

### **Informativo do Núcleo Institucional Criminal – NUCIM nº 02 / 05.06.2023**

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

Esta edição contará com alguns julgados de relevância dos Tribunais Superiores, matérias sedimentadas e sugestões de teses jurídicas para atuação diária.

Reiteramos o convite para que as(os) colegas nos enviem sugestões e suas contribuições para aprimoramento.  
Boa leitura a todos e todas.

## **Jurisprudência do STF e STJ**

### **1. Tribunal da Cidadania reafirma a impossibilidade de execução provisória imediata de condenação pelo Tribunal do Júri.**

HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA COMO DECORRÊNCIA AUTOMÁTICA DA CONDENAÇÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. PENA SUPERIOR A 15 ANOS DE RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DOMINANTE NA QUINTA E SEXTA TURMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RÉU QUE ESTAVA EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O DECRETO PRISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Em relação à matéria em discussão, ainda que o art. 492, I, e, do CPP seja posterior às ADCs n. 43, n. 44 e n. 54 do STF, o entendimento predominante na Quinta e Sexta Turmas desta Corte segue a diretriz jurisprudencial de que não se admite a execução imediata de condenação pelo Tribunal do Júri, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes (RHC n. 167.291/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22/8/2022). 2. Paciente que foi posto em liberdade, não tendo sido apresentado nenhum fundamento concreto ou fato contemporâneo que pudesse justificar o encarceramento após o julgamento pelo Júri. 3. Conquanto tenha sido mencionado pelo Juízo a quo que o Parquet formulou suas razões em Plenário, pugnando, ao final, pela condenação e adoção de providências cautelares, essa particularidade não está consignada na ata do julgamento. 4. Ordem concedida para revogar a prisão do paciente até o trânsito em julgado do processo principal. Não tem mais efeito as medidas cautelares impostas na decisão de tutela antecipada de fls. 1.657/1.659. (HC n. 793.944/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2/5/2023, DJe de 4/5/2023).

## **2. Crime de violência doméstica contra a mulher e a impossibilidade de decretação da prisão preventiva na ocasião em que o Ministério Público requer aplicação de medidas cautelares diversas.**

(...) Tratando-se de crime que envolve violência doméstica contra a mulher, se o Ministério Público requer o deferimento da liberdade provisória, com monitoração eletrônica, além do afastamento do autuado do lar conjugal, o juiz não pode decretar a prisão preventiva de ofício, pois isso viola o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal. A reforma promovida pela Lei 13.964/2019 busca consolidar a cisão das funções de investigar, acusar e julgar. Assim sendo, a alteração feita no art. 311 do CPP é clara em destituir o julgador da capacidade de decretar a prisão preventiva sem que seja provocado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial. Nesse sentido, a determinação de prisão sem que haja requerimento ou representação é contrária ao texto do art. 311 do CPP. E, aqui, deve-se destacar claramente: não se está a proibir ou inviabilizar a segregação de imputados perigosos em casos em que a prisão cautelar se justifica nos termos do art. 312 do CPP. Isso pode e deve ser feito em conformidade com o texto constitucional e legal, que autoriza a privação da liberdade individual a partir de pedido do Ministério Público ou representação da autoridade policial. (STF, HC 227.500, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática de 03.05.2023).

## **3. O não oferecimento tempestivo do Acordo de Não Persecução Penal desacompanhado de motivação idônea constitui nulidade absoluta.**

HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PROPOSTA EXTEMPORÂNEA. INSTITUTO PRÉ-PROCESSUAL. NULIDADE ABSOLUTA. PREJUÍZO COMPROVADO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO-CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Hipótese em que o acordo de não persecução penal foi oferecido após o oferecimento da denúncia, quando inclusive já se encontrava finalizada a instrução criminal. 3. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, implementado pela Lei n. 13.964/2019, é um instituto jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado. Trata-se de fase prévia e alternativa à propositura de ação penal. 4. O oferecimento extemporâneo da proposta de ANPP é causa de nulidade absoluta, nos termos da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 5. Prejuízo ao réu decorrente da instauração do processo-crime em seu desfavor, diante da ausência de justa causa para o oferecimento da denúncia. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a Ação Penal n. 1503244-86.2022.8.26.0228. (HC n. 795.848/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 18/4/2023).

