decisão para que fosse homologada pelo próprio Plenário do qual faz parte. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que admitia a sustentação oral da defesa. No mérito, o Plenário rememorou que o art. 51 do CP, em sua redação original, previa a possibilidade de conversão da multa em pena de detenção, quando o condenado, deliberadamente, deixasse de honrá-la. Posteriormente, a Lei 9.268/1996 dera nova redação ao dispositivo, para não mais admitir essa conversão, bem como para permitir a correção monetária e a cobrança da sanção como dívida ativa. A referida alteração legislativa não retirara da multa o seu caráter de pena, conforme disposição constitucional (CF, art. 5º, XLVI) e legal (CP, art. 32, III). Acrescentou que, em matéria de criminalidade econômica, a multa desempenharia papel proeminente. Mais até do que a pena de prisão, caberia à sanção pecuniária o papel retributivo e preventivo geral, para desestimular a conduta prevista penalmente. Por essa razão, deveria ser fixada com seriedade, proporcionalidade e, sobretudo, ser efetivamente paga. Assinalou que o art. 33 do CP e os artigos 110 e seguintes da LEP disciplinariam três regimes diversos de cumprimento de pena privativa de liberdade: fechado, semiaberto e aberto. Para cada uma dessas fases, haveria estabelecimentos penais próprios. De outro lado, o art. 112 da LEP disporia sobre os requisitos gerais para que o julgador autorizasse a progressão de regime. Como regra geral, condenados com bom comportamento poderiam progredir de um regime para outro após o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior. Não obstante, a jurisprudência do STF demonstraria que a análise dos requisitos necessários para progressão não se restringiria ao art. 112 da LEP, pois outros elementos deveriam ser considerados pelo julgador para individualizar a pena. O Colegiado sublinhou que, especialmente em matéria de crimes contra a Administração Pública, a parte verdadeiramente severa da pena haveria de ser a de natureza pecuniária, que teria o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes a envolver apropriação de recursos públicos. Nessas condições, não seria possível a progressão de regime sem o pagamento da multa fixada na condenação. O condenado teria o dever jurídico — e não a faculdade — de pagar integralmente o valor. Essa seria uma modalidade autônoma de resposta penal expressamente prevista no art. 5º, XLVI, c, da CF, a exigir cumprimento espontâneo por parte do apenado, independentemente de execução judicial. A obrigatoriedade também adviria do art. 50 do CP. O não recolhimento da multa por condenado que tivesse condições econômicas de pagá-la, sem sacrifício dos recursos indispensáveis ao sustento próprio e de sua família, constituiria deliberado descumprimento de decisão judicial e deveria impedir a progressão de regime. Além disso, admitir-se o não pagamento da multa configuraria tratamento privilegiado em relação ao sentenciado que espontane-

amente pagasse a sanção pecuniária. Ademais, a passagem para o regime aberto exigiria do sentenciado autodisciplina e senso de responsabilidade (LEP, art. 114, II), a pressupor o cumprimento das decisões judiciais aplicadas a ele. Essa interpretação seria reforçada pelo art. 36, § 2º, do CP e pelo art. 118, § 1º, da LEP, que estabelecem a regressão de regime para o condenado que não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. Assim, o deliberado inadimplemento da multa sequer poderia ser comparado à vedada prisão por dívida (CF, art. 5º, LXVII), configurando apenas óbice à progressão no regime prisional. Ressalvou que a exceção admissível ao dever de pagar a multa seria a impossibilidade econômica absoluta de fazê-lo. Seria cabível a progressão se o sentenciado, veraz e comprovadamente, demonstrasse sua total insolvabilidade, a ponto de impossibilitar até mesmo o pagamento parcelado da quantia devida, como autorizado pelo art. 50 do CP. Ressaltou que o acórdão exequendo fixara o “quantum” da sanção pecuniária especialmente em função da situação econômica do réu (CP, art. 60), de modo que a relativização dessa resposta penal dependeria de prova robusta por parte do sentenciado. No caso, entretanto, não houvera mínima comprovação de insolvabilidade, incabível, portanto, a exceção admissível ao dever de pagar a multa. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que provia o agravo para admitir a progressão de regime, independentemente do recolhimento da multa. Considerava que seria dever da Fazenda Pública executar a dívida, se necessário. (EP 12 ProgReg-Agr/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 8.4.2015.)

O inadimplemento injustificado de pena de multa autoriza a regressão no regime prisional

Informativo nº 832 do STF: Regressão de regime: inadimplemento de pena de multa e cometimento de novo crime. O Plenário, em julgamento conjunto e por maioria, negou provimento a agravos regimentais em execuções penais referentes a condenados nos autos da AP 470/MG (DJe de 22.4.2013). No primeiro caso, o agravante, durante o cumprimento da pena em regime semiaberto, fora condenado pela justiça comum em outro processo, tendo em conta crimes praticados concomitantemente ao cumprimento da reprimenda. Insurgiu-se, então, contra a decisão que determinara a regressão de regime. O Colegiado aduziu que a prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal acarreta a regressão de regime. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que provia o agravo. Reputava que o processo-crime ainda estaria em curso na justiça comum, sem poder repercutir, portanto, no cumprimento de pena já formalizada. No segundo caso, a progressão de regime da sentenciada fora condicionada ao adimplemento

da pena de multa. Para obter esse direito, a agravante realizara acordo de parcelamento do valor, razão pela qual progredira. Posteriormente, deixara de pagar as parcelas, a implicar a regressão. O Tribunal entendeu que o inadimplemento injustificado das parcelas da pena de multa autoriza a regressão no regime prisional. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que provia o agravo, ao fundamento de que o descumprimento de pena de multa não implicaria a sua transformação em reprimenda restritiva de liberdade. EP 8 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 1º.7.2016. (EP 8) EP 16 Agr-terceiro/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 1º.7.2016. (Plenário)

Desnecessidade de oitiva do preso para regressão cautelar de regime

(...) (2) SUPOSTA PRÁTICA DE FALTA GRAVE (FUGA). REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME. DESNECESSIDADE DE OITIVA PRÉVIA DO REEDUCANDO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA CORTE. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. Não há constrangimento ilegal em acórdão de prévio writ, uma vez que este Superior Tribunal já firmou entendimento no sentido de que, cometida falta grave pelo condenado, é perfeitamente cabível a regressão cautelar do regime prisional, sem a oitiva prévia do condenado, que somente é exigida na regressão definitiva. Precedentes do STJ. 3. Ordem não conhecida. (STJ. HC 184988/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 05/02/2013, DJE 18/02/2013)

Data do trânsito em julgado de nova condenação é o termo inicial para contagem de concessão de benefícios

A superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início do cumprimento da pena. A data do trânsito em julgado da nova condenação é o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas. (STF. HC 101.023, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 9-3-2010, 1ª T, DJE de 26-3-2010.)

Possibilidade de exame criminológico

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art.

2º da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (Súmula Vinculante nº 26 do STF)

Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. (Súmula nº 439 do STJ)

O requisito subjetivo para o livramento condicional não é apenas aferível pelo atestado de conduta carcerária, podendo outros elementos formar o convencimento

A interpretação da nova redação dada pela Lei 10.792/2003 ao art. 112 da LEP deve ser sistemática, sob pena de cingir-se o juiz das execuções penais ao papel de mero homologador de atestados de boa conduta exarados pelas autoridades administrativas. Se na análise das provas processuais o juiz não está adstrito às conclusões de parecer ou laudo técnico para a formação de sua convicção, conforme estabelece o art. 182 do CPP, do mesmo modo, na fase da execução penal, ele não está vinculado ao atestado de conduta carcerária. Não se afastou, portanto, a necessidade da verificação de comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena previsto no art. 83, III, do CP, incorrente no caso, em espécie, pelas reiteradas faltas graves cometidas pelo paciente com as fugas do estabelecimento prisional. (STF. HC 95.884, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26-5-2009, 1ª T, DJE de 12-6-2009.)

Em execução provisória, pendente julgamento de recurso da acusação, o tempo de pena para progressão é baseado na pena máxima que se pode alcançar com eventual provimento do recurso da acusação ou na pena máxima cominada em abstrato

(...) a jurisprudência prevalecente neste Supremo Tribunal (...) não admite — enquanto pendente de julgamento a apelação interposta pelo Ministério Público com a finalidade de agravar a pena do réu — a progressão de regime prisional sem o cumprimento do lapso temporal necessário, segundo a pena atribuída em abstrato ao crime ou o máximo que se poderia alcançar se eventualmente provi-do o recurso da acusação (...). (STF. HC 93.302, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25-3-2008, 1ª T, DJE de 9-5-2008.)

A jurisprudência prevalecente neste Supremo Tribunal sobre a execução provisória admite a progressão de regime prisional a partir da comprovação de cumprimento de pelo menos 1/6 de pena máxima atribuída em abstrato ao crime, enquanto pendente de julgamento a apelação interposta pelo Ministério Público com a finalidade de agravar a pena do paciente. Incidência, na espécie, da Súmula 716 deste Supremo Tribunal (...). (STF. HC 90.893, rel. min. Cármen Lúcia, j. 5-6-2007, 1ª T, DJ de 17-8-2007.)

Progressão de regime vinculada a devolução do produto do crime nos casos de crime contra a administração é constitucional, sendo indiferente a falta de recursos para tanto

Informativo nº 772 do STF: Plenário. É constitucional o § 4º do art. 33 do CP, que condiciona a progressão de regime de cumprimento da pena de condenado por crime contra a administração pública à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, facultado o parcelamento da dívida. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto em face de decisão que indeferira pedido de progressão de regime a condenado nos autos da AP 470/MG (DJe de 22.4.2013) pela prática dos crimes de peculato e corrupção passiva. O Colegiado, inicialmente, rejeitou assertiva segundo a qual seria ilícito o valor devido pelo sentenciado a título de reparação do dano causado em decorrência do crime de peculato, dado que, em sucessivos pronunciamentos do Plenário, teria sido demonstrado que o valor devido, para fins do art. 33, § 4º, do CP, seria de R\$ 536.440,55. Quanto à alegada inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, a Corte destacou que, em matéria de crimes contra a administração pública — como também nos crimes de colarinho branco em geral —, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, haveria de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, teria o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvessem apropriação de recursos públicos. Por outro lado, a imposição da devolução do produto do crime não constituiria sanção adicional, mas, apenas a devolução daquilo que fora indevidamente apropriado ou desviado. Ademais, não seria o direito fundamental à liberdade do condenado que estaria em questão, mas, tão somente, se a pena privativa de liberdade a ser cumprida deveria se dar em regime mais favorável ou não, o que afastaria a alegação quanto à suposta ocorrência, no caso, de prisão por dívida. Outrossim, a norma em comento não seria a única, prevista na legislação penal, a ter na reparação do dano uma importante medida de política criminal. Ao contrário, bastaria uma rápida lei-

tura dos principais diplomas penais brasileiros para constatar que a falta de reparação do dano: a) pode ser causa de revogação obrigatória do “sursis”; b) impede a extinção da punibilidade ou mesmo a redução da pena, em determinadas hipóteses; c) pode acarretar o indeferimento do livramento condicional e do indulto; d) afasta a atenuante genérica do art. 65, III, b, do CP, entre outros. EP 22 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 17.12.2014. (EP-22) O Colegiado destacou que, na espécie, o sentenciado fora condenado, individualizadamente, ao pagamento de R\$ 536.440,55. Apesar da existência de corréus — devedores solidários —, o valor integral da dívida poderia ser exigido de cada um, nada a impedir que, eventualmente, rateassem entre eles o pagamento devido. Embora se devesse lamentar a não instauração da execução pela Fazenda, ocorre que, sendo do sentenciado o interesse de quitar a dívida para o fim de progressão de regime, caberia a ele, espontaneamente, tomar as providências nesse sentido. A este propósito, e como regra, decisões judiciais deveriam ser cumpridas voluntariamente, sem necessidade de se aguardar a execução coercitiva. Não haveria impedimento, contudo, a que o agravante firmasse com a União acordo de parcelamento, nos moldes adotados para outros devedores, aplicando-se, por analogia, o art. 50 do CP. A celebração do acordo e o pagamento regular das parcelas ajustadas importariam em satisfação da exigência de reparação do dano. Eventual descumprimento de ajuste sujeitaria o sentenciado à regressão ao regime anterior. O Ministro Dias Toffoli, ao assentar a constitucionalidade do art. 33, § 4º, do CP, ressaltou seu entendimento quanto à admissão da possibilidade de progressão de regime, desde que aquele que pleiteasse o benefício viesse efetivamente a comprovar a total impossibilidade de reparação do dano, numa leitura conjugada do dispositivo em análise com o inciso IV do art. 83 do CP. No ponto, foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski (Presidente). Vencido o Ministro Marco Aurélio, que assentava a inconstitucionalidade do art. 33, § 4º, do CP. Ressaltava não ser possível condicionar a progressão no regime de cumprimento da pena à questão alusiva à reparação do dano, isso porque seria impróprio mesclar a pena — que envolveria a liberdade de ir e vir —, com a reparação do dano — que envolveria o patrimônio. EP 22 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2014.

