



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

# NUCRIM

## NÚCLEO CRIMINAL

Boletim do Núcleo  
Institucional Criminal-  
NUCRIM da Defensoria  
Pública de Mato Grosso  
do Sul

Ano 3- 7ª Edição | fevereiro-  
março/2023

### Editorial

É com satisfação que apresentamos a sétima edição do Boletim do Núcleo Institucional Criminal da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul – NUCRIM.

Esta edição contará com os principais julgados dos informativos dos tribunais superiores, matérias postas em repercussão geral, sugestões de leituras contendo links para sites especializados e informações sobre a atuação da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul na seara criminal.

Reiteramos o convite para que as(os) colegas nos enviem artigos, textos opinativos, ou outro material que queiram divulgar.

Boa leitura a todos e todas...

Equipe do NUCRIM

## Informativos STF E STJ – ÁREA CRIMINAL – julgados mais relevantes

### Informativo 10- Edição Especial STJ

Sexta Turma. Ramo do Direito: Direito Penal.

Tema: Dosimetria da pena. Tráfico de drogas. Estabelecimento prisional. Ocultação de drogas na região pélvica. Modus operandi comum à prática delitiva. Maior reprovabilidade da conduta. Inexistência. REsp 1.923.803-AC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 13/9/2022, DJe 19/9/2022. **A ocultação de drogas na região pélvica, por si só, não constitui fundamento idôneo para negatar a culpabilidade.**

**Resumo:** No caso, o fato de que as drogas estavam escondidas da região pélvica da agente não se confunde com o ingresso das drogas no estabelecimento prisional, que é elementar da causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006. Contudo, o aludido modus operandi é uma das formas mais comuns utilizadas para o ingresso de entorpecentes em estabelecimentos prisionais, não demonstrando um maior grau de reprovabilidade da conduta. Tanto que, como é de conhecimento notório, é realizada a revista íntima nos visitantes, antes do seu ingresso nas instalações em que se encontram os detentos. Nesse sentido, mutadis mutandis: "Na hipótese dos autos, as instâncias locais utilizaram a forma de ocultação da droga (interior da vagina da paciente) para justificar o aumento em maior extensão. No entanto, a ocultação, no caso de ingresso em estabelecimento prisional, é inerente à própria causa de aumento. Assim, somente restaria justificada a adoção de fração mais gravosa se tivesse sido utilizado meio atípico para driblar a fiscalização, o que não ocorreu, já que a ocultação na cavidade vaginal é o meio comumente utilizado por mulheres para entrar com entorpecentes em presídios". (AgRg no HC n. 691.318/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 3/11/2021).

### Informativo 10- Edição Especial STJ

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Inadmissibilidade da pronúncia. Configuração de excesso de linguagem. Possível influência sobre o ânimo dos jurados. Ilegalidade manifesta. AgRg no HC 673.891-SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Rel. Ac. Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, por maioria, julgado em 23/8/2022, DJe 26/8/2022.

**A sentença de pronúncia deve limitar-se a um juízo de dúvida a respeito da acusação, evitando considerações incisivas ou valorações sobre as teses em confronto nos autos.**

**Resumo:** Na primeira fase do procedimento especial do tribunal do júri, procede-se apenas a um juízo de admissibilidade da acusação, ou seja, avalia-se, em princípio, se a conduta do agente pode enquadrar-se na descrição de crime doloso, tentado ou consumado, contra a vida. Isso porque o juízo de certeza acerca da autoria e a deliberação acerca de dúvidas só podem provir do conselho de sentença, que é o juiz natural da causa. Ressalte-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a sentença de pronúncia deve limitar-se a um juízo de dúvida a respeito da acusação, evitando considerações incisivas ou valorações sobre as teses em confronto nos autos. No caso, o magistrado afirmou que "pela dinâmica dos fatos, conforme relatado pelas testemunhas, demonstrou-se que o réu, agindo com ânimo homicida, por motivo fútil e empregando recurso que dificultou a defesa desta, matou a vítima Valdemar Rufino Machado". Essa sentença denota juízo de certeza quanto à culpabilidade do acusado. Sua redação mostra-se absolutamente imprópria à decisão de pronúncia, porquanto apta a induzir o ânimo

dos jurados em favor das teses acusatórias, em prejuízo da defesa. Da mesma forma, o uso da contundente afirmação de que "o dolo de matar é evidente nos autos" ultrapassou, efetivamente, as barreiras da legalidade - com isso incorrendo o magistrado no chamado vício de excesso de linguagem -, tendo em vista o juízo peremptório acerca do dolo do acusado. Assim, verifica-se configurada manifesta ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício, ante a nulidade da decisão de pronúncia por vício de excesso de linguagem.

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Operação complexa. Atuação de diferentes órgãos de polícia. Situação diversa da mera atuação de rotina dos órgãos fazendários. Distinguishing. Violação de domicílio empresarial. Necessidade de controle jurisdicional prévio do ato. Falta de mandado judicial. Constrangimento ilegal evidenciado. Declaração de nulidade das provas colhidas de forma ilícita. AgRg no HC 676.091-PA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, por unanimidade, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe 19/8/2022.

**Não há falar em atuação de rotina dos órgãos de polícia fazendária, apta a dispensar o mandado judicial de busca e apreensão domiciliar, quando o caso concreto evidencia a realização de verdadeira força-tarefa entre diferentes órgãos de polícia administrativa (Receita Federal, Ministério Público e Polícia Federal).**

**Resumo:** O ponto crucial a ser discutido é o fato de toda a investigação policial ter sido originada de ofício encaminhado pela SUSEP à Polícia Federal, cuja consequência foi a deflagração de operação complexa envolvendo a Receita Federal, a Polícia Federal e o Ministério Público sem o necessário controle jurisdicional do ato inquisitorial. É certo que não há falar em ilegalidade da instauração de procedimento administrativo investigativo prévio oriundo de denúncia dos órgãos competentes à Polícia Federal para que proceda à identificação da prática de crime em sentido estrito. Trata-se da própria prerrogativa institucional dos órgãos de polícia na concretização do full enforcement estatal para observância do devido processo legal e respeito ao princípio da legalidade. Assim, inexistente ilegalidade na instauração de investigação por autoridade policial em decorrência de denúncia formalizada pelo órgão federal de fiscalização, isto é, pela SUSEP. De toda sorte, o debate não pode ser reduzido à autonomia ampla e irrestrita da atuação dos órgãos de polícia, em especial quando o fato resultar na mitigação de direitos fundamentais como a inviolabilidade de domicílio. Partindo dessa premissa, a Suprema Corte dos EUA passou a reformular o sistema RICO - Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act (Legislação Federal acerca das Organizações Corruptas e Influenciadas pelo Crime Organizado) -, instituído em 1970 para combater o crime organizado e erradicar a utilização de empresas constituídas para fins ilícitos. O uso indiscriminado dos meios de investigação pelos órgãos competentes a partir da interpretação extensiva da IV Emenda da Constituição Americana, que, em essência, prevê o direito à segurança do povo, tratando o crime organizado como um risco público, exigiu a imposição de limites com o respectivo controle da atividade fiscalizadora pelo órgão jurisdicional, equidistante da situação concreta. Isso porque, diferentemente do sistema brasileiro, o conjunto de leis federais e estaduais que formam o sistema RICO norte-americano permite que o governo ou um cidadão determine o confisco de bens do investigado ou da pessoa jurídica enquadrada em uma das condutas ilícitas previstas nos documentos legais, sem aviso prévio, mediante pedido acerca da provável prática do crime, em nítida transferência do ônus da prova à parte investigada no processo. Já no sistema processual brasileiro, as prerrogativas destinadas aos órgãos de persecução penal encontram limites óbvios no devido processo legal e no princípio acusatório, cuja finalidade, em essência, é a proteção do indivíduo diante do aparato estatal instituído para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes. De acordo com a doutrina, é

imprescindível o juízo de valor a ser emitido pelos magistrados acerca da idoneidade traduzida no conceito de adequação das medidas cautelares constritivas admitidas no processo penal. Essa adequação pode ser de duas formas: a) adequação qualitativa, correspondente à aptidão para alcançar os fins previstos na lei processual; e b) adequação quantitativa, relativa à necessidade de respeitar os limites para que seja alcançada a finalidade perseguida. Acrescenta-se às exigências acima os critérios da necessidade - traduzido na intervenção mínima - e da proporcionalidade em sentido estrito ou da prevalência do valor protegido - com base na qual o juiz deve examinar se o interesse estatal buscado é proporcional à violação dos direitos fundamentais. É por tais motivos que o controle jurisdicional prévio do ato é imprescindível para se alcançar a legalidade de medidas extremas, como a de busca e apreensão com violação de domicílio, ainda que empresarial. Dessa maneira, não há como justificar a atuação conjunta de órgãos de polícia autônomos e independentes entre si - Receita Federal, Polícia Federal e Ministério Público - com a finalidade de busca e apreensão de diversos objetos, bens e valores sem o devido controle jurisdicional do ato. Ante o exposto, deve ser declarada a nulidade da medida de busca e apreensão em estabelecimento empresarial sem crivo jurisdicional e, por consequência, das provas dela derivadas.