## **4. Modificação de quadro fático jurídico do réu depois do julgamento de recurso de apelação autoriza análise de Acordo de Não Persecução Penal.**

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO JURÍDICO. NOVO PATAMAR DE APENAMENTO. CABIMENTO DO ANPP. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. I - É cabível o acordo de não persecução penal na procedência parcial da pretensão punitiva. II - No caso em tela, o e. Tribunal

a quo, ao julgar o recurso de apelação interposto pela Defesa, deu-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de falsidade ideológica (CP, art. 299), tornando, assim, objetivamente viável a realização do acordo de não persecução penal, em razão do novo patamar de apenamento - pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos. Houve, portanto, uma relevante alteração do quadro fático jurídico, tornando-se potencialmente cabível o ANPP. III - Assim, nos casos em que houver a modificação do quadro fático jurídico, como no caso em questão, e ainda em situações em que houver a desclassificação do delito - seja por emendatio ou mutatio libelli -, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos para o ANPP, torna-se cabível o instituto negocial. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp n. 2.016.905/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 14/4/2023).

##### **5. Possibilidade de exercer o silêncio parcial no curso do interrogatório.**

(...) Inicialmente, deve-se esclarecer que o interrogatório, embora conduzido pelo Juízo, é ato de defesa, muitas vezes, a única oportunidade de o réu exercer a sua autodefesa na instrução criminal. Ocorre que o Código de Processo Penal não é claro sobre a possibilidade de o réu exercer o seu direito ao silêncio, quanto ao mérito, em bloco. De outra forma, não proscreeva a possibilidade, plausível até como forma de economia processual, já que o réu pode exercer sua autodefesa de forma livre, não havendo razões para se indeferir liminarmente que se manifeste sob a condução das perguntas de seu patrono. Isso porque o interrogatório possui duas partes, e não apenas a identificação do acusado, quando o direito ao silêncio pode ser mitigado. Em outras palavras, quanto ao mérito, a autodefesa se exerce de modo livre, desimpedido e voluntário. No caso concreto, merecem destaques dois pontos: a insurgência da defesa no momento da própria audiência (de forma a afastar a preclusão) e a efetiva impossibilidade, ao fim, de o réu exercer o seu direito de autodefesa. Verifica-se, portanto, que, no caso concreto, o réu acabou por não exercer o seu direito de palavra durante a instrução processual, considerando a Juíza que presidiu o ato processual que seria suficiente a apresentação de declaração por escrito, pelo acusado ou por seu advogado. Destarte, tendo-se como direito do acusado a possibilidade de autodefesa, que não se confunde com o direito ao silêncio e o de não produzir provas contra si mesmo, considerando-se que a Defesa se insurgiu na própria audiência, bem como que a renovação do interrogatório e dos prazos seguintes não trará *in casu* prejuízo maior à causa do que uma eventual declaração futura de nulidade, tenho que a ordem deva ser concedida. Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concedo a ordem, de ofício, para determinar que nova audiência de instrução seja realizada, oportunizando-se, ao paciente, seu interrogatório (a identificação pessoal é obrigatória), bem como a sua livre manifestação quanto ao mérito, seja de forma espontânea ou sob condução de perguntas de qualquer das autoridades, especialmente, do seu próprio patrocínio. Por conseguinte, sejam os prazos subsequentes renovados, sem prejuízo da renovação dos eventuais atos já praticados. (STJ, HC 639.247, Rel. Min. Jesuíno Rissato (desembargador convocado), decisão monocrática de 10.08.2021).

##### **6. É atípica a conduta de preso que solicita entrega de drogas em presídio.**

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE ATO DE EXECUÇÃO. MERA SOLICITAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O exame da pretensão contida no recurso especial dispensa a análise do material probatório, uma vez que se restringe em saber se a interceptação da droga pelos agentes penitenciários antes de ela ser entregue ao seu destinatário, recolhido em estabelecimento prisional, impede a sua condenação pela prática do delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 na modalidade "adquirir", que viria, em tese, a ser por esse praticada, tratando-se, portanto, de questão eminentemente jurídica. 2. O apelo nobre foi interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, por ofensa ao art. 33, da Lei 11.343/06, não havendo que se falar na necessidade de cotejo analítico para fins de comprovação de divergência jurisprudencial. 3. O agravado não praticou qualquer conduta que possa configurar o início do iter criminis do delito descrito no art. 33 da Lei

11.343/2006, porquanto limitou-se, supostamente, a solicitar à sua companheira (corrê) a entrega da droga no interior do presídio em que se encontrava recolhido. 4. Esta Corte tem decidido que a mera solicitação, sem a efetiva entrega do entorpecente ao destinatário no estabelecimento prisional, configura, no máximo, ato preparatório e, sendo assim, impunível. Logo, é de rigor a absolvição do ora agravado, em razão da atipicidade de sua conduta, notadamente porque não comprovada a propriedade da droga. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.999.604/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 24/3/2023).