A progressão de regime para os condenados por crime hediondo dar-se-á, se o sentenciado for reincidente, após o cumprimento

de 3/5 da pena, ainda que a reincidência não seja específica em crime hediondo ou equiparado

Informativo nº 563 do STJ: DIREITO PROCESSUAL PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME DO REINCIDENTE CONDENADO POR CRIME HEDIONDO. A progressão de regime para os condenados por crime hediondo dar-se-á, se o sentenciado for reincidente, após o cumprimento de 3/5 da pena, ainda que a reincidência não seja específica em crime hediondo ou equiparado. Isso porque, conforme o entendimento adotado pelo STJ, a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum e a específica. Desse modo, havendo reincidência, ao condenado deverá ser aplicada a fração de 3/5 da pena cumprida para fins de progressão do regime. Precedentes citados: HC 173.992-MS, Quinta Turma, DJe 10/5/2012, HC 273.774-RS, Rel. Quinta Turma, DJe 10/10/2014, HC 310.649-RS, Sexta Turma, DJe 27/2/2015. HC 301.481-SP, Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ-SP), j. 2/6/2015, DJe 11/6/2015,

Fuga de condenado prejudica o pedido de progressão por ser falta grave e ter como consequência a regressão

Pedido de progressão de regime (art. 112 da Lei 7.210/1984). Paciente foragido. (...) Considerando que a fuga do paciente “que se encontrava em regime semiaberto” é considerada falta disciplinar de natureza grave (art. 50, II, da Lei 7.210/1984), não há mais sentido na discussão do mérito acerca da progressão, uma vez que a regressão de regime pelo cometimento de falta grave é a consequência natural que se impõe, conforme previsto na LEP. (STF. HC 101.818, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 18-5-2010, 1ª T, DJE de 25-6-2010)

O cumprimento de pena em penitenciária federal de segurança máxima por motivo de segurança pública não é compatível com a progressão de regime prisional

Informativo nº 838 do STF: Execução Penal - Cumprimento pena em penitenciária federal de segurança máxima e progressão de regime. O cumprimento de pena em penitenciária federal de segurança máxima por motivo de segurança pública não é compatível com a progressão de regime prisional. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma, por maioria, não conheceu de “habeas corpus” em que se discutia a possibilidade da concessão do benefício em face de seu deferimento por juiz federal sem que houvesse a impugnação da decisão pela via re-

curisal. No caso, o juízo da execução penal, ao ser comunicado de que a benesse da progressão de regime fora concedida ao paciente, suscitara conflito de competência. O STJ, ao resolver o conflito, cassara a progressão. A Turma afirmou que a transferência do apenado para o sistema federal geralmente teria como fundamento razões que atestassem que, naquele momento, o condenado não teria mérito para progredir de regime. Observou que a transferência seria cabível no interesse da segurança pública ou do próprio preso (Lei 11.671/2008, art. 3º). Frisou que o paciente seria líder de organização criminosa. Ademais, mesmo que não cometesse infrações disciplinares, o preso que pertencesse à associação criminosa não satisfaria aos requisitos subjetivos para a progressão de regime. A pertinência à sociedade criminosa seria crime e também circunstância reveladora da falta de condições de progredir a regime prisional mais brando. Registrou que a manutenção do condenado em regime fechado, com base na falta de mérito do apenado, não seria incompatível com a jurisprudência do STF. Vencida a Ministra Cármen Lúcia, que concedia a ordem para que fosse assegurado ao condenado o regime semiaberto. Pontuava configurar constrangimento ilegal o afastamento pelo STJ, em conflito de competência, da decisão transitada em julgado que deferira ao paciente a progressão de regime. HC 131649/RJ, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/o acórdão Min. Dias Toffoli, 6.9.2016.

Benefícios prisionais devem ser calculados com base no montante total da pena

A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução. (Súmula nº 715 do STF).

Influência da reincidência no cálculo do livramento condicional

Informativo nº 561 do STJ: Na definição do requisito objetivo para a concessão de livramento condicional, a condição de reincidente em crime doloso deve incidir sobre a somatória das penas impostas ao condenado, ainda que a agravante da reincidência não tenha sido reconhecida pelo juízo sentenciante em algumas das condenações. Isso porque a reincidência é circunstância pessoal que interfere na execução como um todo, e não somente nas penas em que ela foi reconhecida. Precedentes citados: (HC 95.505-RS, Quinta Turma, DJe 1º/2/2010; e EDcl no HC 267.328-MG, Quinta Turma,

DJe de 6/6/2014. HC 307.180-RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/4/2015, DJe 13/5/2015).

Livramento condicional no caso de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) necessita do cumprimento de 2/3 da pena, se o condenado não for reincidente específico

Informativo nº 568 do STJ: O condenado por associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006), caso não seja reincidente específico, deve cumprir 2/3 da pena para fazer jus ao livramento condicional. Isso porque a própria Lei 11.343/2006, no parágrafo único do art. 44, prevê requisito objetivo específico para a concessão do livramento condicional ao delito de associação para o tráfico: “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”. Assim, em observância ao Princípio da Especialidade, aplica-se o disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006 em detrimento dos incisos I e II do art. 83 do CP. Ressalte-se que o lapso temporal de cumprimento de pena para obtenção do livramento condicional quanto ao delito do art. 35 da Lei 11.343/2006 independe da análise do caráter hediondo do crime. Precedentes citados: (AgRg no REsp 1.484.138-MS, Sexta Turma, DJe de 15/6/2015; e HC 292.882-RJ, Sexta Turma, DJe de 18/8/2014). (HC 311.656-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 25/8/2015, DJe 2/9/2015).

A falta de presídio adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. (Súmula Vinculante nº 56 do STF).

Possibilidade de cumprimento de pena em regime semiaberto e aberto em ala separada de presídio que também possui presos em regime fechado

Informativo nº 861 do STF: A Segunda Turma julgou improcedente reclamação ajuizada para garantir a observância, pela instância de origem, da Súmula Vin-

culante 56. O reclamante cumpre pena em regime semiaberto. Em razão de não estar recolhido em colônia penal, pleiteou lhe fosse concedida prisão domiciliar ou antecipação do regime aberto, o que foi negado. O Colegiado ressaltou o direito de o apenado cumprir a reprimenda em estabelecimento adequado ao regime imposto. Ponderou que a concessão de prisão domiciliar ou regime aberto é inviável, diante do regramento previsto na Lei de Execução Penal. Informou que o reclamante cumpre pena em ala de penitenciária destinada exclusivamente a internos do regime semiaberto e que todos os benefícios inerentes ao regime lhe são assegurados. A Turma deliberou no sentido de serem aceitáveis estabelecimentos não qualificados como colônia agrícola ou industrial (regime semiaberto) ou casa de albergado ou estabelecimento adequado (regime aberto). Entretanto, não é permitido o alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. Rcl 25123/SC, 2ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.4.2017.

D) Trabalho e remição

Não incidência da remição quando o Estado não fornece vaga

(...) PRETENSÃO DE SE OBTER A REMIÇÃO DA PENA SEM A REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE LABORAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO ESTADO NA IMPLANTAÇÃO DE TRABALHO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO TRABALHO. ART.126 DA LEI 7.210/1984 (LEP). (...) - A remição da pena pelo trabalho ou pelo estudo é um incentivo para que o apenado realize essas atividades, essencialmente importantes para sua reeducação - uma das finalidades da pena. Dessa forma, a ausência de trabalho e estudo disponíveis aos apenados no estabelecimento prisional constitui um desvio da execução da pena. Contudo, não dá ao apenado o direito de remir a pena com relação ao tempo em que estava ocioso, não obstante por culpa do Estado. A remição exige a efetiva realização da atividade laboral e a frequência ao curso, nos termos do art. 126 da LEP. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 175718/RO, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, j. 05/12/2013, DJE 16/12/2013)

Remição somente ocorre em regime fechado ou semiaberto

Inteligência do art. 126 da LEP. (...) Somente pode ser beneficiado pela remição o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto. (STF. HC 98.261, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 2-3-2010, 2ª T, DJE de 23-4-2010.)

Prática de arte marcial não possibilita remição de pena

Embora a prática da capoeira sirva para reintegração do condenado ao convívio social, trata-se de arte marcial, e não de atividade estudantil ou laborativa a possibilitar a remissão da pena, nos termos do art. 126, caput, da Lei 7.210/1984 (LEP), na redação da Lei 12.433/2011. (STF. RHC 113.769, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11-9-2012, 2ª T, DJE de 24-9-2012.)

E) Indulto e comutação

Impossibilidade de se utilizar o período entre a data de publicação do decreto de indulto e a da sentença extintiva de punibilidade como detração para outros delitos

Informativo nº 577 do STJ: A concessão do indulto, pleno ou parcial, atinge a pena. Será pleno quando extinguir a pena por completo, resultando na extinção da punibilidade. E será parcial, também chamado de comutação, quando o afastamento da pena não se der por completo. No entanto, em ambos os casos, os demais efeitos penais e civis do crime permanecem inalterados. Assinale-se, ainda, que o indulto não é aplicado de forma automática. Necessita, assim, de um procedimento judicial em que o juiz da execução irá avaliar se o apenado preenche, ou não, os requisitos insculpidos no decreto presidencial. Embora haja doutrina que defenda ser meramente declaratória a decisão concessiva de indulto, os decretos presidenciais, em geral, possuem condições objetivas e subjetivas que necessitam de avaliação judicial. Nessa medida, esse trâmite processual certamente levará um espaço de tempo para ser cumprido, o que afasta a possibilidade de publicação do decreto concessivo do benefício em um dia e, já no dia seguinte, a sua aplicação no caso concreto. Assim, o indulto somente poderá produzir os seus efeitos após essa avaliação. Além disso, em regra, a concessão do indulto pressupõe a existência de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, surge a pretensão de execução da pena. Se, posteriormente, o Estado desistir de prosseguir na execução da pena, haverá, tão somente, uma interrupção do cumprimento, mas não uma inidoneidade ou desnecessidade da pena. Vale ressaltar que essa interrupção, no caso do indulto, é um ato de clemência do Estado, que só será reconhecido ao apenado após regular procedimento judicial. Portanto, até a prolação da decisão que extinguir a punibilidade do agente, a sua custódia será decorrente de uma prisão pena. A detração, por sua vez, é decorrência do princípio constitucional da não culpabilidade.

A CF estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ocorre que, mesmo antes do trânsito em julgado, em algumas situações, faz-se necessária a constrição provisória do acusado. Essa, no entanto, é uma prisão cautelar. E, por vezes, ao final do julgamento, pode ocorrer a absolvição do agente ou a prescrição da pretensão punitiva. Dessa forma, a detração visa impedir que o Estado abuse do poder-dever de punir, impondo ao agente uma fração desnecessária da pena quando houver a perda da liberdade ou 164 a internação em momento anterior à sentença condenatória. Em razão desses casos, para amenizar a situação do réu, o CP regulamentou que: “Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”. Nessa linha intelectual, a detração é uma operação matemática em que se subtrai da pena privativa de liberdade (ou medida de segurança) aplicada ao réu ao final do processo, o tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico que o sentenciado já cumpriu anteriormente. Frise-se que, em razão da equidade, admite-se a detração inclusive em processos que não guardem relação entre si, desde que a segregação indevida seja posterior ao crime em que se requer a incidência do instituto. Nestes casos, embora a prisão processual fosse necessária no momento em que foi realizada, ao final do julgamento do processo, a conduta do agente não resultou em uma punição efetiva. Dessa forma, é possível utilizar esse período para descontar a pena referente a crime praticado em data anterior. Conclui-se, portanto, que a detração é um instituto que pretende amenizar as consequências de uma custódia processual, abatendo-se da pena efetivamente aplicada o período em que o réu esteve preso por meio de medida cautelar, seja em razão de prisão provisória, prisão administrativa ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Assim, o instituto da detração não pode tangenciar o benefício do indulto porque, enquanto o período compreendido entre a publicação do Decreto Presidencial e a decisão que reconhece o indulto, decretando-se a extinção da punibilidade do agente, refere-se a uma prisão pena, a detração somente se opera em relação à medida cautelar, o que impede a sua aplicação no referido período. (STJ. REsp 1.557.408-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/2/2016, DJe 24/2/2016).

Cometimento de falta grave nos dozes meses anteriores a publicação do Decreto 8.380/2014 impede o indulto

Informativo 842 do STF: 2ª Turma. Cometimento de falta grave e indulto natalino. A Segunda Turma, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em

“*habeas corpus*” no qual se pedia a concessão de indulto, desconsiderando-se o cometimento de falta disciplinar de natureza grave. O pedido teve como base a não homologação judicial de falta grave dentro do período de doze meses anteriores à entrada em vigor do Decreto 8.380/2014, visto que a norma condiciona a concessão do benefício ao não cometimento de falta disciplinar de natureza grave nos doze meses anteriores a sua publicação (Art. 5º “A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto”). Na espécie, foi negada a concessão do indulto ao paciente em decorrência do cometimento de falta grave nos doze meses antecedentes à publicação do Decreto 8.380/2014, embora a homologação judicial da falta disciplinar tenha ocorrido em momento posterior. Na impetração, sustentava-se que o art. 5º do referido decreto condicionaria a concessão de indulto à inexistência de falta grave devidamente homologada, nos doze meses anteriores à sua publicação. Para a defesa, a interpretação conferida pelas instâncias inferiores estaria, na verdade, a exigir requisito não previsto no Decreto 8.380/2014 e, a um só tempo, contrariaria a regra da legalidade penal (CF/1988, art. 5º, XXXIX), bem como usurparia a competência discricionária e exclusiva do presidente da República para a concessão de indulto (CF/1988, art. 84, XII). 18 No caso em comento, coube à Turma decidir se, para obstar a concessão do indulto, a sanção por falta grave precisaria de fato ser homologada pela via judicial no prazo de doze meses — contados retroativamente à data de publicação do decreto —, ou se bastaria que a falta grave tivesse sido praticada nesse interstício, ainda que a homologação judicial da sanção ocorresse em momento posterior. O Colegiado deliberou que, não só em face do próprio texto legal, como também de sua “ratio”, é exigível apenas que a falta grave tenha sido cometida no prazo em questão, sendo irrelevante a data de sua homologação judicial. Entendeu, ademais, que o art. 5º do Decreto 8.380/2014 se limita a impor a homologação judicial da sanção por falta grave, não se exigindo que ela tenha sido realizada nos doze meses anteriores à sua publicação. Não bastasse isso, uma vez que se exige a realização de audiência de justificação, assegurados o contraditório e a ampla defesa, não faria sentido que a homologação judicial devesse ocorrer dentro daquele prazo, sob pena de nem sequer haver tempo hábil para a apuração

de eventual falta grave praticada em data próxima à publicação do decreto. Vencido o ministro Ricardo Lewandowski, que dava provimento ao recurso por entender que o juízo da execução deveria realizar a audiência de justificação — prevista no art. 5º do Decreto 8.380/2014 — dentro do interstício de doze meses, não se admitindo imputar uma falha do Estado ao paciente, de modo a obstar-lhe a concessão do indulto. (RHC 133443/SC, rel. min. Dias Toffoli, j. 4-10-2016.)

A regra que admita a concessão de indulto coletivo aos condenados a pena inferior a determinada quantidade de anos não pode ser interpretada de forma a permitir que também obtenham o benefício aqueles que, embora condenados a pena total superior a esse limite, tenham menos do que a quantidade indicada de pena remanescente a cumprir

Informativo nº 538 do STJ: A regra prevista no art. 1º, I, do Dec. 7.873/2012, que admite a concessão de indulto coletivo aos condenados a pena inferior a oito anos, não pode ser interpretada de forma a permitir que também obtenham o benefício aqueles que, embora condenados a pena total superior a esse limite, tenham menos de oito anos de pena remanescente a cumprir na data da publicação do referido diploma legal. De fato, o art. 1º, I, do Dec. 7.873/2012 dispõe que é concedido o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras, “condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes”. Esse dispositivo legal traz critério objetivo e de redação categórica: o paradigma para a concessão do benefício é a quantidade de pena a que o réu foi condenado, não podendo essa regra ser interpretada de forma a ser considerado o período que remanesce da pena na data da publicação do Decreto, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Tanto é assim que o referido diploma normativo é categórico ao estabelecer que, para a concessão da comutação das penas, “o cálculo será feito sobre o período de pena já cumprido até 25 de dezembro de 2012” (art. 2º, § 1º), ou seja, se fosse a intenção da Presidente da República instituir indulto considerando apenas o período remanescente, o teria feito expressamente. Precedente citado: HC 180.399-DF, Quinta Turma, DJe 1º/12/2011. HC 276.416-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/3/2014.