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Prisão preventiva. Índices de autoria. Gravidade do delito. Periculosidade do agente. Coação de testemunhas. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Medidas cautelares diversas da prisão. Insuficiência. AgRg no HC 735.745-MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 27/9/2022, DJe 4/10/2022.

**A periculosidade do agente e a intimidação de testemunha justificam a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.**

**Resumo:** No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do periculum libertatis, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas. Note-se ainda que a prisão preventiva é propriamente uma prisão provisória; dela se exige que venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI), mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX). No caso, constata-se que a custódia imposta ao paciente está devidamente justificada, em virtude da sua periculosidade, evidenciada pela gravidade concreta da conduta, porque por ciúmes, em tese, teria mandado assassinar sua ex-companheira e seu atual companheiro e, para isso, contou com o auxílio de uma terceira pessoa, a qual teria ficado responsável por intermediar a contratação dos pistoleiros aqui no Brasil, já que reside nos Estados Unidos. De fato, a gravidade concreta do crime como fundamento para a decretação ou manutenção da prisão preventiva deve ser aferida, como no caso, a partir de dados colhidos da conduta delituosa praticada pelo agente, que revelam uma periculosidade acentuada a ensejar uma atuação do Estado cerceando sua liberdade para garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Ainda, foi destacada, a necessidade da prisão preventiva, porque o paciente estaria coagindo testemunhas que residiam com ele nos Estados Unidos. A notícia de perturbação no curso da persecução penal tolhendo, de qualquer forma, a atuação da testemunha em sua ampla liberdade de prestar declarações acerca dos fatos em apuração, é motivo sobejo para a decretação da prisão preventiva para conveniência da instrução criminal. Cumpre salientar que, ao expor de forma fundamentada e concreta a necessidade da prisão, as instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de sua substituição por outras medidas cautelares mais brandas. Em

harmonia, esta Corte entende que é indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a constrição se encontra justificada e mostra-se necessária, dada a potencialidade lesiva da infração indicando que providências mais brandas não seriam suficientes para garantir a ordem pública (RHC 120.305/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/12/2019).

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Penal.

Tema: Embriaguez ao volante. Condução de veículo automotor sem a devida habilitação para dirigir. Concurso material de crimes. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Legalidade. AgRg no HC 749.440-SC, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 23/8/2022, DJe 26/8/2022.

**Tendo havido a indicação de que os delitos, autônomos, resultaram de ações distintas, não incide o concurso formal aos tipos penais dos artigos 306 (embriaguez ao volante) e o art. 309 (direção de veículo automotor sem a devida habilitação) do Código de Trânsito Brasileiro.**

**Resumo:** Os tipos penais do art. 306 e 309 do CTB possuem momentos consumativos distintos, na medida em que o art. 306 do CTB (embriaguez ao volante) é de perigo abstrato, de mera conduta, enquanto o art. 309 do CTB (direção de veículo automotor sem a devida habilitação) é de perigo concreto. Extrai-se do caso que, consoante consignado no pelo Tribunal de origem, "é impossível aplicar o concurso formal de crimes no presente caso, pois há duas ações isoladas, com desígnios de vontades autônomas e com dois resultados distintos. Com efeito, o momento em que o acusado passou a conduzir a motocicleta em via pública, com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool (art. 306 do CTB), em hipótese alguma se confunde com aquele que é flagrado dirigindo referido automóvel, sem a devida habilitação ou permissão para dirigir (art. 309 do CTB), em zigue-zague entre as duas pistas de rolamento, quase atropelando pedestres que atravessavam a rua, gerando, assim, perigo de dano." No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a Quinta Turma é assente no sentido de que "não se mostra socialmente recomendável a aplicação de uma nova pena de multa, em caráter substitutivo, no caso de o preceito secundário do tipo penal possuir previsão de multa cumulada com a pena privativa de liberdade, devendo-se privilegiar a incidência de duas medidas restritivas de direitos nessa hipótese" (HC 470.920/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/10/2018). Portanto, considerando que o crime do art. 306 do CTB já estabelece a pena de multa, as duas medidas restritivas de direitos se mostram adequadamente aplicadas na hipótese.

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Prisão preventiva. Regime prisional semiaberto. Efetiva adequação ao regime intermediário. Compatibilidade. AgRg no HC 760.405-SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 23/8/2022, DJe 26/8/2022.

**A prisão preventiva é compatível com o regime prisional semiaberto, desde que seja realizada a efetiva adequação ao regime intermediário.**

**Resumo:** Esta Corte Superior de Justiça sedimentou entendimento segundo o qual a prisão preventiva é compatível com o regime prisional semiaberto, desde que seja realizada a efetiva adequação ao regime intermediário, sob pena de tornar mais gravosa a situação daquele que opta por recorrer do decisum. Nesse sentido, "É inviável a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas quando a gravidade concreta da conduta delituosa indica que a ordem pública não estaria acautelada com a soltura do agravante. A jurisprudência desta Corte já se manifestou pela compatibilidade da manutenção da prisão preventiva e a fixação de regime semiaberto na sentença, alinhando-se ao entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, que tem admitido a adequação da segregação provisória ao regime

fixado na sentença condenatória" (AgRg no RHC n. 159.177/CE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 26/4/2022).

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Audiência por videoconferência. Oitiva da vítima e da testemunha. Temor dos depoentes. Retirada do réu da sala de audiência. Possibilidade. Presença da defesa técnica no ato processual. Contraditório e ampla defesa. Não violação. Processo sob sigredo de justiça, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 2/8/2022, DJe 8/8/2022.

**No caso em que a audiência para oitiva da vítima e da testemunha é realizada por meio de videoconferência, a interpretação mais consentânea com o objetivo do disposto no art. 217 do CPP é a de que o réu também pode ser impedido de acompanhar os depoimentos.**

**Resumo:** A controvérsia cinge-se à possibilidade de impedir a participação do réu na oitiva da vítima e testemunha quando o juiz verificar que sua presença pode causar temor, humilhação ou constrangimento aos depoentes, mesmo no caso de audiência realizada por videoconferência. Ao interpretar o art. 217 do CPP, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é possível a retirada do réu da sala de audiência, desde que devidamente fundamentado pelo juiz que sua presença pode causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido. A hipótese em análise, no entanto, trata de situação diversa, porquanto a audiência foi realizada por videoconferência, não de forma presencial e, ainda assim, o réu foi impedido de assistir à oitiva da vítima e testemunha. Pela interpretação literal do artigo 217 do Código de Processo Penal, aparentemente o réu não poderia ser impedido de visualizar os depoimentos já que a audiência foi realizada por videoconferência. No entanto, não parece ser esta a melhor interpretação da lei. Isso porque, além de se garantir a máxima fidedignidade na produção da prova, o objetivo da norma é no sentido de preservar a dignidade e a intimidade da vítima e testemunha, o que não estaria resguardado caso se permitisse ao réu presenciar o depoimento, ainda que a distância. Ademais, o contraditório e a ampla defesa do réu permanecem resguardados pela indispensável presença da defesa técnica no ato processual, afastando-se qualquer prejuízo ao direito de defesa.

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Penal.

Tema: Furto. Valor da res furtiva. Multirreincidência. Atipicidade material. Princípio da insignificância. Não aplicabilidade. Processo sob sigredo de justiça. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 14/11/2022, DJe 22/11/2022.

**É inviável a aplicação do princípio da insignificância ao furto praticado quando, para além do valor da res furtiva exceder o limite de 10% do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos, o acusado é multirreincidente, ostentando diversas condenações anteriores por crimes contra o patrimônio.**

**Resumo:** Diante do caráter de última ratio inerente ao Direito Penal, não deve esse ramo das ciências jurídicas se ocupar de condutas dotadas de mínimo desvalor e que, portanto, não representem prejuízo relevante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade do tecido social. A orientação do Supremo Tribunal Federal mostra-se no sentido de que, para a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar-se em consideração os seguintes vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a inexistência de periculosidade social na ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Assim, a aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem

tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais. Verifica-se que o agente é multirreincidente, inclusive pela prática de crimes contra o patrimônio, o que evidencia a acentuada reprovabilidade do seu comportamento, incompatível com a adoção do pretendido postulado. No que diz respeito ao valor dos bens subtraídos, destacou a Corte de Apelação que seu quantum supera o limite de 10% do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Em caso análogo já decidiu este Superior Tribunal de Justiça que "o princípio da insignificância não é aplicado quando o bem furtado supera 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, mormente porque presentes a multireincidente e os maus antecedentes da recorrente" (AgRg no AREsp 2073614/DF, Quinta Turma, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 12/9/2022).