#### **7. Ilegalidade de ingresso residencial sem mandado em razão de fuga pela presença da polícia.**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUGA DO AGENTE. FUNDADAS RAZÕES. NÃO OCORRÊNCIA. ILICITUDE DE PROVAS RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.616/RO, firmou entendimento no sentido de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 5/11/2015, DJe de 10/5/2016). 2. Na hipótese, não se verifica a presença de justa causa necessária para legitimar o ingresso dos policiais na residência em questão, visto que, conforme se extrai do caderno processual, durante patrulhamento na localidade, os agentes avistaram o paciente, acompanhado dos corrêus Anderson e Lucão, com comportamento supostamente suspeito, e, quando os acusados visualizaram a viatura, teriam corrido. Consoante relatado, o paciente teria fugido em direção a uma residência, razão pela qual os policiais decidiram adentrar no imóvel. 3. Esta Corte já se manifestou que "A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo paciente, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a permitir o ingresso em seu domicílio, sem seu consentimento - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial" (HC n. 415.332/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 21/8/2018). 4. Assim, a simples fuga do agente para o interior do imóvel, ao avistar os agentes de segurança, por si só, não configura justa causa suficiente para autorizar a mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio. 5. Constatada a ilegalidade do ingresso dos policiais na residência em questão sem prévia autorização judicial, devem ser declaradas ilícitas as provas colhidas na operação, quais sejam, um tijolo de maconha de 514 e duas porções fracionadas da substância, uma de 5, 51g e a outra de 1,96g (e-STJ, fl. 72). Apoiada a condenação pela prática do delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 unicamente nas provas acima referenciadas, impõe-se a anulação da sentença condenatória e a absolvição do paciente, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 728.853/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 29/6/2022).

#### **8. Apreensão de pequena porção de droga durante busca pessoal em via pública não justifica ingresso domiciliar sem mandado.**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO STJ. FUNDAMENTO. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 182 DO STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES. INEXISTÊNCIA. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. Ausente a impugnação concreta ao fundamento da decisão agravada, que não conheceu do agravo em recurso especial, tem aplicação a Súmula n. 182 do

Superior Tribunal de Justiça. 2. Verificada a existência de ilegalidade evidente, apta a ser corrigida por meio da concessão de habeas corpus, de ofício. 3. O ingresso na residência onde encontrados os entorpecentes, sem mandado judicial, foi precedido apenas de denúncias anônimas acerca da prática da narcotraficância, sem que fosse realizada qualquer outra diligência investigativa e sem que houvesse qualquer elemento concreto indicando a necessidade de imediata ação policial naquele momento. 4. A apreensão de pequena porção de entorpecente durante busca pessoal, em via pública, não basta para configurar as fundadas razões exigidas para a busca domiciliar desacompanhada de mandado judicial. De todo modo, no caso concreto, nem mesmo a apreensão prévia de drogas em via pública ocorreu. 5. Agravo regimental não conhecido. Concedido habeas corpus, de ofício, para anular as provas obtidas mediante busca e apreensão domiciliar, bem como as provas delas decorrentes e, em consequência, absolver o Agravante da prática do crime de tráfico de drogas. (AgRg no AREsp n. 2.128.941/CE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/5/2023, DJe de 9/5/2023).

#### **9. Nulidade de ingresso residencial motivado por fuga e dispensa de sacola pela janela.**

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE. DILIGÊNCIA REALIZADA NO DOMICÍLIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. FUGA DO PACIENTE PARA O INTERIOR DA RESIDÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES NÃO VERIFICADAS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Sexta Turma, ao revisitar o tema referente à violação de domicílio, no Habeas Corpus n. 598.051/SP, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti, fixou as teses de que "as circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude 'suspeita', ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente", e de que até mesmo o consentimento, registrado nos autos, para o ingresso das autoridades públicas sem mandado deve ser comprovado pelo Estado. 2. No presente caso, o simples fato de o paciente ter empreendido fuga para dentro da residência e dispensado uma sacola pela janela não indica a ocorrência de delito de tráfico de drogas no local. Dessa forma, não se observa contexto fático que justifique a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial. 3. Habeas corpus concedido para absolver o paciente do crime de tráfico de drogas. (HC n. 611.003/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 14/4/2023).