Período de prova do sursis não é computado como tempo de cumprimento de pena para preenchimento do requisito temporal de indulto

Informativo 792 do STF: 1ª Turma. Em razão de o “sursis” não ostentar natureza jurídica de pena, mas de medida alternativa a ela, o período de prova exigido para a obtenção desse benefício não se confunde com o requisito temporal relativo ao cumprimento de um quarto da pena privativa de liberdade para se alcançar o indulto natalino. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que se discutia a possibilidade de se computar o período de prova referente ao “sursis” como cumprimento de pena para fins de concessão de indulto. Na espécie, os incisos XIII e XIV do art. 1º do Decreto 8.172/2013 teriam reconhecido como merecedores do indulto natalino os réus condenados a pena privativa de liberdade, desde que substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP, ou ainda beneficiados com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tivessem cumprido, até 25 de dezembro de 2013, um quarto da pena, requisito temporal vinculado à pena privativa de liberdade, sem qualquer relação com o período de prova do “sursis”. O recorrente fora condenado a dois meses de prisão no regime aberto pela prática do crime de lesões corporais culposas, tipificado no art. 251 do CPM e, beneficiado com o “sursis”, tivera negado o indulto natalino pelo STJ. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso. Afirmava que, no caso do indulto, o período de prova para suspensão condicional da pena poderia ser considerado para efeito do atendimento ao requisito temporal, sob pena de um direito atribuído ao cidadão vir, em um passo seguinte, a prejudicá-lo. (RHC 128515/BA, Rel. Min. Luiz Fux, 30.6.2015.)

Informativo 808 do STF: 2ª Turma. Não é possível o cômputo do período de prova cumprido em suspensão condicional da pena para preenchimento do requisito temporal objetivo do indulto natalino. Com base nessa orientação, a Segunda Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” no qual se pleiteava tal contagem, relativamente ao cumprimento de um quarto da pena privativa de liberdade, instituído pelo art. 1º, XIII, do Decreto 8.172/2013 (“Art. 1º Concede-se indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras; ... XIII – condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro

de 2013, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes”) — v. Informativo 787. A impetrante sustentava, em suma, que o paciente reuniria todos os requisitos necessários para a fruição do benefício, porque já teria cumprido mais de um quarto do período de prova para a suspensão condicional da pena que lhe fora imposta. O Colegiado asseverou que não se poderia confundir o tempo alusivo ao período de prova, exigido para a obtenção da suspensão condicional da pena, com o requisito temporal objetivo previsto no art. 1º, XIII, do Decreto 8.172/2013, qual seja o cumprimento parcial da pena. Reiterou, assim, o que decidido no HC 117.855/SP (DJe de 19.11.2013). Vencido o Ministro Teori Zavascki, que concedia a ordem por entender que o período de prova cumprido em suspensão condicional da pena deveria ser computado como tempo de cumprimento de pena restritiva de liberdade. O Ministro Gilmar Mendes reajustou seu voto para acompanhar o voto divergente. (HC 123698/PE, rel. Min. Cármen Lúcia, 17.11.2015.)

Informativo nº 761 do STF: 1ª Turma. A 1ª Turma, por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia o cômputo do período de prova cumprido em suspensão condicional da pena para o preenchimento do requisito temporal para concessão de indulto, instituído pelo Decreto 8.172/2013. Na espécie, o réu permanecera preso provisoriamente por cinco dias até obter o benefício do “sursis” na própria sentença condenatória. A defesa insistia na possibilidade de concessão do indulto, tendo em vista que o paciente cumprira um quarto do período de prova do “sursis”. A Turma consignou que o réu não teria jus ao benefício do indulto porque não preencheria o requisito temporal objetivo para sua concessão, qual seja o cumprimento, em prisão provisória, de um sexto da pena ou, se reincidente, um quinto (Decreto 8.172/2013, art. 1º, XIV). Vencido o Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem. Destacava que o “sursis” seria uma ficção jurídica de execução da pena e que o período cumprido nesse sistema deveria ser considerado como tempo de cumprimento de pena restritiva de liberdade. HC 123381/PE, rel. Min. Rosa Weber, 30.9.2014.

Cometimento de falta grave nos dozes meses anteriores a publicação do Decreto 7.873/2012 impede a comutação

Informativo 837 do STF: 2ª Turma. A Turma não conheceu de pedido formulado em “habeas corpus” no qual pleiteada a concessão do benefício de comutação de pena concedido pelo Decreto 7.873/2012. Essa norma concede a referida benesse a determinadas pessoas, desde que observados os requisitos

nela fixados, dentre eles a exigência prevista no seu art. 4º (“A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, homologada pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto”). Na espécie, fora negado o pleito de aplicação de comutação de pena ao paciente em razão do cometimento de falta grave. Segundo afirmado pelo magistrado “a quo”, tal fato ensejaria a impossibilidade de concessão do benefício. 18 A impetração sustentava que a falta grave ocorrida em 5.11.2012 teria sido homologada apenas em 31.3.2014, portanto, em data posterior à publicação do decreto (26.12.2012). Isso, de acordo com a defesa, inviabilizaria o indeferimento da comutação de pena, porquanto não teria sido observado o período estabelecido no indigitado dispositivo do Decreto 7.873/2012, levando-se em consideração a data da homologação judicial. De início, a Turma asseverou que o “writ” em questão se voltaria contra decisão monocrática, não submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, fato que configuraria o não exaurimento da instância antecedente, a ensejar o não conhecimento do pedido (HC 118.189/MG, DJe de 24.4.2014). Contudo, caberia ao STF proceder à análise, de ofício, da questão debatida em “habeas corpus”, nos casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. No caso em comento, caberia decidir se, para obter a comutação de pena, a homologação judicial da sanção por falta grave necessariamente precisaria se verificar no prazo de 12 meses — contados retroativamente à data de publicação do decreto —, ou se seria suficiente que a falta grave tivesse sido praticada nesse interstício, ainda que a homologação judicial da sanção ocorresse em momento posterior. Não somente em face do próprio texto legal, como também de sua “ratio”, seria de se exigir apenas que a falta grave tivesse sido cometida no prazo em questão. O art. 4º do Decreto 7.873/2012 se limitaria a impor a homologação judicial da sanção por falta grave, mas não exigiria que ela tivesse que se dar nos 12 meses anteriores à sua publicação. Não bastasse isso, uma vez que se exige a realização de audiência de justificação, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, não faria sentido que a homologação judicial devesse ocorrer dentro daquele prazo, sob pena de nem sequer haver tempo hábil para a apuração de eventual falta grave praticada em data próxima à publicação do decreto. (HC 132236/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.8.2016.)

F) Medida de segurança

A imposição de medida de segurança por determinado fato não impõe a conversão, também, da pena privativa de liberdade imposta por outro crime

Informativo nº 579 do STJ: Durante o cumprimento de pena privativa de liberdade, o fato de ter sido imposta ao réu, em outra ação penal, medida de segurança referente a fato diverso não impõe a conversão da pena privativa de liberdade que estava sendo executada em medida de segurança. (STJ. HC 275.635-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 8/3/2016, DJe 15/3/2016).

Impossibilidade de cumprimento de medida de segurança em estabelecimento prisional comum

Informativo nº 753 do STF, 2ª Turma. A 2ª Turma não conheceu de “habeas corpus”, mas deferiu a ordem, de ofício, para determinar a inclusão do paciente em tratamento ambulatorial, sob a supervisão do juízo da execução criminal. No caso, a pena privativa de liberdade ao paciente (dois anos, um mês e vinte dias de reclusão) fora substituída por medida de segurança consistente em internação hospitalar ou estabelecimento similar para tratamento de dependência química pelo prazo de dois anos, e, ao seu término, pelo tratamento ambulatorial. Nada obstante, passados quase três anos do recolhimento do paciente em estabelecimento prisional, o Estado não lhe teria garantido o direito de cumprir a medida de segurança fixada pelo juízo sentenciante. A Turma destacou que estaria evidenciada situação de evidente ilegalidade, uma vez que o paciente teria permanecido custodiado por tempo superior ao que disposto pelo magistrado de 1º grau. Além disso, não teria sido submetido ao tratamento médico adequado. HC 122670/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 5.8.2014.

Informativo 522 do STJ: Quinta Turma. DIREITO PROCESSUAL PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DE MEDIDA DE SEGURANÇA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMUM. O inimputável submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não poderá cumpri-la em estabelecimento prisional comum, ainda que sob a justificativa de ausência de vagas ou falta de recursos estatais. Isso porque não pode o paciente ser submetido a situação mais gravosa do que aquela definida judicialmente. Precedentes citados: HC 211.750-SP, Sexta Turma, DJe 26/10/2011;

HC 207.019-SP, Quinta Turma, DJe 31/8/2011. HC 231.124-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/4/2013.

O tempo máximo da medida de segurança é o máximo abstrato da pena cominada ao tipo penal

O tempo máximo da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. (Súmula nº 527 do STJ)

G) Prisão domiciliar

Regime de prisão domiciliar é medida excepcional e cabível apenas quando, comprovadamente, o condenado tiver precário estado de saúde em razão de doença grave e não houver meios para tratamento médico-hospitalar no estabelecimento prisional

A execução da pena em regime de prisão domiciliar, sempre sob a imediata e direta fiscalização do magistrado competente, constitui medida excepcional, que só se justifica — especialmente quando se tratar de pessoa condenada em caráter definitivo — em situações extraordinárias, apuráveis em cada caso ocorrente, como sucede na hipótese de o sentenciado ostentar, comprovadamente, mediante laudo oficial elaborado por peritos médicos designados pela autoridade judiciária competente, precário estado de saúde, provocado por grave patologia, e o Poder Público não dispuser de meios que viabilizem pronto, adequado e efetivo tratamento médico-hospitalar no próprio estabelecimento prisional ao qual se ache recolhida a pessoa sob custódia estatal. (STF. RHC 94.358, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29-4-2008, 2ª T, DJE de 19-3-2014.)

Não havendo comprovação de que o paciente vem apresentando problemas de saúde que não possam ser tratados, de modo satisfatório, na unidade prisional em que se encontra segregado cautelarmente, impossível é o deferimento de prisão domiciliar. (STF. HC 110.563, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 28-2-2012, 2ª T, DJE de 5-6-2012.)

A execução da pena em regime de prisão domiciliar, sempre sob a imediata e direta fiscalização do magistrado competente, constitui medida excepcional, que só se justifica — especialmente quando se tratar de pessoa condenada em caráter de-

finitivo — em situações extraordinárias, apuráveis em cada caso ocorrente, como sucede na hipótese de o sentenciado ostentar, comprovadamente, mediante laudo oficial elaborado por peritos médicos designados pela autoridade judiciária competente, precário estado de saúde, provocado por grave patologia, e o Poder Público não dispuser de meios que viabilizem pronto, adequado e efetivo tratamento médico-hospitalar no próprio estabelecimento prisional ao qual se ache recolhida a pessoa sob custódia estatal. (STF. RHC 94.358, rel. min. Celso de Mello, j. 29-4-2008, 2ª T, DJE de 19-3-2014.)

A inexistência de casa de albergado na localidade não gera o reconhecimento de direito a prisão domiciliar quando o condenado estiver cumprindo a pena em local compatível com as regras do regime aberto

Informativo nº 554 do STJ: A inexistência de casa de albergado na localidade da execução da pena não gera o reconhecimento de direito ao benefício da prisão domiciliar quando o paciente estiver cumprindo a reprimenda em local compatível com as regras do regime aberto. O STJ tem admitido, excepcionalmente, a concessão da prisão domiciliar quando não houver local adequado ao regime prisional imposto. Todavia, na hipótese em que o paciente, em face da inexistência de casa de albergado, esteja cumprindo pena em local compatível com as regras do regime aberto – tendo o juízo da execução providenciado a infraestrutura necessária, atento ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade –, não se vislumbra o necessário enquadramento nas hipóteses excepcionais de concessão do regime prisional domiciliar. HC 299.315-RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 18/12/2014, DJe 2/2/2015.

A superlotação carcerária e a precariedade das condições da casa de albergado não são justificativas suficientes para autorizar o deferimento de pedido de prisão domiciliar

Informativo 520 do STJ: Quinta Turma. DIREITO PENAL. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. A superlotação carcerária e a precariedade das condições da casa de albergado não são justificativas suficientes para autorizar o deferimento de pedido de prisão domiciliar. De fato, conforme o art.

117 da LEP, somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de condenado maior de 70 (setenta) anos, condenado acometido de doença grave, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, ou condenada gestante. Além disso, cumpre ressaltar que, excepcionalmente, quando o sentenciado se encontrar cumprindo pena em estabelecimento destinado a regime mais gravoso, por inexistência de vagas no regime adequado, admite-se, provisoriamente, a concessão da prisão domiciliar. Dessa forma, não se enquadrando a situação analisada em nenhuma das hipóteses descritas, não é cabível a concessão da prisão domiciliar. Precedentes citados: AgRg no HC 258.638-RS, Quinta Turma, DJe 1º/3/2013; e HC 153.498-RS, Quinta Turma, DJe 26/4/2010. HC 240.715-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/4/2013

H) Saída temporária

Impossibilidade de delegação da concessão de saída temporária

O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional. (Súmula nº 520 do STJ).

O prazo do benefício de saída temporária é contado em dias e não em horas

Informativo 828 do STF: 2ª Turma. A contagem do prazo do benefício de saída temporária de preso é feita em dias e não em horas. Com base nessa orientação, a Segunda Turma denegou a ordem de “habeas corpus” em que se pretendia a contagem de tal benesse a partir da 00h do primeiro dia. No caso, o paciente aduzia que sua liberação apenas às doze horas do primeiro dia do benefício prejudicaria a fruição do prazo legalmente previsto de sete dias (LEP, art. 124), porque usufruiria apenas seis dias e meio de tal direito. Assim, considerava que a saída temporária não deveria se sujeitar à estrita forma de contagem do prazo prevista no art. 10 do Código Penal (“Art. 10. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”). A Turma destacou ser indevida, na ordem penal, a contagem do prazo em horas e, por isso, manteve o cômputo em forma de dias. Ademais, a se entender de forma diversa, estar-se-ia colocando em risco a segurança do estabelecimento penal, bem como a organização do sistema prisional. (HC 130883/SC, rel. Min. Dias Toffoli, j. 31.5.2016.)