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Tráfico de drogas. Violação de domicílio. Denúncia anônima. Ausência de fundadas razões. Nulidade das provas. AgRg no AREsp 2.004.877-MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 16/8/2022, DJe 22/8/2022. **A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio.**

**Resumo:** "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 delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados." (RE 603.616, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, Repercussão Geral - DJe 9/5/2016). "A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar" (REsp 1.574.681/RS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe de 30/5/2017). Na hipótese, a operação policial que resultou na apreensão de drogas no domicílio se originou de denúncia anônima, todavia, está ausente qualquer circunstância fática que indique a ocorrência de tráfico de drogas no interior da residência. Não houve prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Não há menção de movimentação de pessoas nas proximidades do imóvel em situação típica de traficância. Por fim, não há sequer menção na sentença ou no acórdão acerca de uma possível atitude suspeita do réu antes do ingresso dos policiais no local. Diante de tal contexto, impõe-se a declaração de nulidade de todas as provas oriundas dessa incursão ilegal, bem como as dela decorrentes. Incompatibilidade do flagrante com a jurisprudência desta Corte, pois o simples fato de o tráfico de drogas configurar crime permanente não autoriza, por si só, o ingresso em domicílio sem o necessário mandado judicial. Exige-se, para que se configure a legítima flagrância, a demonstração posterior da justa causa ou, em outros termos, de fundadas razões quanto à suspeita de ocorrência de crime no interior da residência. "A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida" (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe de 3/12/2019).

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Decisão de absolvição sumária. Interposição de recurso em sentido estrito. Recebimento como apelação. Tempestividade e ausência de má-fé. Aplicação do princípio da fungibilidade. Possibilidade. AgRg no REsp 2.011.577-GO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 27/9/2022, DJe 4/10/2022.

**É possível a aplicação da fungibilidade no uso do recurso de apelação em detrimento do recurso em sentido estrito, desde que demonstradas a ausência de má-fé e a tempestividade do instrumento processual.**

**Resumo:** A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial a questão a ser decidida diz respeito à possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade aos casos de interposição de recurso em sentido estrito contra decisão de absolvição sumária. A teor do art. 579 do Código de Processo Penal, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça admite a fungibilidade recursal, desde que observado o prazo do recurso que se pretende reconhecer e que não fique configurada a má-fé ou a prática de erro grosseiro. Nesse sentido, "A jurisprudência desta Corte assinala que é possível a aplicação da fungibilidade no uso do recurso de apelação em detrimento do recurso em sentido estrito, desde que demonstradas a ausência de má-fé e a tempestividade do instrumento processual." (AgRg no AREsp 1.541.008/MG, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 12/11/2020).

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Penal.

Tema Fraude no exame da OAB. Corrupção ativa. Dosimetria da pena. Vetoriais negativas. Culpabilidade elevada. Bacharel em direito. Fundamento idôneo. AgRg no AREsp 2.101.521-GO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 18/10/2022, DJe 28/10/2022.

**A utilização, por bacharel em direito, de seus conhecimentos acerca do exame da OAB para participar de esquema de fraude a essa seleção justifica a valoração negativa da culpabilidade do agente.**

**Resumo:** A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito. No caso em análise, para a culpabilidade elevada, verifica-se que foi considerada a maior intensidade da conduta do agente, tendo em vista se tratar de bacharel em direito, que se utilizou dos seus conhecimentos acerca do exame da OAB/GO para participar do esquema de fraude a referida seleção, o que, de fato, ultrapassou em muito os limites da culpabilidade ordinária. Ademais, levado em conta o seu descaso com a advocacia e demais candidatos regularmente aprovados para o exercício da profissão. Quanto às circunstâncias do crime, as quais correspondem aos dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, que não integram a estrutura do tipo penal, o tribunal consignou que a falsificação de prova prático-profissional no concurso público e a sua adesão ao esquema criminoso sofisticado, o qual envolveu diversas pessoas na fraude ao Exame de Ordem em Goiás, justificaram concretamente o incremento da pena, porquanto se trata de mecanismo estranho à estruturados tipos penais em questão. As consequências do crime também se basearam em elementos concretos. Para o crime de corrupção ativa, considerou-se, além de referido fato, o risco à reputação da classe advocatícia no convívio com advogada sem ter obtido a aprovação, bem como o descrédito da população em geral e dos profissionais da área em relação a instituição de grande importância para sociedade e a classe jurídica.

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Penal.

Tema: Tráfico de drogas. Expressiva quantidade de entorpecentes. Cadeia produtiva do crime. Organização criminosa. Envolvimento. Condição de "mula" do tráfico. Não Reconhecimento. Minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Não incidência. AgRg no AREsp 2.115.857-MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. Acd. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, por maioria, julgado em 25/10/2022, DJe 5/12/2022.

**A elevada quantidade de drogas apreendidas, a multiplicidade de agentes envolvidos na trama criminosa - que perpassa pela contratação e pela proposta de pagamento -, a forma de transporte da substância entorpecente, a distância entre os estados da federação e a nítida divisão de tarefas entre os membros do grupo descaracterizam a condição de pequeno traficante - ou traficante ocasional - impedindo o reconhecimento do benefício do tráfico privilegiado.**

**Resumo:** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido de reconhecer que a expressiva quantidade de droga apreendida, por si só, não tem o condão de descaracterizar a condição de "mula" do tráfico, e, via de consequência, afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O STJ, por sua vez, possui entendimento no sentido de que a atribuição, ao agente transportador de entorpecentes, da condição vulgarmente denominada "mula", não pode ser causa determinante ao redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando a dedicação deste à consecução de atividades delitivas, ou seu envolvimento com organização criminosa, devem ser aferidas pelo julgador, de forma fundamentada, com base nas peculiaridades do caso concreto. No caso, o Tribunal a quo deixou de aplicar a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por entender, à luz do delineamento fático e probatório coligido aos autos, a ausência dos requisitos necessários ao acatamento da minorante. De fato, a grande quantidade de droga apreendida (quase 1 tonelada de maconha), associada a circunstâncias do caso concreto, entre as quais, a interestadualidade do tráfico, a preparação do veículo para acondicionamento da droga em compartimentos ocultos, a existência de batedor visando garantir a eficácia da atividade criminosa e a comissão apurada de R\$ 20.000,00, denotam o manifesto envolvimento dos réus com organização criminosa voltada à prática do narcotráfico - o que afasta a incidência da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Por fim, ressalta-se o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a elevada quantidade de drogas apreendidas, a multiplicidade de agentes envolvidos na trama criminosa - que perpassa pela contratação e pela proposta de pagamento -, a forma de transporte da substância entorpecente, a distância entre os estados da federação e a nítida divisão de tarefas entre os membros do grupo evidenciam a impossibilidade de reconhecimento do redutor em questão em favor do acusado, porquanto evidente que não se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional" (AgRg no AREsp 1.769.697/MS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/3/2021).

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Sexta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Programa CGJ-APOIA. Magistrado designado para atuar como cooperador. Prolator da sentença. Princípio da identidade física do juiz. Violação. Não configuração. AgRg no HC 523.501-SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 14/11/2022, DJe 18/11/2022.

**Se o magistrado prolator da sentença estava designado pelo Programa CGJ-Apoia para atuar como cooperador na respectiva vara, não há abalo ao princípio da identidade física do juiz.**

**Resumo:** O processo em questão foi redistribuído entre magistrados em razão do programa CGJ-APOIA, instituído com o objetivo de "viabilizar o julgamento dos feitos que integram o acervo excedente de processos acumulados da justiça de primeiro grau e de implantar boas práticas administrativas e medidas voltadas à organização, racionalização e uniformização dos procedimentos e métodos de trabalho das unidades de primeiro grau". Constatado que o Juiz sentenciante foi designado por Portaria do Tribunal criada para reduzir o congestionamento de processos judiciais e otimizar as atividades do primeiro grau, inexistente ilegalidade a ser reparada. Esta Corte é firme no entendimento de que "não há nulidade no processo pelo fato de outro magistrado ter proferido a sentença, haja vista que estava

designado para atuar como cooperador na respectiva Vara, designado pelo Programa CGJ Apoia (Portaria GP n. 1870, de 21 de setembro de 2020, com data retroativa de 1º de agosto de 2020). O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, podendo ser excepcionado em hipóteses como a dos autos, em que o magistrado que presidiu a instrução foi auxiliado por outro em esquema de colaboração na condução dos processos sob sua responsabilidade na Vara, não havendo falar-se em nulidade" (AgRg no HC 676.173/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe 11/3/2022).

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Sexta Turma. Ramo do Direito: Direito Penal.

Tema: Pacote Anticrime. Progressão de regime. Execução em separado de cada uma das guias de execução. Possibilidade. Reincidência. Consideração individual de cada delito. HC 654.870-MG, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 20/9/2022, DJe 30/9/2022.