#### **10. Ilegalidade do reconhecimento fotográfico de autor com traço distintivo.**

HABEAS CORPUS. ROUBO. RECONHECIMENTO DE PESSOAS. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS IDÔNEAS. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. 2. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas pelo STF três teses: 2.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto

no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 2.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 2.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. 3. Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica; se, porém, realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do CPP, o ato é inválido e não pode ser usado nem mesmo de forma suplementar. 4. Mais recentemente, com o objetivo de minimizar erros judiciais decorrentes de reconhecimentos equivocados, a Resolução n. 484/2022 do CNJ incorporou os avanços científicos e jurisprudenciais sobre o tema e estabeleceu "diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário" (art. 1º). 5. Cuidam os autos de roubo, com emprego de violência, cometido por dois indivíduos, um dos quais posteriormente reconhecido por meio de show up fotográfico que, na hipótese sob análise, foi justificado pelo fato de que o autor teria um traço distintivo (tatuagem na região do pescoço), a tornar evidente, portanto, a absoluta desconformidade do ato com o rito legal previsto no art. 226 do CPP, porque exibidas às vítimas apenas as fotografias do então suspeito. 6. Em que pese a tatuagem seja um elemento que pode auxiliar na individualização do autor, não há de se perder de vista que também nestes casos impõe-se evitar o risco de falsos positivos. Se se exhibe à vítima uma pessoa (ou imagem da pessoa) e esta única encaixa-se na descrição do culpado, a tendência é de que seja positivamente apontada, ainda que inocente. Por isso, o mesmíssimo cuidado que serve ao alinhamento de pessoas previsto no art. 226 do CPP deve ser observado para a exibição de suspeitos que possuam traços distintivos que se encaixem na descrição oferecida pela vítima. Se a vítima relata que o autor do roubo tinha um piercing, uma cicatriz ou uma tatuagem (como na espécie), a exibição de um único suspeito que possua o referido traço distintivo representa caminho aberto ao risco do apontamento errôneo. De sorte que, uma pessoa inocente mas que tenha tatuagem no mesmo lugar poderá acabar sendo equivocadamente reconhecida por essa coincidência. 7. "A quantidade de atenção que prestamos a um detalhe particular está diretamente relacionado com a possibilidade de recordá-lo posteriormente. Não todos os detalhes de uma pessoa nos impactam da mesma forma. (...) Se o agressor tem um detalhe na cara que destaque muito (um piercing, uma cicatriz, um tatuagem, uma pinta...), a testemunha fixará neste detalhe, sem reparar em outras características do rosto. Nestes casos, é preciso ser especialmente cuidadoso na composição do alinhamento para o reconhecimento, uma vez que todos os componentes devem apresentar o mesmo traço distintivo (ou nenhum deles deve exibi-lo) para evitar o viés do acusado, do qual falaremos em outra seção". (MANZANERO, Antonio L. Memoria de testigos: obtención y valoración de la prueba testifical. Trad. livre Madrid: Pirámide, 2018, p. 155, Trad. livre). 8. Assim, não é possível ratificar a condenação do acusado, visto que apoiada em prova desconforme ao modelo legal e não corroborada por elementos autônomos e independentes, suficientes, por si só, para lastrear a autoria delitiva. 9. Ordem concedida para, ratificando a liminar deferida, restabelecer a absolvição do paciente em relação à prática dos delitos de roubo objeto do Processo n. 1503005-27.2020.8.26.0269. (STJ, HC 742.112, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 23.03.2023).

#### **11. Vícios do ato do reconhecimento pessoal, falta de certeza quanto à autoria delitiva e construção de falsas memórias.**