I) Outros institutos

Não é possível valer-se de tempo de custódia anterior ao crime que está cumprindo pena para detração desta

Firme a jurisprudência deste STF no sentido de que “não é possível creditar-se ao réu qualquer tempo de encarceramento anterior à prática do crime que deu origem a condenação atual” (RHC 61.195, rel. min. Francisco Rezek, DJ de 23-9-1983). Não pode o paciente valer-se do período em que esteve custodiado — e posteriormente absolvido — para fins de detração da pena de crime cometido em período posterior. (STF. HC 93.979, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22-4-2008, 1ª T, DJE de 20-6-2008.)

Inviável a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (regime aberto) a pedido do sentenciado

Informativo nº 584 do STJ: Não é possível, em razão de pedido feito por condenado que sequer iniciou o cumprimento da pena, a reconversão de pena de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária (restritivas de direitos) em pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto. (STJ. REsp 1.524.484-PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17/5/2016, DJe 25/5/2016).

Não cabe habeas corpus se já extinta a pena privativa de liberdade

Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade. (Súmula nº 695 do STF)

Não cabe habeas corpus contra condenação a pena de multa

Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada. (Súmula nº 693 do STF)

Habeas corpus não é meio idôneo para impugnar impedimento de visita a preso

Informativo nº 871 do STF: Não cabe “habeas corpus” para tutelar o direito à visita em presídio. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria,

não admitiu a impetração. No caso, a paciente, possuidora de prótese metálica, requereu o direito a visita sem submeter ao detector de metais. O juízo indeferiu o pedido e esclareceu que, quando houver restrições à utilização do aparelho detector de metais, por motivo de saúde, a visita deve ser realizada no parlatório. A Turma afirmou que não há, na hipótese dos autos, restrição ao direito de liberdade. A decisão atacada tem natureza administrativa. Portanto, o “habeas corpus” não é o meio processual adequado para discutir a questão controvertida. Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), que deferiu a ordem. Consignou que o fato de a visitante ser detentora de prótese metálica não inviabiliza o direito de avistar-se com o preso. HC 128057/SP, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 1º.8.2017.

O habeas corpus não constitui meio idôneo para se discutir a legalidade da proibição de a companheira visitar o paciente preso, por inexistência de efetiva restrição ao seu status libertatis. (STF. HC 127.685, rel. min. Dias Toffoli, j. 30-6-2015, 2ª T, DJE de 21-8-2015.)

Não é cabível a impetração de habeas corpus em substituição à utilização de agravo em execução na hipótese em que não há ilegalidade manifesta relativa a matéria de direito cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória

Informativo 513 do STJ: Sexta Turma. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CABIMENTO DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. Não é cabível a impetração de habeas corpus em substituição à utilização de agravo em execução na hipótese em que não há ilegalidade manifesta relativa a matéria de direito cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Sendo assim, as hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários ou de índole extraordinária, tampouco como sucedâneo de revisão criminal. Nesse sentido, o STF, sensível a essa problemática, já tem pronunciado também a inadequação de impetrações manejadas em substituição ao recurso próprio. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita do habeas corpus, é imprescindível que haja ilegalidade manifesta relativa a matéria de direito cuja constatação seja eviden-

te e independa de qualquer análise probatória. Precedentes citados do STF: HC 109.956-PR, DJe 11/9/2012; e HC 104.045-RJ, DJe 6/9/2012. HC 238.422-BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6/12/2012.

Prisão federal: competência e prorrogação concorrente das Justiças Estadual e Federal (controvérsias devem ser resolvidas pelo STJ)

Informativo nº 738 do STF, 1ª Turma. Cabe ao Poder Judiciário verificar se o preso tem perfil apropriado para a transferência ou a permanência nos presídios federais, em controle exercido tanto pelo juiz de origem como pelo juiz federal responsável pelo presídio federal. Deferido o requerimento pelo magistrado de execução estadual, não cabe ao juiz federal exercer juízo de valor sobre a gravidade das razões do solicitante, salvo se evidenciadas condições desfavoráveis ou inviáveis da unidade prisional. Com base nessa orientação, a 1ª Turma denegou habeas corpus e confirmou acórdão do STJ, que mantivera o paciente em prisão federal. Na espécie, tratava-se de conflito de competência suscitado por magistrado estadual que, ao solicitar renovação de permanência do paciente em prisão federal, tivera o pedido indeferido por magistrado federal ao fundamento de não mais subsistirem os motivos justificadores da custódia naquele presídio. O STJ, ao solucionar a controvérsia, autorizara a renovação da permanência do preso em estabelecimento federal por mais 360 dias. A Turma destacou que se revestiriam de certa excepcionalidade a transferência e a permanência dos presos em presídios federais. Asseverou que o encarceramento em prisões federais se destinaria apenas aos presos de elevada periculosidade, cujo recolhimento condissesse com a Lei 11.671/2008 (Art. 3º. Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório). Sublinhou que os presídios federais não teriam sido criados para que as penas fossem neles integralmente cumpridas. Apontou que, a teor do art. 10 e § 1º da Lei 11.671/2008, a permanência de presos nesses estabelecimentos seria em caráter singular e por até 360 dias, prazo renovável excepcionalmente [Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado. § 1º O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência]. Esclareceu que, embora os presídios federais, de segurança máxima, tivessem caráter temporário, em caso de necessidade seria possível a prorrogação excepcionalmente, quer por fato novo, quer pela persistência das razões ensejadoras da transfe-

rência inicial. Pontuou que a justificativa baseada no interesse da segurança pública seria o perfil do preso, considerado de elevada periculosidade. Frisou que não competiria ao STF o controle dos fundamentos do acórdão atacado ao resolver o conflito de competência, mas apenas do resultado, ou seja, se justificada a permanência do paciente no presídio federal. Aduziu, ademais, que o juiz estadual teria atuado nos termos exigidos pela Lei 11.671/2008 [Art. 5º ... § 2º Instruídos os autos do processo de transferência, serão ouvidos, no prazo de 5 (cinco) dias cada, quando não requerentes, a autoridade administrativa, o Ministério Público e a defesa, bem como o Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, a quem é facultado indicar o estabelecimento penal federal mais adequado]. HC 112650/RJ, rel. Min. Rosa Weber, j. 11.3.2014.

Competência da VEC do juízo da condenação na hipótese de mudança de domicílio pelo condenado que cumpre pena restritiva de direitos ou que seja beneficiário de livramento condicional (é apenas deprecada a fiscalização da medida imposta)

PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. 1. EXECUÇÃO PENAL. JUSTIÇA FEDERAL SENTENCIANTE. JUSTIÇA ESTADUAL DO DOMICÍLIO DO RÉU. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CUMPRIMENTO NO DOMICÍLIO DO RÉU. AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DA COMPETÊNCIA. DEPRECAÇÃO DA SUPERVISÃO E ACOMPANHAMENTO. 2. RECOLHIMENTO A ESTABELECIMENTO ESTADUAL. INOCORRÊNCIA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 192/STJ. 3. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE FOZ DO IGUAÇU - SJ/PR. 1. Quanto à execução de penas restritivas de direitos, "esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que a competência para a execução penal cabe ao Juízo da condenação, sendo deprecada ao Juízo do domicílio do apenado somente a supervisão e acompanhamento do cumprimento da pena determinada, inexistindo deslocamento de competência" (CC 113.112/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP). 2. Registro que a hipótese apresentada nos presentes autos não diz respeito ao cumprimento da pena em estabelecimentos sujeitos à administração estadual, razão pela qual não há se falar em aplicação do verbete n. 192 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "compete ao juízo das execuções penais do estado a execução das penas impostas a sentenciados pela justiça federal, militar ou eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos administração estadual". (...) (STJ. CC 137899/PR, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), 3ª Seção, j. 11/03/2015, DJE 27/03/2015).

37 - Teses de arquivamento

Caráter subsidiário do Direito Penal

Não há que se substimar a natureza subsidiária, fragmentária, do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. (STF, RHC 89624/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., DJ 0/12/2006, p.511).

Atípico o fato se a preparação do flagrante torna impossível a consumação

Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. (Súmula nº145 do STF)

Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art.25 da LCP): não foi recepcionado pela Constituição Federal

A questão jurídica central trazida para exame da Corte, no presente recurso extraordinário, cinge-se a examinar se o art. 25 do DL 3.688/1941 (LCP) foi recepcionado pela CF de 1988. No caso em questão, o acusado foi condenado pela posse injustificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 da LCP), depois de condenado anteriormente pelo delito de furto, previsto no art. 155, § 4º, do CP. (...) O tipo contravencional em debate prevê um comportamento com potencialidade de lesão futura ao bem jurídico penal denominado patrimônio. Contudo, verifico que a questão que se mostra inadequada, a princípio, não é o fato de o legislador ter formulado uma presunção a respeito da periculosidade da conduta de possuir os instrumentos descritos em relação ao bem jurídico que pretende proteger (patrimônio e incolumidade pública), mas o fato de ter estabelecido condições específicas discriminatórias ao agente da infração penal. (...) ressalto que, segundo o art. 5º, caput e I, da CF, todos são iguais perante a lei, em direitos e obrigações. Assim, ainda que subjetivamente desiguais, os cidadãos merecem igual tratamento. Essa cláusula geral de isonomia perante a lei traduz-se em que não é permitido ao legislador infraconstitucional instituir condições genéricas e discriminatórias, como ocorreu na situação em apreço, ao exigir como elementar do tipo contravencional que o agente seja “mendigo” ou “vadio”. Ou seja, a lei trata de forma desigual as pessoas por sua condição econômi-

ca e social. (...) Desse modo, observo que a condição exigida pela norma de o sujeito ativo ser “conhecido como vadio ou mendigo” como necessária para configuração do tipo penal afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia (...). (...) Outra elementar da infração contravencional em apreço é a exigência de condenação anterior do sujeito ativo por crime de roubo ou furto, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada. Em outras palavras, deve o possuidor dos instrumentos específicos ou comuns para prática de crime de furto, obrigatoriamente, ter sido condenado anteriormente, por sentença transitada em julgado, pela prática de crime de furto ou roubo. (...) Não posso aceitar esse posicionamento, em razão de observar que o legislador, ao considerar a vida anteacta do agente como elementar constitutiva do tipo, considerou de maneira discriminatória que determinadas espécies de sujeitos, portadores de direitos iguais garantidos pela CF, possuem maior potencialidade de cometer novos crimes. Não entendo correto que, com base nessas condições subjetivas (condição social/econômica ou reincidência em crimes contra o patrimônio), se possa presumir que determinados agentes têm maior potencialidade de cometer a infração penal. (...) Dessa forma, a previsão de contravenção penal de posse injustificada de instrumentos de emprego usual na prática de furto por agente “depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada” se mostra atentatória aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia (...). (...) Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário por reconhecer, no acórdão recorrido, a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos arts. 1º, III; e 5º, caput e I, da CF, ante a não recepção do art. 25 do DL 3.688/1941 (LCP) pela CF de 1988. (STF. RE 583.523, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3-10-2013, P, DJE de 22-10-2014, rg.)

A contravenção pena de vias de fato se processa mediante ação penal pública condicionada à representação

“Ação penal: deve ser pública condicionada. Embora o art.17 desta Lei estabeleça que todas as contravenções proporcionam ação pública incondicionada, não há sentido algum em se manter esse dispositivo. Ocorre que a partir de 1995, com a edição da Lei 9.099, a lesão corporal simples e a lesão culposa dependem de representação da vítima para que o órgão acusatório possa atuar (ação pública condicionada). Ora, se o mais (lesão corporal) demanda a autorização do ofendido, é óbvio que o menos (vias de fato) também deve exigir representação” (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ªed. São Paulo: RT, 2011, p.178).

Exercício irregular de profissão: “flanelinha” (guardador e lavador autônomo de veículos) não configura

Lei das contravenções penais. Imputação aos pacientes da prática do delito de exercício ilegal de profissão. “Flanelinhas”. (...) A profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores está regulamentada pela Lei 6.242/1975, que determina, em seu art. 1º, que o seu exercício “depende de registro na Delegacia Regional do Trabalho competente”. Entretanto, a não observância dessa disposição legal pelos pacientes não gerou lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma bem como não revelou elevado grau de reprovabilidade, razão pela qual é aplicável à hipótese dos autos, o princípio da insignificância. (STF. HC 115.046, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19-3-2013, 2ª T, DJE de 16-8-2013)

Informativo nº 536 do STJ: O exercício, sem o preenchimento dos requisitos previstos em lei, da profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores (flanelinha) não configura a contravenção penal prevista no art. 47 do Decreto-Lei 3.688/1941 (exercício ilegal de profissão ou atividade). Consoante ensinamento doutrinário, o núcleo do tipo de exercício ilegal de profissão ou atividade busca coibir o abuso de certas pessoas, ludibriando inocentes que acreditam estar diante de profissionais habilitados, quando, na realidade, trata-se de uma simulação de atividade laboral especializada. No caso do guardador ou lavador de carros, não se pode afirmar que haja uma atividade especializada a exigir conhecimentos técnicos para a sua realização, não sendo a previsão de registro em determinado órgão, por si só, capaz de tornar a conduta penalmente relevante. Precedentes citados do STJ: HC 273.692-MG, Quinta Turma, DJe 2/10/2013; HC 190.186-RS, Quinta Turma, DJe 14/6/2013. Precedente citado do STF: HC 115.046, Segunda Turma, DJe 16/8/2013. RHC 36.280-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/2/2014.

Aplicabilidade do princípio da insignificância

“O princípio da insignificância, defendido por Claus Roxin, tem por finalidade auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer excluir do âmbito de incidência da lei aquelas situações consideradas como de bagatela.” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. V. 1. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.115)

“Através do princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma mínima non cura praeter, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omis-

sões que afetem muito infimamente um bem jurídico-penal.” (PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. 4ªed. São Paulo: RT, 2007, p.33)

“Com relação à insignificância (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como ultima ratio nos sistema punitivo, não deve se ocupar de bagatelas.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.167).

“Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.” (TOLEDO, Franciso de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.133)

Furto: Princípio da insignificância para casos de mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. O princípio da insignificância -que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada

- apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR".- 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. (STF, HC 84412-SP, Min. Celso de Mello, - São Paulo, DJU 19.11.2004, pág. 37, RT 94/ 834).