**Após as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, é possível a execução em separado de cada uma das guias de execução, de modo que o cálculo para obtenção de benefícios que dizem respeito à execução penal deve considerar a primariedade em parte da pena, a reincidência comum em outra e a reincidência específica apenas nas guias que dizem respeito a crimes de mesma natureza.**

**Resumo:** No caso, o Ministério Público sustentou que "com a unificação das penas, a reprimenda passa a ser executada como um todo, não sendo possível a execução em separado de cada uma das guias de execução pelo reeducando. Neste mesmo cenário, o cálculo para obtenção de benefícios que dizem respeito à execução penal deve ser feito com base no total da pena e não em cada guia de execução em separado". Por tal razão, apontou que "a questão de reincidência se aplica também sob o total da reprimenda, não sendo possível fracionar as condenações para reconhecimento de primariedade em parte da pena, reincidência comum em outra e por fim reincidência específica apenas nas guias que dizem respeito a crimes de mesma natureza". As alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, tornaram cruciais para a avaliação do lapso de progressão de regime dois fatores além da hediondez - quais sejam, a ocorrência ou não do resultado morte e a primariedade, a reincidência genérica ou, ainda, a reincidência específica do apenado. As disposições da Lei n. 8.072/1990, acerca da progressão de regime, foram expressamente revogadas pela Lei n. 13.964/2019, de modo que os lapsos necessários à aferição do cumprimento do requisito objetivo ficaram disciplinados exclusivamente pelo art. 112 da Lei de Execução Penal. O Pacote Anticrime implementou um cenário de maior complexidade quanto à recidiva do reeducando, visto que, agora, não se trata apenas do simples exame da natureza do delito (se comum ou hediondo) e da existência de registros aptos a caracterizar a reincidência (genérica) do apenado, mas, sim, de uma incursão mais apurada no exame dos antecedentes criminais do indivíduo encarcerado, passando a ganhar ampla relevância se se trata de crime cometido com ou sem violência a pessoa ou grave ameaça, crime hediondo ou equiparado ou, ainda, crime hediondo ou equiparado com resultado morte. Na hipótese, o apenado cumpre pena por roubo circunstanciado e outros dois delitos de tráfico de drogas, ou seja, resgata a pena relativa a um delito cometido mediante violência a pessoa ou grave ameaça e outros dois, hediondos ou equiparados. Dessa forma, percebe-se que o reeducando é, então, reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado, porém, reincidente genérico quanto a delitos cometidos mediante violência a pessoa ou grave ameaça. É equivocada a aplicação da fração de 3/5 quanto à totalidade das penas pelas quais foi condenado o paciente. Trata-se de apenado reincidente específico em crime hediondo, conforme prevê o art. 112, VII, da Lei de Execução Penal, o qual estabelece o cumprimento de 60% da reprimenda para alcance do requisito objetivo necessário à progressão. Por consequência, quanto aos crimes de tráfico de drogas, considerado o caráter pessoal da reincidência, é cogente, de fato, o cumprimento

de 60% de ambas as penas impostas, visto que se trata de reincidência de mesma natureza - a saber, reincidência em crime hediondo ou equiparado. Todavia, tal lógica não se aplica ao crime comum, visto que o sentenciado é primário na prática de crime com violência a pessoa ou grave ameaça, de modo que incide na espécie o lapso previsto no art. 112, III, da Lei de Execução Penal, o qual exige o cumprimento tão somente de 25% da pena para que se perquiria a progressão a regime menos gravoso.

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Sexta Turma. Ramo do Direito: Direito Penal.

Tema: Inquérito policial. Término. Prazo impróprio. Excesso de prazo. Investigação que perdura por anos a fio. Princípio da razoabilidade. Violação. Ilegalidade configurada. Trancamento. Possibilidade. AgRg no HC 690.299-PR, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF da 1ª Região), Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 9/8/2022, DJe 15/8/2022.

**Embora o prazo de 30 (trinta) dias para o término do inquérito com indiciado solto (art. 10 do Código de Processo Penal) seja impróprio, sem consequências processuais imediatas se inobservado, isso não equivale a que a investigação se prolongue por tempo indeterminado, por anos a fio, devendo pautar-se pelo princípio da razoabilidade.**

**Resumo:** Embora o prazo de 30 (trinta) dias para o término do inquérito com indiciado solto (art.10 - CPP) seja impróprio, sem consequências processuais (imediatas) se inobservado, isso não equivale a que a investigação se prolongue por tempo indeterminado, por anos a fio, mesmo porque, de toda forma, consta da folha corrida do investigado, produzindo consequências morais negativas. A duração da investigação, sem deixar de estar atenta ao interesse público, deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade. Quanto ao excesso de prazo, doutrina e a jurisprudência desta Corte, basicamente, elencam os seguintes aspectos para a conclusão da ocorrência, ou não, do excesso de prazo, tanto no âmbito da ação penal quanto também na seara administrativa do inquérito policial: a) excessivo número de acusados; b) grande quantidade de testemunhas para ser ouvidas, com maior ou menor número de diligências, tais como cartas precatórias ou rogatórias; c) complexidade da matéria envolvida, com necessidade de perícias e demais providências; e d) razões de força maior. No caso dos autos, o inquérito policial para a apuração de suposta prática do crime de tortura contra crianças e adolescentes ocorrida em instituição filantrópica destinada ao cuidado de menores carentes, mas que, no decorrer das investigações, acabou por se evidenciar a possível prática também de crimes de estupro. Do que se extrai dos autos, não há um número acentuado de investigados. Não há também notícia de diversas vítimas ou testemunhas, de modo a exigir delongas maiores no procedimento de investigativo. De igual forma, não obstante os crimes em questão sejam em tese graves, mormente por envolver pessoas em tenra idade (crianças e adolescentes), não salta aos olhos complexidade maior nas respectivas apurações. Por fim, não se pode levantar hipótese de ocorrência de força maior além da pandemia da Covid19, que tomou os anos de 2020 e 2021. De toda sorte, ainda considerando essa situação mundial de exceção, a investigação em análise começou em junho de 2008, o que totaliza longos 14 anos até o presente momento - e notáveis 12 anos se se optar por excluir o período mais crítico do Coronavírus. Mesmo considerada a dita "nobreza" dos crimes, não é razoável que uma investigação criminal sem complexidade perdure, em uma inércia qualificada, por anos a fio, sem nenhum resultado que permite uma avaliação final do Ministério Público. O inquérito foi instaurado há mais de 14 anos, o que não se justifica, ainda que a paciente se encontre solta, pois o Ministério Público Estadual ainda não encontrou subsídios probatórios aptos à apresentação da denúncia, ou ainda elementos concretos que permitam o indiciamento da agravante, restando configurado o constrangimento ilegal por excesso de prazo, ensejando, por consequência, o trancamento do inquérito policial.

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Sexta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Tráfico e associação para o tráfico. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação concreta. ART. 93, IX, da CF/88. Art. 315, § 2º, III, do CPP. HC 737.549-SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 6/12/2022, DJe 12/12/2022.

**O decreto de prisão preventiva deve demonstrar a materialidade do crime e os indícios de autoria de conduta criminosa, além de indicar, fundamentadamente, fatos concretos e contemporâneos que demonstrem o perigo que a liberdade do investigado ou réu represente à ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou à garantia da aplicação da lei penal.**

**Resumo:** Em relação à falta de fundamentação do decreto de prisão, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o decreto de prisão preventiva deve demonstrar a materialidade do crime e os indícios de autoria de conduta criminosa, além de indicar, fundamentadamente, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal e do art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, fatos concretos e contemporâneos que demonstrem o perigo que a liberdade do investigado ou réu represente à ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou à garantia da aplicação da lei penal, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal (HC 592.107/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 29/9/2020). Especificamente, nos termos do art. 315, § 2º, III, do Código de Processo Penal, não se considera fundamentada a decisão que invoca fundamentos capazes de justificar outro decisor (RHC n. 128.769/MG, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 30/9/2020). Dos excertos, verifica-se que as instâncias locais não lograram êxito em demonstrar a necessidade e a adequação da constrição cautelar. É certo que o decreto de prisão se refere a outros documentos, mas tal referência não satisfaz o dever de fundamentação, pois a técnica per relationem exige que os documentos referidos sejam reproduzidos na decisão, acrescidos de fundamentos próprios (AgRg nos EDcl no AREsp 1.800.259/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 31/5/2022). Só assim estará adimplida a obrigação constitucional do art. 93, IX, da Constituição Federal. Mesmo no decreto de prisão temporária não foram externados elementos reveladores da periculosidade concreta ou capazes de referir à necessidade de uma futura prisão preventiva. Tratase de decisão genérica, aplicável a qualquer delito de associação. O decreto de prisão é um documento que deve comunicar ao jurisdicionado (e à sociedade) a razão pela qual está, em caráter precário, com sua liberdade constrita. Não havendo julgamento de mérito, repise-se, a prisão é excepcional, e suas razões não podem ser confundidas com as razões abstratas que levam à criminalização da conduta.

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Sexta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Homicídio. Autópsia psicológica. Prova atípica. Possibilidade. Falibilidade de provas científicas. Controle de admissibilidade. Viés subjetivo. Cotejo com demais provas acostadas aos autos. HC 740.431-DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 13/9/2022, DJe 19/9/2022.