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL. ÚNICOS ELEMENTOS DE PROVA. CONTRADIÇÕES E INCONSISTÊNCIAS AFERÍVEIS, PRIMO ICTU OCULI. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. DÚVIDA RAZOÁVEL. IN DUBIO PRO REO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Desde que respeitadas as exigências legais, o reconhecimento de pessoas pode ser valorado pelo Julgador. Isso não significa admitir que, em todo e qualquer caso, a afirmação do ofendido de que identifica determinada pessoa como o agente do crime seja prova cabal e irrefutável. Do contrário, a função dos órgãos de Estado encarregados da investigação e da acusação (Polícia e Ministério Público) seria relegada a segundo plano. O Magistrado, por sua vez, estaria reduzido à função homologatória da acusação formalizada pelo ofendido. 2. Consoante jurisprudência desta Corte, o reconhecimento positivo, que respeite as exigências legais, portanto, "é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica" (STJ, HC n. 712.781/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022). 3. O reconhecimento de pessoas que obedece às disposições legais (o que não as observa é nulo, consoante jurisprudência pacífica desta Corte) não prepondera sobre quaisquer outros meios de prova (confissão, testemunha, perícia, acareação, etc.); ao contrário, deve ser valorado como os demais. 4. Há diferentes graus de confiabilidade de um reconhecimento. Se decorrido curto lapso temporal entre o crime e o ato e se a descrição do suspeito é precisa, isenta de contradições e de alterações com o passar do tempo - o que não ocorre no caso em tela - a prova, de fato, merece maior prestígio. No entanto, em algumas hipóteses o reconhecimento deve ser valorado com maior cautela, como, por exemplo, nos casos em que já decorrido muito tempo desde a prática do delito, quando há contradições na descrição declarada pela vítima e até mesmo na situação em que esse relato porventura não venha a corresponder às reais características físicas do suspeito apontado. 5. A confirmação, em juízo, do reconhecimento fotográfico extrajudicial, por si só, não torna o ato seguro e isento de erros involuntários, pois "uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto" (STJ, HC n. 712.781/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022). 6. No caso, é incontroverso nos autos que (i) a condenação do Paciente encontra-se amparada tão somente no depoimento da Vítima e nos reconhecimentos realizados na fase extrajudicial e em juízo; (ii) não foram ouvidas outras testemunhas de acusação; (iii) a res furtiva não foi apreendida em poder do Acusado; (iv) o Réu negou a imputação que lhe foi dirigida. 7. Constata-se, primo ictu oculi e sem a necessidade de incursão aprofundada no acervo probatório, que há diversas inconsistências e contradições nas descrições feitas pela Vítima a respeito dos aspectos fisionômicos do suspeito, o que indica a possibilidade de reconhecimento falho, dado o risco de construção de falsas memórias. O fenômeno não está ligado à ideia de mentira ou falsa acusação, mas sim a de um erro involuntário, a que qualquer pessoa pode ser acometida. 8. Em audiência, a Ofendida nem mesmo afirmou que havia reconhecido o Paciente, em sede policial, com absoluta certeza. Ao contrário, alegou que, naquela ocasião, após visualizar as fotos, apenas sinalizou que possivelmente o Réu seria o autor do crime. 9. Não se desconhece que, na origem, o Paciente responde por dezenas de acusações relativas à suposta prática de roubo. A própria Defesa, com nítida boa-fé, enuncia tal fato na inicial, porém alerta que "em vários deles já foi absolvido em razão de vícios do ato de reconhecimento e de falta de certeza quanto à autoria delitiva" (fl. 34). O alerta defensivo é corroborado pelo substancial estudo anexado aos autos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos, informando que o Paciente já foi absolvido "em 17 ações penais, nas quais o próprio Ministério Público opinou pela improcedência e, por isso, também não interpôs recurso" e que o "principal motivo das absolvições foi a ausência de ratificação, em Juízo, do reconhecimento policial". Portanto, as graves incongruências no reconhecimento do ora Paciente não podem ser sanadas apenas em razão quantidade de vezes em que este foi reconhecido em outros feitos. 10. Considerando que o decreto condenatório está amparado tão somente nos reconhecimentos formalizados pela Vítima e, ainda, as divergências e inconsistências na referida prova, aferíveis de plano e sem a necessidade de incursão no conjunto

fático-probatório, concluo que há dúvida razoável a respeito da autoria delitiva, razão pela qual é necessário adotar a regra de julgamento que decorre da máxima in dubio pro reo, tendo em vista que o ônus de provar a imputação recai sobre a Acusação. 11. Ordem de habeas corpus concedida para absolver o Paciente, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Concedido habeas corpus ex officio para determinar a soltura imediata do Paciente em relação a todos os processos, cabendo aos Juízos e Tribunais, nas ações em curso, e aos Juízos da Execução Penal, nas ações transitadas em julgado, aferirem se a dinâmica probatória é exatamente a mesma repelida nestes autos. Determinada a expedição de ofício comunicando a íntegra desse julgado à Corregedoria de Polícia do Estado do Rio de Janeiro para apuração de eventuais responsabilidades. (HC n. 769.783/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/5/2023, DJe de 1/6/2023).