Informativo nº 540 do STJ: Aplica-se o princípio da insignificância à conduta formalmente tipificada como furto consistente na subtração, por réu primário, de bijuterias avaliadas em R\$ 40 pertencentes a estabelecimento comercial e restituídas posteriormente à vítima. De início, há possibilidade de, a despeito da subsunção formal de um tipo penal a uma conduta humana, concluir-se pela atipicidade material da conduta, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do comportamento verificado. Vale lembrar que, em atenção aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, o Direito Penal apenas deve ser utilizado contra ofensas intoleráveis a determinados bens jurídicos e nos casos em que os demais ramos do Direito não se mostrem suficientes para protegê-los. Dessa forma, entende-se que o Direito penal não deve ocupar-se de bagatelas. Nesse contexto, para que o magistrado possa decidir sobre a aplicação do princípio da insignificância, faz-se necessária a ponderação do conjunto de circunstâncias que rodeiam a ação do agente para verificar se a conduta formalmente descrita no tipo penal afeta substancialmente o bem jurídico tutelado. Nessa análise, no crime de furto, avalia-se notadamente: a) o valor do bem ou dos bens furtados; b) a situação econômica da vítima; c) as circunstâncias em que o crime foi perpetrado, é dizer, se foi de dia ou durante o repouso noturno, se teve o concurso de terceira pessoa, sobretudo adolescente, se rompeu obstáculo de considerável valor para a subtração da coisa, se abusou da confiança da vítima etc.; e d) a personalidade e as condições pessoais do agente, notadamente se demonstra fazer da subtração de coisas alheias um meio ou estilo de vida, com sucessivas ocorrên-

cias (reincidente ou não). Assim, caso seja verificada a inexpressividade do comportamento do agente, fica afastada a intervenção do Direito Penal. Precedentes citados do STJ: AgRg no REsp 1.400.317-MG, Sexta Turma, DJe 13/12/2013; HC 208.770-RJ, Sexta Turma, DJe 12/12/2013. Precedentes citados do STF: HC 115.246-MG, Segunda Turma, DJe 26/6/2013; HC 109.134-RS, Segunda Turma, DJe 1º/3/2012. HC 208.569-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 22/4/2014.

Furto: Princípio da insignificância é aplicável quando há antecedentes, não há vínculo entre as infrações e o valor é ínfimo

Furto (art. 155, § 4º, IV, do CP). Bens de pequeno valor (sucata de peças automotivas, avaliadas em R\$ 4,00). Condenação à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão. Registro de antecedentes criminais (homicídio). Ausência de vínculo entre as infrações. Não caracterização da reincidência específica. Aplicação do princípio da bagatela. Possibilidade. Precedentes. Peculiaridades do caso. Reconhecida a atipicidade da conduta. Ordem concedida para trancar a ação penal na origem, ante a aplicação do princípio da insignificância. (STF HC 126.866, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2-6-2015, 2ª T, DJE de 22-6-2015)

Furto: Possibilidade de aplicação excepcional do princípio da insignificância para agente reincidente

PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 155, CAPUT, COMBINADO COM O ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I - O paciente foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 155, § 4º, II, combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal, pela tentativa de subtrair 12 barras de chocolate de um supermercado, avaliadas num total de R\$ 54,28 (cinquenta e quatro reais e vinte e oito centavos). II - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação de certos requisitos de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva. III - Assim, ainda que constem nos autos registros anteriores da prática de delitos, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal ao caso concreto, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Possibilidade da aplicação

do princípio da insignificância. Precedente. IV - Ordem concedida, para trancar a ação penal. (STF. HC 137.422, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28-03-2017, 2ª T, DJe 05-04-2017)

Informativo nº 756 do STF: 2ª Turma. A 2ª Turma concedeu “habeas corpus” para restabelecer sentença de primeiro grau, na parte em que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância e absolvera o ora paciente da imputação de furto (CP, art. 155). Na espécie, ele fora condenado pela subtração de um engarrafado com 23 garrafas de cerveja e seis de refrigerante — todos vazios, avaliados em R\$ 16,00 —, haja vista que o tribunal de justiça local afastara a incidência do princípio da bagatela em virtude de anterior condenação, com trânsito em julgado, pela prática de lesão corporal (CP, art. 129). A Turma, de início, reafirmou a jurisprudência do STF na matéria para consignar que a averiguação do princípio da insignificância dependeria de um juízo de tipicidade conglobante. Considerou, então, que seria inegável a presença, no caso, dos requisitos para aplicação do referido postulado: mínima ofensividade da conduta; ausência de periculosidade social da ação; reduzida reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica. Afirmou, ademais, que, considerada a teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal (a exemplo da lesão corporal) não poderia ser valorada como fator impeditivo à aplicação do princípio da insignificância, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia. HC 114723/MG, rel. Min. Teori Zavascki, 26.8.2014.

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. 1. A ausência de critérios claros quanto ao princípio da insignificância gera o risco de casuísmos, prejudica a uniformização da jurisprudência e agrava a já precária situação do sistema carcerário – que, de maneira geral, está superlotado e oferece condições degradantes. 2. O princípio da insignificância, em caso de furto, exclui a tipicidade material nas hipóteses em que não se identifique relevante desvalor da ação e/ou do resultado, embora a conduta seja formalmente típica. 3. A jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal tem afastado a incidência do princípio da insignificância nos casos de reincidência e de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º). 4. A circunstância de se tratar de réu reincidente ou de furto qualificado não deve, por si só, impedir a aplicação do princípio da insignificância, cujo afastamento deve ser objeto de motivação específica à luz das circunstâncias do caso (e.g., número de reincidências, especial reprovabilidade decorrente de qualificadoras etc.). 5. De todo modo, a caracteri-

zação da reincidência múltipla, para fins de afastamento do princípio da insignificância, exige a ocorrência de trânsito em julgado de decisões condenatórias anteriores, que devem ser referentes a crimes da mesma espécie. 6. Mesmo quando se afaste a insignificância por força da reincidência ou da qualificação do furto, o encarceramento do agente, como regra, constituirá sanção desproporcional, por inadequada, excessiva e geradora de malefícios superiores aos benéficos. 7. Como consequência, deve ser fixado regime inicial aberto domiciliar, substituindo-se, como regra, a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo em se tratando de réu reincidente, admitida a regressão em caso de inobservância das condições impostas. Interpretação conforme a Constituição do Código Penal (arts. 33, § 2º, c; 44, II, III e § 3º) e da Lei de Execução Penal (art. 117). 8. No caso concreto, trata-se de furto simples de um par de sandálias, avaliado em R\$ 16,00 (dezesesseis reais), por réu com duas condenações anteriores transitadas em julgado por crime de furto, o que não é capaz de afastar a aplicação do princípio da insignificância. 9. Ordem concedida para considerar atípica a conduta do paciente. (STF. HC nº 123.108/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j.17/02/2017, public. 13/03/2017.

Informativo nº 548 do STJ: Aplica-se o princípio da insignificância à conduta formalmente tipificada como furto tentado consistente na tentativa de subtração de chocolates, avaliados em R\$ 28,00, pertencentes a um supermercado e integralmente recuperados, ainda que o réu tenha, em seus antecedentes criminais, registro de uma condenação transitada em julgado pela prática de crime da mesma natureza. A intervenção do Direito Penal há de ficar reservada para os casos realmente necessários. Para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Todas as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas, como, por exemplo, o grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o valor do objeto, a restituição do bem, a repercussão econômica para a vítima, a premeditação, a ausência de violência e o tempo do agente na prisão pela conduta. Nem a reincidência nem a reiteração criminosa, tampouco a habitualidade delitiva, são suficientes, por si sós e isoladamente, para afastar a aplicação do denominado princípio da insignificância. Nesse contexto, não obstante a certidão de antecedentes criminais indicar uma condenação transitada em julgado em crime de mesma natureza, na situação em análise, a conduta do réu não traduz lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado. Ademais, há de se ressaltar que o mencionado princípio não fomenta a atividade criminosa. São outros e mais complexos fatores que, na verdade, têm instigado a prática delitiva na sociedade moderna. HC 299.185-SP,

Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 9/9/2014.

Furto: Estado de necessidade é aplicável no caso de furto famélico mesmo que reincidente

Tentativa de furto. Art. 155, caput, c/c art. 14, II, do CP. Reincidência. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Furto famélico. Estado de necessidade × inexigibilidade de conduta diversa. Situação de necessidade presumida. Atipicidade da conduta. (STF. HC 119.672, rel. min. Luiz Fux, j. 6-5-2014, 1ª T, DJE de 3-6-2014.)

Apropriação indébita: a existência de acordo cível que coloca fim a pendência sobre ausência de repasse de valores pelo advogado a cliente acarreta ausência de justa causa para ação penal pelo crime de apropriação indébita

Informativo 793 do STF: 1ª Turma. A Primeira Turma deu provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” para trancar ação penal por falta de justa causa. No caso, a paciente fora denunciada, em setembro de 2013, por não ter entregado ao seu constituinte valor resultante de reclamação trabalhista. Na denúncia, consignara-se que o prejudicado provocara a instauração de procedimento disciplinar perante a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Ocorre que, no juizado especial cível, houvera acordo e a recorrente, então ré, assumira a obrigação de realizar o pagamento. O magistrado determinara que se oficiasse à delegacia de polícia, onde apresentada a notícia do crime de apropriação indébita, sobre o referido ajuste. A Turma salientou que o acordo firmado no juízo cível que colocara fim à pendência ocorrera em novembro de 2012 e que a denúncia fora formalizada quase um ano após. Assim, não houvera a indispensável comunicação, sendo o Judiciário acionado pelo Ministério Público. A excepcionalidade da situação seria suficiente para se trancar a ação penal. Consignou, ainda, que a relação jurídica cível repercutira, inclusive, sobre cobrança junto ao juizado especial. Ademais, o acerto de contas teria se dado em data anterior à propositura da ação penal. (RHC 125283/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 4.8.2015.)

Crime contra a fé pública: Falso grosseiro não configura

Para a configuração do delito descrito pelo art. 297 do CP, mister se faz que a falsificação seja capaz de enganar certo número de pessoas, de causar prejuízo a outrem. Logo, o chamado ‘falso grosseiro’ – que não possui capacidade de iludir

o homem médio – não traz perigo algum à fé pública, descaracterizando o crime de falso e, por conseguinte, o de uso de documento falso. (TJ/SP. 3.º Gr. Câmara. Crim. Rev 346.310.3/0, Rel. Gomes de Amorim, j. 01.04.2004).

Crime contra a fé pública: Falso inócuo não configura

“No entanto, nem todo documento forjado pelo agente, por exemplo, poderá se amoldar ao conceito de documento exigido pelo tipo penal. Assim, aquelas criações que não tenham a menor relevância jurídica devem ser afastadas desse conceito, em virtude da ausência de potencialidade lesiva, pois, conforme adverte Cezar Roberto Bitencourt, “a falsidade em documento particular é de natureza material, não podendo, por conseguinte, ser objeto do crime documento juridicamente inócuo, ou seja, alheio à prova de qualquer direito ou obrigação.” (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p.839).

Crime contra a fé pública: cópia não autenticada não configura

HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. FOTOCÓPIA NÃO AUTENTICADA. CONDUITA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A utilização de fotocópia não autenticada afasta a tipicidade do crime de uso de documento falso, por não possuir potencialidade lesiva apta a causar dano à fé pública. 2. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça. 3. Habeas corpus concedido. (STJ. HC 127.820/AL, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), 6ª Tj. 25/05/2010, DJe 28/06/2010)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304, DO CP. FOTOCÓPIA NÃO AUTENTICADA. A utilização de cópia reprográfica sem autenticação não pode ser objeto material de crime de uso de documento falso (Precedentes do STJ). Writ concedido. (STJ. HC 33.538, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, j. 02/06/2005, DJ 29/08/2005)

Crimes contra a fé pública: Atipicidade da mera declaração falsa de estado de pobreza realizada com o intuito de obter os benefícios da justiça gratuita

Informativo nº 546 do STJ: É atípica a mera declaração falsa de estado de pobreza realizada com o intuito de obter os benefícios da justiça gratuita. O art. 4º

da Lei 1.060/1950 dispõe que a sanção aplicada àquele que apresenta falsa declaração de hipossuficiência é meramente econômica, sem previsão de sanção penal. Além disso, tanto a jurisprudência do STJ e do STF quanto a doutrina entendem que a mera declaração de hipossuficiência inidônea não pode ser considerada documento para fins penais. Precedentes citados do STJ: HC 218.570-SP, Sexta Turma, DJe 5/3/2012; HC 217.657-SP, Sexta Turma, DJe 22/2/2012; e HC 105.592-RJ, Quinta Turma, DJe 19/4/2010. Precedente citado do STF: HC 85.976-MT, Segunda Turma, DJ 24/2/2006. HC 261.074-MS, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), j. 5/8/2014.

Crimes contra a fé pública: Atipicidade da conduta de falsear os dados de currículo Lattes

Informativo nº 610 do STJ: A plataforma Lattes é virtual e nela o usuário, mediante imposição do "login" e senha, insere as informações. Não se trata de um escrito palpável, ou seja, um papel do mundo real, mas de uma página em um sítio eletrônico. Nesse sentido, embora possa existir "documento eletrônico", não está ele presente no caso concreto, porquanto somente pode ser assim denominado aquele constante de página ou sítio na rede mundial de computadores que possa ter sua autenticidade aferida por assinatura digital. A regulamentação que garante a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica se dá pela Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) e a responsabilidade por essa base é da Autorquia Federal, o ITI – Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, ligado à Presidência da República. Reitere-se que, na hipótese, não se pode ter como documento o currículo inserido na plataforma virtual Lattes do CNPq, porque desprovido de assinatura digital e, pois, sem validade jurídica. Mas ainda que pudesse ser considerada a sua validade, para fins penais, tem-se que, como qualquer currículo, seja clássico (papel escrito) ou digital, o Currículo Lattes é passível de averiguação, ou seja, as informações nele contidas deverão ser objeto de aferição por quem nelas tem interesse, o que denota atipicidade. Nesse sentido, a doutrina afirma que "havendo necessidade de comprovação - objetiva e concomitante -, pela autoridade, da autenticidade da declaração, não se configura o crime, caso ela seja falsa ou, de algum modo, dissociada da realidade". RHC 81.451-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j. 22/8/2017, DJe 31/8/2017.

Falso testemunho: não configuração quando o agente não tem intenção de lubrificar a Justiça

“o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de prejudicar a correta distribuição da justiça. Por isso, não há viabilidade para a punição daquele que afirmou uma inverdade, embora sem a intenção de prejudicar alguém no processo. Ex: sem ter a certeza da ocorrência de determinado fato, a testemunha termina afirmando a sua existência, confiando na sua memória, em verdade lacunosa. Não tendo havido vontade específica de prejudicar a administração da justiça, o crime não se configura” (NUC-CI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 1065)

Desobediência: Indispensável que a ordem seja dirigida a quem tem o dever de cumpri-la e que tenha deliberada intenção de descumpri-la

O crime de desobediência se configura quando demonstrada a clara intenção do agente de não cumprir ordem emanada da autoridade pública. Para a configuração do delito, é insuficiente que a ordem não seja cumprida, sendo necessário que tenha sido endereçada diretamente a quem tem o dever de cumpri-la e que este, com vontade específica de contrariar, desatenda ao comando. No caso dos autos, ficou demonstrado que o réu não foi responsável pelo descumprimento da ordem judicial, inexistindo, ademais, qualquer proceder doloso no fato ocorrido. (STF. AP 633 Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24-10-2013, P, DJE de 21-2-2014)

Desobediência: Não cumprimento de ordem sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal, é conduta atípica

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. Hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no CTB como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, art. 238). (STF. HC 88.452, rel. min. Eros Grau, j. 2-5-2006, 2ª T, DJ de 19-5-2006.)