**A "autópsia psicológica" constitui prova atípica admissível no processo penal, cabendo ao magistrado controlar a sua utilização no caso concreto.**

**Resumo:** Impugna-se a validade de prova pericial produzida na fase inquisitorial denominada "autópsia psicológica", em razão da ausência de "previsão legal, tampouco metodologia científica adequada". Em um exame superficial, poder-se-ia concluir que o simples fato de estar assinado por dois especialistas seria suficiente para conferir automática legitimidade a qualquer laudo pericial. Entretanto, esse raciocínio não traduz a complexidade da discussão jurídica que subjaz ao caso concreto, sobretudo em razão da

simbiose entre o direito probatório, as garantias processuais e os métodos científicos. Dito isso, rememora-se "que é unívoca a opinião de que a busca pela verdade no processo penal encontra limitação nas regras de admissão, de produção e de valoração do material probatório, o qual servirá de suporte ao convencimento do julgador. Afinal, os fins colimados pelo processo penal são tão importantes quanto os meios de que se utiliza" (Reclamação 36.734/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, Terceira Seção, DJe 22/2/2021). A primeira questão a ser enfrentada diz respeito à taxatividade, ou não, das provas nominadas no Código de Processo Penal. Inicia-se esse debate partindo da constatação de que existe um inegável contraste entre a velocidade com que o conhecimento científico é construído e o tempo de atualização normativa. Não obstante a ausência de dispositivo específico sobre as provas atípicas no CPP, é possível utilizar, por analogia - como autoriza o art. 3º do CPP -, o art. 369 do Código de Processo Civil, que dispõe que "as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz". No mesmo sentido, estabelece o art. 295 do Código de Processo Penal Militar ser "admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares". Nesse contexto, embora não haja dispositivos semelhantes no Código de Processo Penal, a doutrina defende que "há consenso de que também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições". Significa dizer, em última análise, que o rol de provas previsto no Título VII do CPP é exemplificativo. Assim, o simples fato de não constar do catálogo legal relacionado às "provas em espécie" não configura razão suficiente para que a perícia ora impugnada seja considerada inadmissível. Entendimento em contrário exigiria do legislador uma irrealizável atualização constante do rol normativo com vistas a acompanhar todas as inovações tecnológicas. As provas científicas atípicas devem submeter-se a critérios específicos para sua aceitação - e consequente admissão - no processo penal. A controlabilidade do correto uso do conhecimento técnico é corolário de um sistema que refuta, de antemão, os mitos da verdade e da confiabilidade absoluta da prova científica. É necessário, portanto, que se estabeleçam critérios de verificabilidade das provas científicas, com o intuito de se evitar o cometimento de injustiças epistêmicas. A questão relacionada à admissibilidade da prova técnica ganha bastante relevo no caso em tela por se tratar de processo submetido ao Tribunal do Júri - cuja decisão meritória, consequentemente, não está sujeita à fundamentação. Por esse motivo, incumbe ao julgador, devidamente provocado pela parte ré, realizar o controle da admissão da prova para evitar que os jurados, alerta a doutrina, "possam ser induzidos a erro ou confusões, com base em uma prova derivada de uma pseudociência, mas que goze da mítica infalibilidade das ciências. [...] Com isso, os juízes de fato não terão contato com a 'má ciência', caso essa não seja admitida". A "autópsia psicológica", raras vezes utilizada na praxis forense brasileira, consiste em exame retrospectivo que busca compreender os aspectos psicológicos envolvidos em mortes não esclarecidas. Trata-se de um método, nos termos da doutrina, "concebido como meio para auxiliar médicos legistas a esclarecer a natureza de uma morte tida como indeterminada e que poderia estar associada a uma causa natural, acidental, suicídio ou homicídio. O método também foi utilizado para conhecer as razões que motivaram mortes autoinfligidas". Por se tratar de uma estratégia complexa, faz-se imperiosa a observância de critérios epistêmicos para a redução do viés produzido pela subjetividade inerente a esse instrumento de avaliação. Daí a importância de fixação de critérios de admissibilidade das provas científicas no processo penal. Nesse sentido, conforme doutrina, "a autópsia psicológica pode ser tão ampla e ilimitada como são os conteúdos

possíveis de se aplicar a ela. E é justamente essa variabilidade que faz com que a autópsia psicológica seja criticada, por se aplicar a muitos contextos e ainda não possuir um modelo padrão universal e validado pela comunidade científica". No caso em análise, verifica-se que a "autópsia psicológica" acostada aos autos não constitui prova ilícita ou ilegítima, razão pela qual não poderá ser desentranhada. Além disso, é admissível, por ser possível ser refutada - seja porque há indicação das fontes originárias dos depoimentos, preservando a cadeia de custódia, seja porque os assistentes técnicos puderam contestar sua cientificidade no curso do processo. No entanto, cumpre repisar que se trata de prova ainda não padronizada pela comunidade científica e erigida, inegavelmente, em aspectos subjetivos - limitando-se a concluir, no caso sub judice, ser "pouco provável" a ocorrência de suicídio. Assim, incumbirá aos jurados, juízes naturais da causa, realizar o cauteloso cotejo do referido laudo com o restante do acervo probatório acostado aos autos.

#### **Informativo 10- Edição Especial STJ**

Sexta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Peculato. Perícia. Indeferimento. Fundamentação inidônea. Imprescindibilidade evidenciada. Infração que deixou vestígios. Materialidade delitiva. Comprovação. Ônus da acusação. Ausência. Absolvição devida. REsp 1.958.753-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 14/9/2022, DJe 30/9/2022.

**Se a suposta prática de crime de peculato ocorreu por meio que deixou vestígios, consubstanciada em fraude na escrituração contábil da municipalidade, mostra-se indispensável a prova pericial, sob pena de ofensa ao art. 386, II, do Código de Processo Penal.**

**Resumo:** O Juízo de primeiro grau pode indeferir as provas que concluir serem desnecessárias para a solução da controvérsia, ou, ainda, aquelas que entender protelatórias, sem que isso caracterize ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, desde que o faça fundamentadamente. No caso houve o indeferimento do pedido de nomeação de assistente técnico para a perícia, sob o fundamento de que "não existem elementos nos autos que demonstrem a necessidade de produção de prova pericial". A ausência de perícia oficial, contudo, ultrapassou a esfera do cerceamento de defesa e da ofensa ao contraditório. Na verdade, a falta do exame, o qual não foi realizado sequer na fase investigatória, afastou a comprovação da própria materialidade delitiva, ofendendo o art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal, impondo-se a absolvição. O fundamento de que a imputação dizia respeito somente ao fato de que os cheques eram descontados "na boca do caixa", não guarda realidade com a totalidade da imputação da denúncia. A ocorrência do desvio do dinheiro público ocorria porque os cheques seriam descontados sem contabilizar os valores na movimentação da tesouraria, bem assim pela manipulação das receitas municipais. Além disso, os supostos desvios teriam sido descobertos por meio de auditoria particular contratada pelo município, ou seja, prova técnica produzida unilateralmente. Destarte, tendo a suposta prática dos peculatos ocorrido por meio que deixou vestígios, qual seja, a fraude na escrituração contábil da municipalidade, mostra-se indispensável a prova pericial, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. Sem ela, e sem a demonstração da impossibilidade da sua realização, está ausente a comprovação da materialidade delitiva. O ônus da produção da prova pericial, indispensável para a comprovação da materialidade delitiva, era da acusação, que não se desincumbiu de seu mister, mas optou por oferecer a denúncia apenas com base em auditoria unilateral, contratada pelo município e feita por empresa privada, a qual, de forma alguma, pode ser comparada a uma perícia oficial, nos termos do art. 159 do Código de Processo Penal.

#### **Informativo 763 STJ**

Terceira Seção. Ramo do Direito: Direito Penal, Direito Penal Militar, Direito Processual Penal Militar.

Tema: Crime do art. 324 do Código Penal Militar. Norma penal em branco. Denúncia que não indica lei, regulamento ou instrução que teria sido violada e não descreve o ato prejudicial à administração militar. Inépcia. Trancamento. CC 191.358-MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 14/12/2022, DJe 19/12/2022.

**O reconhecimento da justa causa para a persecução criminal do delito do art. 324 do CPM exige que o Ministério Público indique, na denúncia, a lei, regulamento ou instrução alegadamente violada, além de descrever o ato prejudicial à administração militar.**

**Resumo:** O conflito de competência decorre da divergência instaurada entre o Juízo federal e o Juízo auditor da auditoria militar. Em ambos houve recusa ao processamento e ao julgamento da suposta prática de delito do art. 324 do CPM imputado a policial militar. O tipo penal previsto no art. 324 do Código Penal Militar, criminaliza o ato de "deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar". Nesse contexto, o Ministério Público imputou ao denunciado, na qualidade negligente, delito militar que se trata de norma penal em branco. Assim, para o reconhecimento da justa causa, exige-se que o Ministério Público indique, na denúncia, a lei, ou o regulamento, ou a instrução alegadamente violada (por tratar-se de norma penal em branco), além de descrever o ato prejudicial à administração militar. Todavia, constata-se que o *Parquet* não se desincumbiu do seu ônus de, no ponto, declinar as circunstâncias essenciais ao reconhecimento da justa causa, nos termos dos arts. 77 e 78 do Código de Processo Penal Militar. A peça nem especifica qual lei, regulamento, ou instrução teriam sido violados. Outrossim, o Órgão acusatório não relata nenhum ato prejudicial à administração militar. Desse modo, para imputação do delito previsto art. 324 do CPM, não basta o Ministério Público tão somente reproduzir o seu teor, mas indicar qual lei, regulamento, ou instrução teria sido violada, descrevendo o ato prejudicial à administração militar, tendo em vista que "o art. 324 do Código Penal Militar pressupõe a prática de ato prejudicial à administração militar. (...) Pressupõe também, porque se trata de tipo penal incompleto (de descrição incompleta da conduta incriminada), que a conduta descrita tenha precipuamente inobservado lei, regulamento ou instrução" (STJ, RHC 16.115/PA, Relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 21/10/2004, DJ de 9/2/2005, p. 222).

#### **Informativo 763 STJ**

Terceira Seção. Ramo do Direito: Direito Penal, Processual Penal.

Tema: Crime do art. 324 do Código Penal Militar. Norma penal em branco. Denúncia que não indica lei, regulamento ou instrução que teria sido violada e não descreve o ato prejudicial à administração militar. Inépcia. Trancamento. CC 191.358-MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 14/12/2022, DJe 19/12/2022 Crime de falsificação de documento público. Identidades funcionais do Poder Judiciário da União. Documento expedido pela Administração Pública Federal. Art. 4º da Lei n. 12.774/2012. Ofensa à fé pública e à presunção de veracidade. Interesse direto da União. Competência da Justiça Federal. CC 192.033-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 14/12/2022, DJe 19/12/2022.

#### **Informativo 763 STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Penal Militar, Direito Processual Penal, Direito Processual Penal Militar.

Tema: Crime praticado por policial militar. Conduta fora do horário de serviço, sem farda e em ação dissociada de suas atribuições funcionais. Competência da Justiça Comum. HC 764.059-SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 7/2/2023.

**A Justiça Militar é incompetente para processar e julgar crime cometido por policial militar que, ainda que esteja na ativa, pratica a conduta ilícita fora do horário de serviço, em contexto dissociado do exercício regular de sua função e em lugar não vinculado à Administração Militar.**

**Resumo:** A controvérsia consiste em definir se é competência da justiça castrense processar e julgar delito cometido por policial de folga, sem farda, com veículo pessoal e portando arma particular. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "não se enquadra no conceito de crime militar previsto no art. 9º, I, alíneas "b" e "c", do Código Penal Militar o delito cometido por Policial Militar que, ainda que esteja na ativa, pratica a conduta ilícita fora do horário de serviço, em contexto dissociado do exercício regular de sua função e em lugar não vinculado à Administração Militar" (AgRg no HC 656.361/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 16/8/2021). No caso, a Corte Estadual entendeu que na ocasião dos fatos, o acusado estava de folga e, portanto, sem a farda da corporação, não se identificou como policial, bem como utilizou seu veículo pessoal e sua arma particular. Assim, embora ostentasse a condição de policial militar na ativa, a prática delitiva não decorreu de seu serviço ou em razão da função. A circunstância é corroborada pela declaração da vítima, na qual afirma que os indivíduos que o abordaram não se apresentaram como policiais, vestiam roupas comuns e não estavam fardados. Diante disso, a Lei n. 13.491/2017 não tem aplicação no caso, tendo em vista que o acusado é um policial de folga, hipótese que não se tornou crime militar nos termos da novel legislação. A referida lei, frisa-se, não alterou a competência nestes casos, mas apenas ampliou o rol de condutas para abarcar crimes contra civis previstos na Legislação Penal Comum (Código Penal e leis esparsas), desde que praticados por militar em serviço ou no exercício da função (art. 9º, II, Lei n. 13.491/2017).

#### **Informativo 763 STJ**

Quinta Turma. Ramo do Direito: Direito Processual Penal.

Tema: Inquérito policial. Busca e apreensão. Computadores apreendidos pela polícia. Quebra da cadeia de custódia. Ausência de registros documentais sobre o modo de coleta e preservação dos equipamentos. Violação à confiabilidade, integridade e autenticidade da prova digital. Inadmissibilidade da prova. Processo sob segredo de justiça, Rel. Ministro Messod Azulay Neto, Rel. Ac. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por maioria, julgado em 7/2/2023.

**São inadmissíveis as provas digitais sem registro documental acerca dos procedimentos adotados pela polícia para a preservação da integridade, autenticidade e confiabilidade dos elementos informáticos.**

**Resumo:** A principal finalidade da cadeia de custódia, enquanto decorrência lógica do conceito de corpo de delito (art. 158 do Código de Processo Penal), é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juízo. Busca-se assegurar que os vestígios são os mesmos, sem nenhum tipo de adulteração ocorrida durante o período em que permaneceram sob a custódia do Estado. No caso, a defesa sustenta que a polícia não documentou nenhum de seus procedimentos no

manuseio dos computadores apreendidos na casa do investigado e, portanto, aferir sua procedência demanda apenas que se avalie a existência da documentação referente à cadeia de custódia, ou seja, se foram adotadas pela polícia cautelas suficientes para garantir a mesmidade das fontes de prova arrecadadas no inquérito, especificamente envolvendo os conteúdos dos computadores apreendidos na residência do acusado. Em que pese a intrínseca volatilidade dos dados armazenados digitalmente, já são relativamente bem delineados os mecanismos necessários para assegurar sua integridade, tornando possível verificar se alguma informação foi alterada, suprimida ou adicionada após a coleta inicial das fontes de prova pela polícia. Pensando especificamente na situação, a autoridade policial responsável pela apreensão de um computador (ou outro dispositivo de armazenamento de informações digitais) deve copiar integralmente (*bit a bit*) o conteúdo do dispositivo, gerando uma imagem dos dados: um arquivo que espelha e representa fielmente o conteúdo original. Aplicando-se uma técnica de algoritmo *hash*, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo - uma espécie de impressão digital ou DNA, por assim dizer, do arquivo. Esse código *hash* gerado da imagem teria um valor diferente caso um único *bit* de informação fosse alterado em alguma etapa da investigação, quando a fonte de prova já estivesse sob a custódia da polícia. Mesmo alterações pontuais e mínimas no arquivo resultariam numa *hash* totalmente diferente, pelo que se denomina em tecnologia da informação de efeito avalanche. Desse modo, comparando as *hashes* calculadas nos momentos da coleta e da perícia (ou de sua repetição em juízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi alterado, minimamente que seja. Não havendo alteração (isto é, permanecendo íntegro o corpo de delito), as *hashes* serão idênticas, o que permite atestar com elevadíssimo grau de confiabilidade que a fonte de prova permaneceu intacta. Contudo, no caso, não existe nenhum tipo de registro documental sobre o modo de coleta e preservação dos equipamentos, quem teve contato com eles, quando tais contatos aconteceram e qual o trajeto administrativo interno percorrido pelos aparelhos uma vez apreendidos pela polícia. Nem se precisa questionar se a polícia espelhou o conteúdo dos computadores e calculou a *hash* da imagem resultante, porque até mesmo providências muito mais básicas do que essa - como documentar o que foi feito - foram ignoradas pela autoridade policial. Salienta-se, ainda, que antes mesmo de ser periciado pela polícia, o conteúdo extraído dos equipamentos foi analisado pela própria instituição financeira vítima. O laudo produzido pelo banco não esclarece se o perito particular teve acesso aos computadores propriamente ditos, mas diz que recebeu da polícia um arquivo de imagem. Entretanto em nenhum lugar há a indicação de como a polícia extraiu a imagem, tampouco a indicação da *hash* respectiva, para que fosse possível confrontar a cópia periciada com o arquivo original e, assim, aferir sua autenticidade. Por conseguinte, os elementos comprometem a confiabilidade da prova: não há como assegurar que os elementos informáticos periciados pela polícia e pelo banco são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores do réu, o que acarreta ofensa ao art. 158 do CPP com a quebra da cadeia de custódia dos computadores apreendidos pela polícia, inadmitindo-se as provas obtidas por falharem num teste de confiabilidade mínima; inadmissíveis são, igualmente, as provas delas derivadas, em aplicação analógica do art. 157, § 1º, do CPP.

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E FALSA IDENTIDADE. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato.

Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

4. Sobre a gravação audiovisual, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 ("ADPF das Favelas"), reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos".

5. Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência, conforme se extrai da exegese do art. 248 do CPP, segundo o qual, "Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência".

6. É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo - vinculado à justa causa - para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas.

7. Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade.

8. Segundo Alexandre Morais da Rosa, "Fishing Expedition ou Pescaria Probatória é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem 'causa provável', alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém. [É] a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fisgados, muito menos a quantidade" (ROSA, Alexandre Morais da, Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021, p. 389-390).

9. Sobre o desvio de finalidade no Direito Administrativo, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina: "Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la;

é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício denominado 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade' são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo, 27 ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 106).

10. No caso dos autos, o ingresso em domicílio foi amparado na possível prática de crime de falsa identidade, na existência de mandado de prisão e na suposta autorização da esposa do acusado para a realização das buscas.

10.1 O primeiro fundamento - crime de falsa identidade - não justificava a entrada na casa do réu, porque, no momento em que ingressaram no lar, os militares ainda não sabiam que o acusado havia fornecido anteriormente à guarnição os dados pessoais do seu irmão, o que somente depois veio a ser constatado. Não existia, portanto, situação fática, conhecida pelos policiais, a legitimar o ingresso domiciliar para efetuar-se a prisão do paciente por flagrante do crime de falsa identidade, porquanto nem sequer tinham os agentes públicos conhecimento da ocorrência de tal delito na ocasião.