Desobediência: não configuração no caso de desrespeito a medida protetiva

DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. LEI MARIA DA PENHA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE (RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL). AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Ressalvado o meu posicionamento a respeito do tema, ambas as Turmas Criminais deste Tribunal Superior entendem que o descumprimento de medida protetiva de urgência não configura o crime de desobediência, em face da existência de outras sanções previstas no ordenamento jurídico para a hipótese. 2. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no HC 305448/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 30/06/2015, DJE 03/08/2015)

Desobediência: Atipicidade da conduta do descumprimento de ordem judicial no caso de fixação de multa diária pelo não cumprimento

Não se reveste de tipicidade penal — descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) — a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária (astreinte) fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência. (STF. HC 86.254, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25-10-2005, 2ª T, DJ de 10-3-2006.)

Denúnciação caluniosa: Indispensável o dolo direto na conduta do agente

A acusação por crime de denúnciação caluniosa deve conter um lastro probatório mínimo, no sentido de demonstrar que a instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa teve por única motivação o interesse de atribuir crime a uma pessoa que se sabe ser inocente. (STF. RHC 85.023, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8-5-2007, 2ª T, DJE de 1º-2-2008)

O crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP) exige, para sua configuração, que o agente tenha dolo direto de imputar a outrem, que efetivamente sabe ser inocente, a prática de fato definido como crime, não se adequando ao tipo penal a conduta daquele que vivencia uma situação conflituosa e reporta-se à autoridade competente para dar o seu relato sobre os acontecimentos. (Inq 3.133, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5-8-2014, 1ª T, DJE de 11-9-2014)

Coação no curso do processo: O simples contato de familiares do acusado e testemunhas arroladas não caracteriza coação no curso do processo

Não configura crime de coação no curso do processo o simples contato de familiares do réu com testemunhas arroladas no processo criminal, inexistindo violência ou grave ameaça, sobretudo quando a testemunha rejeita, expressamente, ter-se sentido ameaçada. (STF HC 87.711, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8-9-2009, 2ª T, DJE de 16-10-2009.)

Desacato: a mera reação indignada do cidadão não configura

PENAL. DESACATO. AÇÃO PENAL TRANCAMENTO. TIPICIDADE. HABEAS CORPUS. RECURSO. 1. A reação indignada do cidadão em repartição pública onde esbarra com intolerância de servidor com quem discute não configura desacato. (CP, Art. 331). 2. Um Estado pode ser eficiente ou não dependendo do nível de cidadania dos que pagam impostos. Pagar impostos e conformar-se, aceitando as coisas como sempre estão, em suas mesmices, implica em aumentar o poder dos mandantes e seus mandados, ampliando-se a arrogância entre todos de todas as esferas da administração. 3. Contra a má prestação de serviços públicos em quaisquer de suas formas, quaisquer que sejam os agentes estatais, resta ao contribuinte a indignação. Só pela indignação, pela denúncia, será possível repor o Estado brasileiro na compatibilidade da Constituição e das Leis, resgatando-se em favor dos pagadores de impostos a verdadeira cidadania. 4. Recurso conhecido e provido para trancar a Ação Penal. (STJ, RHC 9.615/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T, j. 8/8/2000, DJ 25/9/2000).

Configura exercício arbitrário das próprias razões e não furto a conduta de prostituta que subtrai algo de seu cliente que não pagou o programa

Informativo nº 584 do STJ: Ajusta-se à figura típica prevista no art. 345 do CP (exercício arbitrário das próprias razões) – e não à prevista no art. 157 do CP

(roubo) – a conduta da prostituta maior de dezoito anos e não vulnerável que, ante a falta do pagamento ajustado com o cliente pelo serviço sexual prestado, considerando estar exercendo pretensão legítima, arrancou um cordão com pingente folheado a ouro do pescoço dele como forma de pagamento pelo serviço sexual praticado mediante livre disposição de vontade dos participantes e desprovido de violência não consentida ou grave ameaça. (STJ. HC 211.888-TO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 17/5/2016, DJe 7/6/2016).

Crimes de Trânsito: Atípica conduta de dirigir sem habilitação em via terrestre e sem gerar perigo de dano

O art. 309 do CTB, que reclama decorra do fato perigo de dano, derogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres. (Súmula nº 720 do STF)

Crimes de Trânsito: Crime de dirigir sem habilitação (art.309 do CTB) causando perigo de dano é absorvido pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art.303 do CTB)

Informativo 796 do STF: 2ª Turma. A Segunda Turma concedeu a ordem de “habeas corpus” para restabelecer a decisão de 1º grau que rejeitara a denúncia quanto ao crime de dirigir sem habilitação. No caso, o paciente teria sido denunciado pela suposta prática do delito em comento (CTB, art. 309), uma vez que, ao conduzir automóvel em via pública sem documento, colidira com outro automóvel, causando lesões em passageiros de seu veículo. O juízo entendera que o delito do art. 309 do CTB teria sido absorvido pela conduta de praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, tipificada no art. 303 do CTB, crime de ação pública condicionada à representação, que não fora formalizada no caso concreto, o que teria dado ensejo à extinção da punibilidade. Em seguida, a apelação interposta pelo Ministério Público fora provida para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito referente ao crime de dirigir sem habilitação, decisão que fora mantida pelo STJ. A Turma consignou que o crime de dirigir sem habilitação seria absorvido pelo delito de lesão corporal culposa em direta aplicação do princípio da consunção. Isso porque, de acordo com o CTB, já seria causa de aumento de pena para o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor o fato de o agente não possuir permissão para dirigir ou carteira de

habilitação. Assim, em decorrência da vedação de “bis in idem”, não se poderia admitir que o mesmo fato fosse atribuído ao paciente como crime autônomo e, simultaneamente, como causa especial de aumento de pena. Além disso, o crime do art. 303 do CTB, imputado ao paciente, seria de ação pública condicionada à representação, que, como se inferiria da 132 própria nomenclatura, só poderia ser perseguido mediante a representação do ofendido. Diante da ausência de representação, seria imperativo reconhecer a extinção da punibilidade do crime de dirigir sem habilitação. (HC 128921/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.8.2015.)

Por meio do disposto no art. 309 do CTB, pretendeu o legislador punir não apenas o fato de dirigir sem habilitação, mas também a efetivação por parte do agente do perigo de dano, que, no caso, foi produzido pelo agente quando, ao conduzir veículo sem estar habilitado, causou lesão corporal culposa em terceiro (art. 303, parágrafo único, do CTB). Extinta a punibilidade em face da renúncia expressa da vítima ao direito de representar contra o paciente pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo, qualificada pela falta de habilitação, configurou-se constrangimento ilegal a continuidade da persecução criminal instaurada contra ele pelo crime menos grave de direção inabilitada, absorvido que fora por aquele, de maior gravidade. Entendimento assentado pela Primeira Turma no HC 80.041, rel. min. Octavio Gallotti. (STF. HC 80.422 Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 28-11-2000, 1ª T, DJ de 2-3-2001)

Crimes de Trânsito: Trafegar na contramão próximos aos locais previstos no artigo 311, por si só, não caracteriza o crime

O ato de trafegar na contramão não está compreendido pela norma do art. 311 da Lei 9.503/1997 — CTB. (STF. HC 86.538, rel. min. Marco Aurélio, j. 25-10-2005, 1ª T, DJ de 16-12-2005.)

Crimes de Trânsito: inconstitucionalidade do crime previsto no art.305 do CTB (fuga do local do acidente)

Incidente de inconstitucionalidade (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482). Código de Trânsito Brasileiro, art. 305 - fuga à responsabilidade penal e civil. Tipo penal que viola o art. 5.º, LXIII - garantia de não autoincriminação. Extensão da garantia a qualquer pessoa, e não exclusivamente ao preso e ao acusado, segundo orientação do STF. Imposição do tipo penal que acarreta a autoincriminação, preven-

do sanção restritiva da liberdade, inclusive para a responsabilidade civil. Inconstitucionalidade reconhecida. Incidente acolhido. É inconstitucional por violar o art. 5.º, LXIII, da Constituição Federal, o tipo penal previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro. (TJ/SP. Órgão Especial, Arguição de Inconstitucionalidade 990.10.159020-4, rel. designado des. Boris Kauffmann, 14.07.2010, m. v.).

“Trata-se do delito de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contrária, frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – nemo tenetur se detegere (...). Inexiste razão plausível para obrigar alguém a autoacusar, permanecendo no lugar do crime, para sofrer as consequências penais e civis do que provocou. Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o art. 305 da Lei 9.503/97.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010, p.1250).

Crimes Ambientais: Aplicável excepcionalmente o princípio da insignificância no crime de pesca em quantidade superior a permitida ou utilização de formas não permitidas, à luz das circunstâncias do caso

Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/2002 do Ibama. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/1998. Rei furtivae de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. (...) Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (STF. HC 112.563, rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso, j. 21-8-2012, 2ª T, DJE de 10-12-2012.)

Informativo nº 602 do STJ: A controvérsia gira em torno da aplicação do princípio da insignificância à conduta de pescador que, ao retirar espécime do rio, não concretiza a pesca, pois realiza a devolução do peixe ainda vivo ao seu habitat. Sobre o tema, é cediço que a atipicidade material, no plano do princípio da insignificância, pressupõe a concomitância de mínima ofensividade da conduta, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Ademais, é entendimento desta Corte que somente haverá lesão ambiental irrelevante no sentido penal quando a avaliação dos índices de desvalor da ação e do resultado indicar que é ínfimo o grau da lesividade da

conduta praticada contra o bem ambiental tutelado, isto porque não se deve considerar apenas questões jurídicas ou a dimensão econômica da conduta, mas deve-se levar em conta o equilíbrio ecológico que faz possíveis as condições de vida no planeta. Nesse sentido: HC 242.132-PR, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 4/8/2014. Desse modo, tem-se que a devolução do peixe vivo ao rio demonstra a mínima ofensividade ao meio ambiente, circunstância registrada no "Relatório de Fiscalização firmado pelo ICMBio [em que] foi informado que a gravidade do dano foi leve, além do crime não ter sido cometido atingindo espécies ameaçadas". Outrossim, os instrumentos utilizados – vara de molinete com carretilha, linhas e isopor –, são de uso permitido e não configuram profissionalismo, contrariamente, demonstram o amadorismo do denunciado. Assim sendo, na ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verifica-se a atipicidade da conduta. REsp 1.409.051-SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, v.u., j. 20/4/2017, DJe 28/4/2017.

Crime eleitoral: não configuração de crime contra a honra no caso de críticas incisivas em meio a debate

Qualificação teórica como delitos eleitorais. Arts. 325 e 326 do Código Eleitoral. Atipicidade dos fatos. (...) Não se tipifica crime eleitoral contra a honra, quando expressões tidas por ofensivas se situam nos limites das críticas toleráveis no jogo político e ocorrem entre candidatos durante debate caloroso pela televisão. (STF. Inq 2.431, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 21-6-2007, P, DJE de 24-8-2007)

Crimes Eleitorais: desobediência a ordem geral e abstrata não configura crime

Informativo 781 do STF: 2ª Turma. Para configuração do crime de desobediência eleitoral, previsto no art. 347 do Código Eleitoral (“Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução”) é necessária a demonstração da ciência do agente em relação à ordem tida por descumprida, e que esta seja emitida de forma direta e individualizada. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Teori Zavascki (relator) e absolveu sumariamente acusado da prática do referido delito, aplicado o quanto disposto no art. 397, III, do CPP (“Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando

verificar: ... III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime”). A Turma afirmou que a ordem supostamente descumprida na hipótese — a não realização de carreatas ou passeatas eleitorais em determinado local — não teria sido dirigida especificamente ao ora acusado, mas a todos os candidatos, partidos, coligações e cidadãos, mediante encaminhamento de ofício-circular pelo juiz eleitoral. Entretanto, para configuração do crime de desobediência eleitoral seria necessário que a ordem tida por descumprida fosse direta e individualizada ao agente, o que, como visto, não teria ocorrido, tendo em conta o caráter geral e abstrato da referida orientação da Justiça Eleitoral. Por outro lado, não haveria nos autos elementos mínimos e suficientes a indicar que o acusado tivesse ciência do ofício-circular elaborado pelo juiz eleitoral e que o teria deliberadamente descumprido. Nesse contexto, verificar-se-ia a ausência do elemento subjetivo do tipo, no caso, o dolo. (AP 904/RO, rel. Min. Teori Zavascki, j. 14.4.2015.)

Estatuto do Desarmamento: atipicidade da conduta de se a arma de fogo for ineficaz

Informativo nº 570 do STJ: Demonstrada por laudo pericial a total ineficácia da arma de fogo e das munições apreendidas, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta do agente que detinha a posse do referido artefato e das aludidas munições de uso proibido, sem autorização e em desacordo com a determinação legal/regulamentar. Inicialmente, convém destacar que a Terceira Seção do STJ pacificou entendimento no sentido de que o tipo penal de posse ou porte ilegal de arma de fogo é delito de mera conduta ou de perigo abstrato, sendo irrelevante a demonstração de seu efetivo caráter ofensivo e, assim, desnecessária a realização de laudo pericial para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo ou da munição apreendida (EREsp 1.005.300-RS, DJe 19/12/2013). Contudo, se tiver sido realizado laudo técnico na arma de fogo e este tiver apontado a total ineficácia do artefato, descartando, por completo, a sua potencialidade lesiva e, ainda, consignado que as munições apreendidas estavam percutidas e deflagradas, a aplicação da jurisprudência supramencionada deve ser afastada. Isso porque, nos termos do que foi proferido no AgRg no HC 149.191-RS (Sexta Turma, DJe 17/5/2010), arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Em outras palavras, uma arma desmuniçada em conjunto com munição torna-se apta a realizar disparos; entretanto, uma arma ineficaz, danificada, quebrada, em contato com munição, não poderá produzir disparos, não passando, portanto, de um mero pedaço de metal. Registre-se que a particularidade da ineficácia da arma (e das munições) não se confunde, à toda evidência, com o caso

de arma sem munição. A par disso, verifica-se que, à luz do Direito Penal do fato e da culpa, iluminado pelo princípio da ofensividade, não há afetação do bem jurídico denominado incolumidade pública que, segundo a doutrina, compreende o complexo de bens e interesses relativos à vida, à integridade corpórea e à saúde de todos e de cada um dos indivíduos que compõem a sociedade. Nessa ordem de ideias, a Quinta Turma do STJ (AgRg no AREsp 397.473-DF, DJe 25/08/2014), ao enfrentar situação fática similar – porte de arma de fogo periciada e totalmente ineficiente – asseverou que o objeto apreendido não se enquadrava no conceito técnico de arma de fogo, razão pela qual considerou descaracterizado o crime de porte ilegal de arma de fogo. De modo semelhante, embora pacífico que a incidência da causa de aumento de pena pelo uso de arma de fogo no delito de roubo dispensa a sua apreensão e perícia, as Turmas de Direito Penal do STJ consolidaram entendimento no sentido de que, caso atestada a ineficácia e inaptidão da arma, torna-se incabível a aplicação da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP. Desse modo, conclui-se que arma de fogo pressupõe artefato destinado e capaz de ferir ou matar, de maneira que deve ser reconhecida a atipicidade da conduta de possuir munições deflagradas e percutidas, bem como arma de fogo inapta a disparar, ante a ausência de potencialidade lesiva, tratando-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio. (REsp 1.451.397-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/9/2015, DJe 1º/10/2015).