10.2 No tocante ao segundo fundamento, releva notar que, além de não haver sido seguido o procedimento legal previsto no art. 293 do CPP, não se sabia - com segurança - se o réu estava na casa, visto que não fugiu da guarnição para dentro do imóvel com acompanhamento imediato em seu encalço; na verdade, o acusado tomou rumo ignorado, com notícia de que provavelmente estaria escondido dentro do cemitério, mas os agentes foram até a residência dele "colher mais informações".

10.3 Mesmo se admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para captura do acusado - em cumprimento ao mandado de prisão ou até por eventual flagrante do crime de falsa identidade -, a partir das premissas teóricas acima fundadas, nota-se, com clareza, a ocorrência de desvirtuamento da finalidade no cumprimento do ato.

Isso porque os objetos ilícitos (drogas e uma munição calibre .32) foram apreendidos no chão de um dos quartos, dentro de uma caixa de papelão, a evidenciar que não houve mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo réu - certamente portador de dimensões físicas muito superiores às do referido recipiente -, mas sim verdadeira pescaria probatória dentro do lar, totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar o paciente.

10.4 Por fim, quanto ao último fundamento, as regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que a esposa do paciente - adolescente de apenas 16 anos de idade - teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do casal, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor de seu cônjuge. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

10.5 A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do acusado, em violação da norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela derivados, porque decorrentes diretamente dessa diligência policial.

É preciso ressaltar, contudo, que a condenação pelo crime do art. 307 do CP (falsa identidade) não é atingida pela declaração de ilicitude das provas colhidas a partir da invasão de domicílio, eis que a prática do delito, ao que consta, foi anterior ao ingresso dos agentes no lar do acusado.

11. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas a partir da violação do domicílio do acusado, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolvê-lo das imputações relativas aos crimes do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 e 14 da Lei n. 10.826/2003.

(HC n. 663.055/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022.)

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO AUTORIZAÇÃO PELO AGENTE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE.**

1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências.

2. No caso, o agente foi flagrado em sua própria residência em posse de 5g (cinco gramas) de crack.

3. O cumprimento de mandado de prisão não justifica a realização de busca na residência do agente, procedimento que demanda autorização judicial expressa ou a autorização explícita e espontânea do réu, o que não ocorreu in casu, como consignado corretamente na sentença absolutória.

4. Na mesma linha a manifestação da Procuradoria-Geral da República, para quem, "diante da ilegalidade no ingresso dos policiais na residência do paciente, deve ser reconhecida a invalidade das provas obtidas mediante violação domiciliar, bem como restabelecida a absolvição aplicada pelo juízo sentenciante".

5. Habeas corpus concedido para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio, com o conseqüente restabelecimento da sentença absolutória, acolhido o parecer ministerial.

(HC n. 695.457/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 14/3/2022.)

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL OU DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. REDUZIDA QUANTIDADE DE MATERIAL TÓXICO APREENDIDO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ART. 319 DO CPP. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. RECLAMO PROVIDO EM MENOR EXTENSÃO.**

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da alegação de nulidade da prisão por ausência de representação da autoridade policial ou do órgão ministerial, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, tendo em vista que a matéria não foi analisada pelo Tribunal impetrado no aresto combatido.

2. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, se a

construção é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação.

3. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

4. No caso, não obstante a reprovabilidade da conduta, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente e as condições pessoais da agente, primário, jovem com idade inferior a 21 anos e com domicílio fixo.

5. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, neste ponto, provido em menor extensão para substituir a custódia preventiva da recorrente pelas medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

(RHC n. 71.258/MG, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe de 1/8/2016.)

**RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ATUAÇÃO DAS GUARDAS MUNICIPAIS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CLARA, DIRETA E IMEDIATA COM A TUTELA DOS BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 157 E 244 DO CPP. RECURSO PROVIDO.**

1. A Constituição Federal de 1988 não atribui à guarda municipal atividades ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras "polícias municipais", mas tão somente de proteção do patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações. A exclusão das guardas municipais do rol de órgãos encarregados de promover a segurança pública (incisos do art. 144 da Constituição) decorreu de opção expressa do legislador constituinte - apesar das investidas em contrário - por não incluir no texto constitucional nenhuma forma de polícia municipal.

2. Tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Civil - em contrapartida à possibilidade de exercerem a força pública e o monopólio estatal da violência - estão sujeitas a rígido controle correccional externo do Ministério Público (art. 129, VII, CF) e do Poder Judiciário (respectivamente da Justiça Militar e da Justiça Estadual). Já as guardas municipais - apesar da sua relevância - não estão sujeitas a nenhum controle correccional externo do Ministério Público nem do Poder Judiciário. É de ser ver com espanto, em um Estado Democrático de Direito, uma força pública imune a tais formas de fiscalização, a corroborar, mais uma vez, a decisão conscientemente tomada pelo Poder Constituinte originário quando restringiu as balizas de atuação das guardas municipais à vigilância do patrimônio municipal.

3. Não é preciso ser dotado de grande criatividade para imaginar - em um país com suas conhecidas mazelas estruturais e culturais - o potencial caótico de se autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao comando do prefeito local e insubmissa a qualquer controle externo. Ora, se mesmo no modelo de policiamento sujeito a controle externo do Ministério Público e concentrado em apenas 26 estados e um Distrito Federal já se encontram dificuldades de contenção e responsabilização por eventuais abusos na atividade policial, é fácil identificar o exponencial aumento de riscos e obstáculos à fiscalização caso se permita a organização de polícias locais nos 5.570 municípios brasileiros.

4. A exemplificar o patente desvirtuamento das guardas municipais na atualidade, cabe registrar que muitas delas estão alterando suas denominações para "Polícia Municipal". Ademais, inúmeros municípios pelo país afora - alguns até mesmo de porte bastante diminuto - estão equipando as suas guardas com fuzis, equipamentos de uso bélico, de alto poder letal e de uso exclusivo das Forças Armadas.

5. A adequada interpretação do art. 244 do CPP é a de que a fundada suspeita de posse de corpo de delito é um requisito necessário, mas não suficiente, por si só, para autorizar a realização de busca pessoal, porque não é a qualquer cidadão que é dada a possibilidade de avaliar a presença dele; isto é, não é a todo indivíduo que cabe definir se, naquela oportunidade, a suspeita era fundada ou não e, por consequência, proceder a uma abordagem seguida de revista. Em outras palavras, mesmo se houver elementos concretos indicativos de fundada suspeita da posse de corpo de delito, a busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição para tanto, a quem compete avaliar a presença de tais indícios e proceder à abordagem do suspeito.

6. Ao dispor no art. 301 do CPP que "qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito", o legislador, tendo em conta o princípio da autodefesa da sociedade e a impossibilidade de que o Estado seja onipresente, contemplou apenas os flagrantes visíveis de plano, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém. Diferente, porém, é a hipótese em que a situação de flagrante só é evidenciada após realizar atividades invasivas de polícia ostensiva ou investigativa como a busca pessoal ou domiciliar, uma vez que não é qualquer do povo que pode investigar, interrogar, abordar ou revistar seus semelhantes.

7. Da mesma forma que os guardas municipais não são equiparáveis a policiais, também não são cidadãos comuns. Trata-se de agentes públicos com atribuição sui generis de segurança, pois, embora não elencados no rol de incisos do art. 144, caput, da Constituição, estão inseridos § 8º de tal dispositivo; dentro, portanto, do Título V, Capítulo III, da Constituição, que trata da segurança pública em sentido lato. Assim, se por um lado não podem realizar tudo o que é autorizado às polícias, por outro lado também não estão plenamente reduzidos à mera condição de "qualquer do povo"; são servidores públicos dotados do importante poder-dever de proteger o patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações.

8. É possível e recomendável, dessa forma, que exerçam a vigilância, por exemplo, de creches, escolas e postos de saúde municipais, de modo a garantir que não tenham sua estrutura física danificada ou subtraída por vândalos ou furtadores e, assim, permitir a continuidade da prestação do serviço público municipal correlato a tais instalações. Nessa esteira, podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade específica de tutelar os bens, serviços e instalações municipais, e não de reprimir a criminalidade urbana ordinária, função esta cabível apenas às polícias, tal como ocorre, na maioria das vezes, com o tráfico de drogas.

9. Não é das guardas municipais, mas sim das polícias, como regra, a competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais.

Poderão, todavia, realizar busca pessoal em situações absolutamente excepcionais - e por isso interpretadas restritivamente - nas quais se demonstre concretamente haver

clara, direta e imediata relação de pertinência com a finalidade da corporação, isto é, quando se tratar de instrumento imprescindível para a tutela dos bens, serviços e instalações municipais. Vale dizer, só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se houver, além de justa causa para a medida (fundada suspeita de posse de corpo de delito), relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, o que não se confunde com permissão para realizarem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária.

10. Na hipótese dos autos, os guardas municipais estavam em patrulhamento quando depararam com o recorrente sentado na calçada, o qual, ao avistar a viatura, levantou-se e colocou uma sacola plástica na cintura. Por desconfiar de tal conduta, decidiram abordá-lo e, depois de revista pessoal, encontraram no referido recipiente certa quantidade de drogas que ensejou a prisão em flagrante delito.