Estatuto do Desarmamento: munição utilizada como pingente não é fato típico

Informativo 826 do STF: 2ª Turma. É atípica a conduta daquele que porta, na forma de pingente, munição desacompanhada de arma. Com base nessa orientação, a Segunda Turma concedeu a ordem em “habeas corpus” para restabelecer a decisão de tribunal local que absolvera o paciente. Na espécie, o paciente portava — como pingente — munição de uso proibido sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Lei 10.826/2003, art. 16, “caput”). Condenado em primeira instância à pena de três anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos, fora absolvido pelo tribunal local. Segundo a Corte estadual, a conduta imputada ao 14 sentenciado não representava qualquer perigo de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, “caput”, da Lei 10.826/2003. A condenação fora restabelecida pelo STJ para afastar a atipicidade da conduta, objeto do presente “habeas”. A Turma apontou que, no caso concreto, o comportamento do paciente não oferecera perigo, abstrato ou concreto. (HC 133984, Rel. Min. Cármen Lúcia, 17.5.2016.)

Estatuto do Desarmamento: atipicidade da conduta de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido com registro vencido

Informativo nº 572 do STJ: Manter sob guarda, no interior de sua residência, arma de fogo de uso permitido com registro vencido não configura o crime do art. 12 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). O art. 12 do Estatuto do Desarmamento afirma que é objetivamente típico possuir ou manter sob guarda arma de fogo de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de residência. Entretanto, relativamente ao elemento subjetivo, não há dolo do agente que procede ao registro e, depois de expirado prazo, é apanhado com a arma nessa circunstância. Trata-se de uma irregularidade administrativa; do contrário, todos aqueles que porventura tiverem deixado expirar prazo semelhante terão necessariamente de responder pelo crime, o que é absolutamente desproporcional. Avulta aqui o caráter subsidiário e de ultima ratio do direito penal. Na hipótese, além de se afastar da teleologia do objeto jurídico protegido, a saber, a administração e, reflexamente, a segurança e a paz pública (crime de perigo abstrato), banaliza-se a criminalização de uma conduta em que o agente já fez o mais importante, que é apor seu nome em um registro de armamento, possibilitando o controle de sua circulação. Precedente citado: (HC 294.078-SP, Quinta Turma, DJe 4/9/2014. APn 686-AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 21/10/2015, DJe 29/10/2015).

Exercício ilegal de medicina: atipicidade penal do exercício da acupuntura

Informativo nº 578 do STJ: O exercício da acupuntura não configura o delito previsto no art. 282 do CP (exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica). (STJ. RHC 66.641-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 3/3/2016, DJe 10/3/2016)

Crime contra a relação de consumo: necessidade de perícia para demonstrar que a mercadoria está imprópria para o consumo (artigo 7º, IX, da Lei 8.137/1990)

Habeas corpus. Crime contra as relações de consumo. Fabricação e depósito de produto em condições impróprias para consumo. Inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/1990, c/c o inciso II do § 6º do art. 18 da Lei 8.078/1990. Configuração do delito. Crime

formal. Prescindibilidade da comprovação da efetiva nocividade do produto. Reajustamento de voto. Necessidade de demonstração inequívoca da impropriedade do produto para o uso. Independência das instâncias penal e administrativa. Ônus da prova do titular da ação penal. Ordem concedida. Agentes que fabricam e mantêm em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/1990. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei 8.078/1990. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos. (STF. HC 90.779, Rel. Min. Ayres Britto, j. 17-6-2008, 1ª T, DJE de 24-10-2008.)

Informativo nº 560 do STJ: Para caracterizar o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990 (crime contra relação de consumo), é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estão em condições impróprias para o consumo, não sendo suficiente, para a comprovação da materialidade delitiva, auto de infração informando a inexistência de registro do Serviço de Inspeção Estadual (SIE) nas mercadorias expostas à venda (art. 18, § 6º, II, do CDC, c/c decreto estadual que conceitua os requisitos da propriedade ao consumo de alimentos e bebidas para fins de comercialização). O art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990 tipifica como crime contra as relações de consumo a conduta de “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”. Da leitura do dispositivo legal em comento, percebe-se que se trata de delito que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do art. 158 do CPP (“Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”). No mesmo sentido é a doutrina e a jurisprudência predominante do STJ (AgRg no AREsp 333.459-SC, Quinta Turma, DJe 4/11/2013; e AgRg no REsp 1.175.679-RS, Sexta Turma, DJe 28/3/2012), sendo, inclusive, idêntica a orientação do STF (HC 90.779, Primeira Turma, DJe 24/10/2008). Ademais, não se pode olvidar que o art. 18, § 6º, do CDC, que prevê hipóteses em que matérias-primas e mercadorias são consideradas impróprias ao consumo, também se remete a outros diplomas normativos, principalmente na parte final do seu inciso II, ao estabelecer que são impróprios ao consumo a ma-

téria-prima ou mercadoria fabricados, distribuídos ou apresentados em desacordo com as normas regulamentares. Perceba-se que o exercício de subsunção do fato à norma penal, na hipótese, transcende a própria legislação federal que regulamenta a matéria, circunstância que, por si só, já torna impreciso os contornos da figura típica prevista no art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990, em ofensa ao princípio da estrita legalidade que vige no ordenamento jurídico pátrio, nos termos do art. 5º, XXXIX, da CF e do art. 1º do CP. Além disso, não se pode dar relevância penal a decreto apto a produzir efeitos apenas no âmbito da referida unidade da federação, em flagrante ofensa à competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal, prevista no art. 22, I, da CF. Desta forma, ainda que seja competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal a produção legislativa sobre consumo (art. 24, V, da CF), é certo que eventual pretensão penal condenatória somente pode estar fundamentada em legislação emanada da União. Portanto, uma persecução criminal condizente com os princípios e objetivos de um Estado Democrático de Direito deve ser acompanhada de comprovação idônea da materialidade delitiva, conforme preceitua o art. 158 do CPP, não sendo admissível a presunção de impropriedade ao consumo de produtos expostos à venda com base exclusivamente no conteúdo de normas locais. (RHC 49.752-SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/4/2015, DJe 22/4/2015).

Informativo nº 533 do STJ: Para a demonstração da materialidade do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia para atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. (Precedentes citados do STJ: AgRg no REsp 1.175.679-RS, Sexta Turma, DJe 28/3/2012; e HC 132.257-SP, Quinta Turma, DJe 8/9/2011. Precedente citado do STF: HC 90.779-PR, Primeira Turma, DJe 23/10/2008. AgRg no Resp 1.111.736-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/12/2013).

Associação criminosa: a mera menção ao nome de pessoa por outras em conversa telefônica interceptada não é suficiente para oferecimento de denúncia

A sobrevinda de acórdão condenatório julgando procedente a denúncia cuja inépcia é questionada no habeas corpus não afasta o interesse de exame do writ, sendo plenamente possível o reconhecimento da inviabilidade da inicial acusatória e o trancamento da respectiva ação penal, mesmo considerando-se a posterior confirmação levada a efeito pelo STJ no exame de recurso especial. Não se pode ter como sugestivo do crime de quadrilha a mera menção ao nome do impetran-

te por outros acusados, segundo captada em interceptações telefônicas, sem qualquer base concreta que demonstre, minimamente, a eventual prática delitiva. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. (STF. HC 89.310, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 31-3-2009, 2ª T, DJE de 13-11-2009.)

Lei de Drogas: Associação para o tráfico de drogas exige demonstração de estabilidade, diferindo-se de união ocasional e episódica

O verbo núcleo do tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 é associar-se. Portanto, a caracterização da associação para o tráfico de drogas depende da demonstração do vínculo de estabilidade entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a união ocasional e episódica. Não se pode transformar o crime de associação, que é um delito contra a paz pública — capaz de expor a risco o bem jurídico tutelado —, em um concurso de agentes. (STF. HC 124.164, Rel. Min.. Teori Zavascki, j. 11-11-2014, 2ª T, DJE de 24-11-2014.)

Lei de Drogas: Absorção do crime de posse de maquinário pelo crime de tráfico de drogas quando os instrumentos forem inerentes à traficância

Informativo 791 do STF: 2ª Turma. A Segunda Turma conheceu parcialmente e, nessa extensão, concedeu, em parte, a ordem em “habeas corpus”, para restabelecer a sentença imposta ao paciente pelo juízo singular, com o decotamento da confissão espontânea fixado em 2º grau. Na espécie, ele fora condenado pela prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico (Lei 11.343/2006, artigos 33 e 35). O tribunal local, ao apreciar as apelações da acusação e da defesa, reduziu a pena referente ao tráfico, mas condenara o réu com relação aos delitos dos artigos 33, § 1º, I; e 34 da Lei 11.343/2006. No “habeas”, sustentava-se a existência de irregularidades quanto às transcrições de escutas telefônicas colhidas em investigação; a ilegalidade quanto à pena-base; a ocorrência do princípio da consunção, considerados os delitos de tráfico e dos artigos 33, § 1º, I; e 34 da Lei 11.343/2006; a inexistência do crime de associação para o tráfico; a ilegalidade

quanto à incidência da agravante do art. 62, I, do CP; e a ocorrência de tráfico privilegiado. A Turma assinalou não haver nulidade quanto às transcrições de interceptações telefônicas, que teriam sido devidamente disponibilizadas, sem que a defesa, entretanto, houvesse solicitado a transcrição total ou parcial ao longo da instrução. Ademais, entendeu que, dadas as circunstâncias do caso concreto, seria possível a aplicação do princípio da consunção, que se consubstanciaria pela absorção dos delitos tipificados nos artigos 33, § 1º, I, e 34 da Lei 11.343/2006, pelo delito previsto no art. 33, “caput”, do mesmo diploma legal. Ambos os preceitos buscariam proteger a saúde pública e tipificariam condutas que — no mesmo contexto fático, evidenciassem o intento de traficância do agente e a utilização dos aparelhos e insumos para essa mesma finalidade — poderiam ser consideradas meros atos preparatórios do delito de tráfico previsto no art. 33, “caput”, da Lei 11.343/2006. Quanto às demais alegações, não haveria vícios aptos a redimensionar a pena-base fixada, bem assim estaria demonstrada a existência de associação para o tráfico. Além disso, a suposta ocorrência de tráfico privilegiado não poderia ser analisada, por demandar análise fático-probatória. Por fim, a questão relativa à incidência do art. 62, I, do CP, não teria sido aventada perante o STJ, e sua análise implicaria supressão de instância. (HC 109708/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 23.6.2015.)

Informativo 531 do STJ: Quinta Turma. DIREITO PENAL. ABSORÇÃO DO CRIME DE POSSE DE MAQUINÁRIO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. Responderá apenas pelo crime de tráfico de drogas – e não pelo mencionado crime em concurso com o de posse de objetos e maquinário para a fabricação de drogas, previsto no art. 34 da Lei 11.343/2006 – o agente que, além de preparar para venda certa quantidade de drogas ilícitas em sua residência, mantiver, no mesmo local, uma balança de precisão e um alicate de unha utilizados na preparação das substâncias. De fato, o tráfico de maquinário visa proteger a saúde pública, ameaçada com a possibilidade de a droga ser produzida, ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório. Portanto, a prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. Na situação em análise, não há autonomia necessária a embasar a condenação em ambos os tipos penais simultaneamente, sob pena de “bis in idem”. Com efeito, é salutar aferir quais objetos se mostram aptos a preencher a tipicidade penal do tipo do art. 34, o qual visa coibir a produção de drogas. Deve ficar demonstrada a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destina-

dos à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sob pena de a posse de uma tampa de caneta – utilizada como medidor –, atrair a incidência do tipo penal em exame. Relevante, assim, analisar se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela. Na situação em análise, além de a conduta não se mostrar autônoma, verifica-se que a posse de uma balança de precisão e de um alicate de unha não pode ser considerada como posse de maquinário nos termos do que descreve o art. 34, pois os referidos instrumentos integram a prática do delito de tráfico, não se prestando à configuração do crime de posse de maquinário. REsp 1.196.334-PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19/9/2013.

Lei de Drogas: impossibilidade de imputação conjunta de tráfico praticado com menor de idade (art.33, c.c. art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006) e corrupção de menores

Informativo nº 595 do STJ: debate consistiu no enquadramento da conduta de adulto que pratica tráfico em concurso eventual com criança ou adolescente. Para configuração do crime previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), basta a participação de menor de 18 anos no cometimento do delito, pois, de acordo com a jurisprudência do STJ, o crime é formal e, por isso, independe da prova da efetiva corrupção do menor (Súmula 500/STJ). Por sua vez, para incidir a majorante do art. 40, VI, da Lei de Drogas, faz-se necessário que, ao praticar os delitos previstos nos arts. 33 a 37, o réu envolva ou vise atingir criança, adolescente ou quem tenha capacidade de entendimento e determinação diminuída. Não se compartilha do entendimento no sentido de que, se a criança ou adolescente já estiverem corrompidos, não há falar em corrupção de menores e de que responde o agente apenas pelo crime de tráfico majorado, pois, de acordo com o entendimento do STJ, é irrelevante a prova da efetiva corrupção do menor para que o acusado seja condenado pelo crime do ECA. A solução deve ser encontrada no princípio da especialidade. Assim, se a hipótese versar sobre concurso de agentes envolvendo menor de dezoito anos com a prática de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, afigura-se juridicamente correta a imputação do delito em questão, com a causa de aumento do art. 40, VI. Para os demais casos, aplica-se o art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme entendimento doutrinário. REsp 1.622.781-MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 22/11/2016, DJe 12/12/2016.