11. Ainda que eventualmente se considerasse provável que a sacola ocultada pelo réu contivesse objetos ilícitos, não estavam os guardas municipais autorizados, naquela situação, a avaliar a presença da fundada suspeita e efetuar a busca pessoal no acusado.

Caberia aos agentes municipais, apenas, naquele contexto totalmente alheio às suas atribuições, acionar os órgãos policiais para que realizassem a abordagem e revista do suspeito, o que, por não haver sido feito, macula a validade da diligência por violação do art. 244 do CPP e, por conseguinte, das provas colhidas em decorrência dela, nos termos do art. 157 do CPP, também contrariado na hipótese.

12 . Recurso especial provido.

(REsp n. 1.977.119/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022.)

## Atuação da Defensoria Pública

Com vistas a reforçar seu papel na promoção de direitos humanos, por meio da melhoria das condições de encarceramento, a Defensoria Pública Estadual realizou inspeções no Presídio de Trânsito de Campo Grande (27.02.2023), no Estabelecimento Penal Feminino Irmã Zorzi (10.03.2023) e no Estabelecimento Penal de Dois Irmãos do Buriú (04.04.2023).

A atividade de inspeção em Estabelecimento Penais por órgão independente e externo à Administração Penitenciária é prevista na Lei de Execução Penal, nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela) e na Resolução CNPCP nº 7, de 13 de dezembro de 2018, a fim assegurar a dignidade da pessoa humana no ambiente prisional (Convenção Americana de Direitos Humanos).

Através desse trabalho, será possível ter real dimensão das situações vivenciadas pelos presos provisórios e definitivos, além de traçar linha estratégica para aperfeiçoar a atuação institucional na formulação de políticas públicas.



<https://canalcienciascriminais.com.br/falta-de-pagamento-de-fianca/>

**Para STJ, suspeito fumando na janela não autoriza invasão de residência por policiais militares**

<https://canalcienciascriminais.com.br/stj-suspeito-fumando-na-janela/>

**TJSP define que não é possível aumentar pena apenas pelo número de majorantes**

<https://canalcienciascriminais.com.br/tjsp-define-numero-majorantes/>



**ANTES DA VIOLÊNCIA STJ desclassifica roubo para furto porque réus não tiveram tempo de usar violência**

<https://www.conjur.com.br/2023-fev-27/stj-desclassifica-roubo-furto-porque-alarme-tocou-reus-fugiram>

**Precisa de reforma Aury Lopes Jr: CPP atual é um Frankenstein jurídico sem coerência**

<https://www.migalhas.com.br/quentes/379899/aury-lobes-jr-cpp-atual-e-um-frankenstein-juridico-sem-coerencia>



**EXCEÇÃO À REGRA Juiz pode desclassificar conduta ao receber denúncia se isso gerar benefício ao réu**

<https://www.conjur.com.br/2023-fev-10/juiz-desclassificar-crime-receber-denuncia-beneficiar-reu>

**CRIME HEDIONDO STJ concede liberdade a condenado por tráfico que foi torturado para confessar**

<https://www.conjur.com.br/2023-jan-27/stj-concede-liberdade-condenado-traffic-foi-torturado>

**SEM MANDADO JUDICIAL Galinheiro em terreno aberto pode ser invadido para investigação de tráfico**

<https://www.conjur.com.br/2023-jan-23/stj-valida-apreensao-drogas-galinheiro-terreno-aberto>

**Vale a pena  
Conferir – Artigos, notícias e  
Publicações Jurídicas**

**OLHOS DE LINCE STJ endurece seus critérios para aceitar justificativas para invasões de domicílio**

<https://www.conjur.com.br/2023-jan-22/stj-endurece-criterios-aceitar-invasao-domicilio>

**Falta de pagamento de fiança não justifica manutenção de prisão preventiva**

**CASO A CASO Crime hediondo não justifica adoção de regime fechado, decide Fachin**

<https://www.conjur.com.br/2023-fev-09/crime-hediondo-nao-justifica-regime-fechado-decide-fachin>

**DEIXA EM OFF Comparação vocal a partir de gravação de depoimento em outra investigação é ilegal**

<https://www.conjur.com.br/2023-fev-09/comparacao-vocal-partir-gravacao-outro-ilegal>

**ENTRADA PROIBIDA Apreensão de arma não justifica invasão de domicílio para busca de drogas**

<https://www.conjur.com.br/2023-fev-08/apreensao-arma-nao-justifica-invasao-domicilio-pms>

**CHEIRO DO MEDO Nervosismo não justifica abordagem policial e revista pessoal, decide STJ**

<https://www.conjur.com.br/2023-fev-08/nervosismo-nao-justifica-abordagem-policial-revista-pessoal>

**ME DÊ MOTIVOS Denúncia anônima não justifica busca domiciliar sem mandado, reafirma STJ**

<https://www.conjur.com.br/2023-fev-08/denuncia-anonima-nao-justifica-busca-domiciliar-mandado>

**ANIMUS ASSOCIATIVO Mera reunião não caracteriza crime de associação para o tráfico de drogas**

<https://www.conjur.com.br/2023-fev-07/mera-reuniao-nao-caracteriza-crime-associacao-traffic>

**Julgamento | Sessão STJ mantém preso motorista escolar acusado de estupro de vulnerável**

<https://www.migalhas.com.br/quentes/381213/stj-mantem-presos-motorista-escolar-acusado-de-estupro-de-vulneravel>

**Aborto legal? Aborto: O absurdo caso de criança grávida por estupro pela segunda vez**

<https://www.migalhas.com.br/quentes/380946/aborto-o-absurdo-caso-de-crianca-gravida-por-estupro-pela-segunda-vez>

**Alegar que réu é reincidente não basta para manter prisão preventiva, decide TJSP ao conceder habeas corpus a acusado por tráfico**

<https://sinteseccriminal.com/alegar-que-reu-e-reincidente-nao-basta-para-manter-prisao-preventiva-decide-tjsp-ao-conceder-habeas-corpus-a-acusado-por-traffic/>

**Por atuação ilegal da Guarda Municipal, STJ declara nulidade de provas obtidas em desfavor de homem flagrado por câmeras de segurança vendendo drogas**

<https://sinteseccriminal.com/por-atuacao-ilegal-da-guarda-municipal-stj-declara-nulidade-de-provas-obtidas-em-desfavor-de-homem-flagrado-por-cameras-de-seguranca-vendendo-drogas/>

**Por fundamentação genérica na decisão que ratificou o recebimento da denúncia, TJRJ anula processo**

<https://sinteseccriminal.com/fundamentacao-generico-decisao-ratificou-denuncia-tjrj/>

**Prisão preventiva de jovem de 20 anos flagrado com pouco mais de 30g de maconha é contraproducente, decide Barroso ao conceder habeas corpus**

<https://sinteseccriminal.com/prisao-preventiva-de-jovem-de-20-anos-flagrado-com-pouco-mais-de-30g-de-maconha-e-contraproducente-decide-barroso-ao-conceder-habeas-corpus/>

**Apreensão de drogas e reincidência específica, por si sós, não autorizam condenação por tráfico, decide ministro ao absolver réu**

<https://sinteseccriminal.com/apreensao-de-drogas-e-reincidencia-especifica-por-si-sos-nao-autorizam-condenacao-por-traffic-decide-ministro-ao-absolver-reu/>

**Acordo de não persecução: ausência de confissão durante inquérito policial não pode impedir o oferecimento do acordo**

<https://sinteseccriminal.com/acordo-de-nao-persecucao-ausencia-de-confissao-durante-inquerito-policial-nao-pode-impedir-o-oferecimento-do-acordo/>

**Fachin reconhece retroatividade do acordo de não persecução em processo já transitado em julgado**

<https://sinteseccriminal.com/fachin-reconhece-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-em-processo-ja-transitado-em-julgado/>

**Opinião**

**LAVAJATISMO EM QUEDA LIVRE. Afastamento de Bretas mostra que juízes não podem tratar réus como inimigos**

<https://www.conjur.com.br/2023-fev-28/afastamento-bretas-reforca-exigencia-imparcialidade-juizes>

## Expediente



**Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul**  
Defensoria Pública-Geral do Estado

**Pedro Paulo Gasparini**  
Defensor Público-Geral do Estado.

**Hemero Lupo Medeiros**  
Primeiro Subdefensor Público-Geral.

**Daniel de Oliveira Falleiros Calmes**  
Coordenador do Núcleo Institucional Criminal – NUCRIM  
com participação/colaboração da Segunda Subdefensora Pública-Geral **Luciene Borin Lima**

**Boletim Periódico do Núcleo Institucional Criminal - NUCRIM**  
Ano 3 - 7ª Edição – Fevereiro-Março /2023

**Redação, edição e diagramação:** Jhonatan da Silva Guimarães com participação/colaboração de Michele Rodrigues de Oliveira

**Revisão Final:** Daniel de Oliveira Falleiros Calmes  
Coordenador do Núcleo Institucional Criminal – NUCRIM

**Núcleo Institucional Criminal - NUCRIM**  
Rua da Paz, 14, bairro Jardim dos Estados, Campo Grande, MS  
CEP 79002-919  
[nucrim@defensoria.ms.def.br](mailto:nucrim@defensoria.ms.def.br)