38 - Hipóteses de não ocorrência de crime contra a honra e de rejeição de queixa-crime

Calúnia exige imputação de fato falso e determinado

O crime de calúnia exige, para sua configuração, imputação de fato falso e determinado. Mera alusão ao nomen iuris do crime em ofensas pessoais não configura o crime de calúnia se não há imputação de fato circunscrito numa situação específica. (STF. Inq 3.659, Rel. Min. Rosa Weber, j. 4-11-2014, 1ª T, DJE de 2-12-2014.)

A tipicidade própria à calúnia pressupõe a imputação de fato determinado, revelador de prática criminosa, não a caracterizando palavras genéricas, muito embora alcançando a honra do destinatário. Precedentes do STF. Atipicidade do fato. (STF. AP 428, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12-6-2008, P, DJE de 28-8-2009.)

Necessidade de inclusão de todos os autores conhecidos quando da apresentação da queixa-crime

“... a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade. A ação penal deve ser um instrumento de justiça, e não simples vingança. Se o fato foi cometido por várias pessoas, todas elas devem, assim, por ele responder. Não poderá a vítima, por exemplo, escolher a quem processar, devendo a sua ação penal ser dirigida a todos os autores da infração penal.” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral, 1º v., 12ª ed., Niterói: Impetus, 2010, p.662).

“... para a inclusão de coautor ou partícipe, deve-se ter muito cuidado com a incidência do princípio da indivisibilidade (art.48). Se havia elementos indicando a presença de coautores ou partícipes e ele não foram incluídos na queixa, não há que se falar em aditamento, mas sim em extinção da punibilidade para todos, diante da renúncia tácita (art.49).” (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 423.)

Necessidade de narrar ou de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos crimes contra a honra

A intenção dolosa constitui elemento subjetivo, que, implícito no tipo penal, revela-se essencial à configuração jurídica dos crimes contra a honra. A jurisprudên-

cia dos tribunais tem ressaltado que a necessidade de narrar ou de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos crimes contra a honra, especialmente quando a manifestação considerada ofensiva decorre do regular exercício, pelo agente, de um direito que lhe assiste (direito de petição) e de cuja prática não transparece o pravus animus, que constitui elemento essencial à positivação dos delitos de calúnia, difamação e/ou injúria. (STF. HC 72.062, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14-11-1995, 1ª T, DJ de 21-11-1997.)

Matérias jornalísticas em tom de crítica, mesmo que cáustica, exclui o elemento subjetivo do crime

A crítica jornalística, (...), traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas. (...) É importante acentuar, bem por isso, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental; pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Com efeito, a exposição de fatos e a veiculação de conceitos, utilizadas como elementos materializadores da prática concreta do direito de crítica, descaracterizam o animus injuriandi vel diffamandi, legitimando, assim, em plenitude, o exercício dessa particular expressão da liberdade de imprensa. (STF. AI 505.595, Rel. Min. Celso de Mello, dec. monocrática, j. 11-11-2009, DJE de 23-11-2009.)

Veiculação de fatos formalizados em representação não constitui crime contra a honra

Difamação. (...) Simples veiculação de fatos, objeto de representação, regularmente formalizada perante a Corregedoria-Geral da Justiça, contra juíza de direito não constitui crime contra a honra. Direito de informar garantido pela CF (art. 220). (STF. HC 85.629, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 6-9-2005, 2ª T, DJ de 23-9-2005.)

Atípica a conduta de simples crítica à atuação de agente público

A tipicidade do crime contra a honra que é a difamação há de ser definida a partir do contexto em que veiculadas as expressões, cabendo afastá-la quando se tem simples crítica à atuação de agente público, revelando-a fora das balizas próprias. (STF. Inq 2.154, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17-12-2004, P, DJ de 1º-4-2005.)

Indispensável referência do fato criminoso no mandato

Crime contra a honra. Queixa-crime. Instrumento de mandato judicial que não preenche os requisitos do art. 44 do CPP. Omissão sobre a necessária referência individualizadora do fato criminoso. Impossibilidade de regularização. Consumação do prazo decadencial (CPP, art. 38). Reconhecimento da extinção da punibilidade do ora recorrente e consequente trancamento da ação penal. (STF. RHC 105.920, Rel. Min. Celso de Mello, j. 8-5-2012, 2ª T, DJE de 30-10-2014.)

Falta justa causa à queixa crime se ofertada desacompanhada de documentos hábeis a demonstrar, ao menos indiciariamente, a autoria e a materialidade do crime

Informativo nº 577: Deve ser rejeitada a queixa-crime que, oferecida antes de qualquer procedimento prévio, impute a prática de infração de menor potencial ofensivo com base apenas na versão do autor e na indicação de rol de testemunhas, desacompanhada de Termo Circunstanciado ou de qualquer outro documento hábil a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a autoria e a materialidade do crime. (STJ. RHC 61.822-DF, Rel. Min. Felix Fischer, j.17/12/2015, DJe 25/2/2016).

Nos crimes contra a honra deve estar clara intenção de ofender

Informativo nº 547 do STJ: A queixa-crime que impute ao querelado a prática de crime contra a honra deve ser rejeitada na hipótese em que o querelante se limite a transcrever algumas frases, escritas pelo querelado em sua rede social, segundo as quais o querelante seria um litigante habitual do Poder Judiciário (fato notório, publicado em inúmeros órgãos de imprensa), sem esclarecimentos que possibilitem uma análise do elemento subjetivo da conduta do querelado consistente no intento positivo e deliberado de lesar a honra do ofendido. A nova sistemática do processo penal traz os aspectos nos quais o magistrado deve se debruçar

na fase de prelibação. O inciso I do art. 395 do CPP, a propósito, dispõe que a denúncia ou queixa será rejeitada quando “for manifestamente inepta”. Na situação em análise, a queixa-crime não atende ao comando estabelecido pelo art. 41 do CPP, segundo o qual a “denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”. Isso porque, embora se exija, para a caracterização de crime contra a honra, demonstração do intento positivo e deliberado de lesar a honra alheia (animus injuriandi vel diffamandi), não existem, na queixa-crime em apreço, esclarecimentos que possibilitem uma análise do elemento subjetivo da conduta do querelado consistente no intento positivo e deliberado de lesar a honra do ofendido. AP 724-DF, Rel. Min. Og Fernandes, j. 20/8/2014.

Caso o querelante proponha, na queixa-crime, composição civil de danos para parte dos querelados, a peça acusatória deverá ser rejeitada em sua integralidade

Informativo nº 547 do STJ: Caso o querelante proponha, na própria queixa-crime, composição civil de danos para parte dos querelados, a peça acusatória deverá ser rejeitada em sua integralidade – isto é, em relação a todos os querelados. Isso porque a composição pelos danos, sendo aceita e homologada judicialmente, implica a renúncia ao direito de queixa, nos termos do disposto no art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/1995, tratando-se a renúncia, expressa ou tácita (art. 104 do CP), de causa extintiva da punibilidade, sendo irretratável (art. 107, V, CP). Por força do princípio da indivisibilidade, a todos se estende a manifestação do intento de não processar parte dos envolvidos, de modo que a renúncia beneficia a todos eles. (Precedente citado: HC 29.861-SP, Quinta Turma, DJ 25/2/2004. AP 724-DF, Rel. Min. Og Fernandes, j. 20/8/2014).

Nulidade de queixa-crime por vício de representação: necessidade de procuração outorgada com poderes especiais

Informativo nº 544 do STJ: É nula a queixa-crime oferecida por advogado substabelecido com reserva de direitos por procurador que recebera do querelante apenas os poderes da cláusula ad judicium et extra – poderes para o foro em geral –, ainda que ao instrumento de substabelecimento tenha sido acrescido, pelo substabelecido, poderes especiais para a propositura de ação penal privada. De acor-

do com o art. 44 do CPP, a “queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal”. Posto isso, cabe esclarecer que a procuração é o instrumento pelo qual uma pessoa nomeia outra de sua confiança como seu representante (procurador), para agir em seu nome em determinada situação. É a procuração que define o conteúdo, os limites e a extensão do poder de representação. O substabelecimento, por sua vez, é um ato de transferência dos poderes outorgados na procuração inicial para que terceira pessoa possa praticar os mesmos atos, ou seja, é o repasse de poderes. Em decorrência, ainda que o substabelecimento esteja inserido na cláusula *ad judicium*, há limites objetivos que devem ser observados quando da transferência desses poderes. Ou seja, apenas aqueles originariamente outorgados podem ser transferidos. Consequentemente, não podem ser ampliados pelo substabelecimento, visto que este lida com poderes e direitos de terceiros, e não próprios. Destarte, o mandatário só pode substabelecer aqueles poderes que lhe foram constituídos pelo outorgante originário, não sendo possível falar em transferência, pelo mencionado instrumento, daquilo que não recebeu. Nessa conjuntura, se a procuração firmada pelo querelante somente conferir os poderes da cláusula *ad judicium et extra*, apenas estes podem ser objeto de transferência aos substabelecidos. Assim, deve ser tida por inexistente a inclusão, ao substabelecer, de poderes especiais para a propositura de ação penal privada, se eles não constavam do mandato originário. Portanto, cabe reconhecer a nulidade da queixa-crime, por vício de representação, tendo em vista que a procuração outorgada para a sua propositura não atende às exigências do art. 44 do CPP. (RHC 33.790-SP, Rel. originário Min. Maria Thereza De Assis Moura, Rel. para Acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, j. 27/6/2014).

Retorsão imediata à injúria anterior do ofendido justifica a incidência de perdão judicial

Informativo 838 do STF: 1ª Turma Em virtude da incidência do perdão judicial (CP, art. 107, IX), a Primeira Turma extinguiu ação penal e declarou extinta a punibilidade de deputado federal acusado da suposta prática de crime de injúria. No caso, o acusado teria publicado em rede social declarações ofensivas à honra de governador de estado-membro. A publicação teria sido capturada por “print screen” e extraída do perfil pessoal do acusado. A Turma reconheceu a materialidade e autoria delitivas, e afastou a inviolabilidade parlamentar material, tendo em vista que as declarações teriam sido proferidas fora do recinto parlamentar e

em ambiente virtual. Observou, portanto, não haver liame entre as declarações e o exercício do mandato. Reputou configurado o elemento subjetivo, constituído pela vontade livre e consciente de atribuir qualificações negativas ao ofendido. 11 Por outro lado, entendeu que o comportamento do ofendido traria reflexos à punibilidade da conduta. O acusado postara as mensagens ofensivas que teriam ensejado a presente ação penal em menos de 24 horas depois de o ofendido publicar manifestação, também injuriosa, ao deputado. Seriam, assim, mensagens imediatamente posteriores às veiculadas pelo ofendido, e expressadas em resposta a elas. Ao publicá-las, o acusado citara parte do conteúdo da mensagem postada, a comprovar o nexo de pertinência entre as condutas. Dessa maneira, o ofendido não só, de forma reprovável, provocara a injúria, como também, em tese, praticara o mesmo delito, o que gerara a retorsão imediata do acusado. Sendo assim, estariam configuradas as hipóteses de perdão judicial, nos termos do art. 140, § 1º, do CP (“Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria”). Logo, não haveria razão moral para o Estado punir quem injuriou a pessoa que provocou. (AP 926/AC, rel. Min. Rosa Weber, j. 6.9.2016.)

Nos casos de crimes contra a honra por meio de ampla divulgação na internet (redes sociais) quando há propagação da ofensa por outras pessoas o não oferecimento de queixa contra todos conhecidos implica extinção da punibilidade

Informativo 813 do STF: 1ª Turma. Não oferecida a queixa-crime contra todos os supostos autores ou partícipes da prática delituosa, há afronta ao princípio da indivisibilidade da ação penal, a implicar renúncia tácita ao direito de querela, cuja eficácia extintiva da punibilidade estende-se a todos quantos alegadamente hajam intervindo no cometimento da infração penal. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma rejeitou queixa-crime oferecida em face de senador a quem fora imputada a prática dos delitos de calúnia e difamação. Na espécie, o parlamentar teria alegadamente imputado ao querelante, mediante ampla divulgação (internet), o cometimento de crimes e atos, tudo com a nítida e deliberada intenção de ferir a honra deste. A Turma ressaltou que as supostas difamação e calúnia teriam sido veiculadas por outros meios além do imputado ao querelado, e que a notícia supostamente vexatória fora reencaminhada por outras pessoas.

Destacou que a responsabilização penal se daria por todas as pessoas que veicularam a notícia caluniadora e difamatória e que, portanto, fora violado o princípio da indivisibilidade da ação penal. Ademais, ainda que não houvesse ofensa ao referido postulado, o querelante não trouxera aos autos a cópia da página da rede social em que fora veiculada a notícia. (Inq 3526/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 2.2.2016.)

FONTES: JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal. *Coletânea Temática de Jurisprudência: Direito Penal e Processual Penal*. 2ª ed., 2016.

Informativos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (anos de 2017 (até abril – mensal nº68), 2016, 2015 e 2014).

In: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoInformativoTema>.

Tópicos penais e processuais penais da Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (tópicos 12, 17, 23, 26, 32, 36, 41, 45, 47, 51, 57, 60, 63, 66, 69, 72, 75 e 78). In: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>.

Informativos de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (anos de 2017 (até maio - nº602), 2016, 2015 e 2014). In:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo.ea>.

Informativos do Centro de Apoio Operacional Criminal - MP/SP, nº 1 a 12 (2017).

Julgados obtidos nos sites do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br) e Tribunal de Justiça de São Paulo (www.tjsp.jus.br).

FRANCO, Alberto Silva; STOCO. Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação: Doutrina e Jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2007 (CD-ROM de jurisprudência).

LOUREIRO, Ythalo Frota. *Coletânea de jurisprudência do Tribunal do Júri – Secretaria Executiva do Júri da Comarca de Fortaleza*. In: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Jurisprudencias_Juri/Jurispr%20de%20J%C3%BAri.pdf

DOCTRINA

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação penal especial*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DEMERCIAM, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 6ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 2ªed. São Paulo: RT, 2010.

FORWARD, Susan; BUCK, Craig. *A traição da inocência: o incesto e sua devastação*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. Atualizador: Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. 18ª ed. Niterói: Impetus, 2016

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Vicente, *Tóxicos*. 13ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V.5. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LYRA, Roberto. *Como Julgar, como defender, como acusar*. Líder: Belo Horizonte, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. *Estatuto de Desarmamento*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Cléber. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Método, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Indício é prova*. In: http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2016_indicioprova.pdf, acesso em 09 de junho de 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINNI, Renato. *Manual de Direito Penal*. V.2. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ªed. São Paulo: RT, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2003.

TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. V. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – 2018

Composição e editoração gráfica: Departamento de Publicações da APMP

Diagramação e capa: Marcelo Soares

Supervisão: Diretoria da APMP