## **12. Dosimetria da Pena.**

### **12.1 – Da impossibilidade de negatização da pena-base por circunstância inerente ao tipo.**

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. REDIMENSIONAMENTO PROPORCIONAL DO QUANTUM DE EXASPERAÇÃO DA BASILAR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. II - O dolo intenso e o menosprezo pela saúde pública constituem circunstâncias inerentes ao dispositivo violado, as quais não são aptas a ensejar a exasperação da pena-base. Precedentes. III - A circunstância relativa ao "imensurável número de consumidores aos quais se destinava a droga", relaciona-se diretamente com a expressiva quantidade de drogas apreendidas, a qual, aliada à natureza da substância entorpecente, deve ser considerada com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. IV - Afastada a valoração negativa do dolo intenso e do menoscabo pela saúde pública, deve ser a basilar proporcionalmente reduzida, sob pena de reformatio in pejus. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 779.846/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023).

### **12.2 – Impossibilidade de se negatizar a circunstância judicial da “personalidade” com base em expressões genéricas.**

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO AGENTE. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. AFASTAMENTO DEVIDO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Em relação à personalidade do agente, observa-se que o Juízo sentenciante limitou-se a afirmar que o paciente tinha a personalidade "matizada pela maldade, insensibilidade, covardia e frieza". 2. A análise da moduladora personalidade do agente demanda certa complexidade, de modo que para que possa ser valorada corretamente não prescinde de elementos concretos relacionados ao fato que possam auxiliar o magistrado na aferição. Assim, a ausência desses elementos deve conduzir a valoração neutra de tal circunstância, não sendo suficiente para qualificar como negativa a personalidade do agente expressões como "personalidade voltada para a prática de crimes". 3. A menção às circunstâncias fáticas do crime trazida pelo agravante, no intuito de justificar a valoração negativa da personalidade do agente, não consta da sentença, mas da decisão de pronúncia. Ademais, nota-se que se trata apenas da narrativa dos fatos com vistas a demonstrar as razões de pronunciar o agravado como mandante do crime de homicídio, não podendo servir como fundamento para avaliar de forma negativa a personalidade do agente. 4. Agravo desprovido. (AgRg no HC n. 778.150/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023).

E ainda...

### **12.3 - A valoração de antecedentes antigos na dosimetria da pena.**

DIREITO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 150 DA REPERCUSSÃO GERAL. EMBARGOS ACOLHIDOS APENAS PARA FINS DE ESCLARECIMENTO DA TESE. 1. Embargos de declaração opostos em face de acórdão do Plenário Virtual desta Corte, que fixou a tese de repercussão geral referente ao Tema 150, nos seguintes termos: “não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”. 2. A alegada omissão referente à existência de discricionariedade do juízo em utilizar ou não as condenações com período superior a cinco anos para o incremento da pena-base foi afirmada nos votos de todos os Ministros que formaram a maioria. 3. A possibilidade de reconhecer ou não como maus antecedentes condenações antigas ou desimportantes deriva dos institutos da individualização da pena e isonomia, bem como da necessidade de que a reprimenda seja suficiente e necessária para que o condenado não volte a delinquir. Tanto a consideração quanto a desconsideração dessas circunstâncias devem ser devidamente fundamentadas. 4. Embargos de declaração acolhidos, tão somente para aclarar a tese do Tema 150 da repercussão geral, que passa a ser fixada nos seguintes termos: “Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes ou demasiadamente distanciadas no tempo e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal” (STF, EDcl no RE 593.818, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. 25.04.2023).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENA-BASE. ANTECEDENTES. AVALIAÇÃO NEGATIVA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência dominante nesta Corte Superior, não há impedimento de que o juiz sentenciante se valha de condenação já atingida pelo período depurador da reincidência (art. 64, inciso I, do Código Penal) para desvalorar os antecedentes do réu. 2. Não se olvida, todavia, que há julgados no sentido de que os registros da folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados antecedentes, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. Precedentes desta Corte Superior que apontam o prazo mínimo de 10 anos contados da extinção da pena até a prática de novo delito para que sejam afastados os antecedentes. 3. Na hipótese, não transcorreu lapso temporal superior a 10 anos entre a extinção da pena e o novo fato delituoso. Inviável, portanto, exclusão da avaliação negativa dos antecedentes. 4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no HC n. 782.574/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023).

### **13. Configura *bis in idem* a condenação pelo crime de corrupção de menores e organização criminosa majorada pela participação de criança ou adolescente.**

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONDENAÇÕES POR ROUBOS MORAJORADOS PELO CONCURSO DE PESSOAS, PELA RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DAS VÍTIMAS E PELO USO DE ARMA DE FOGO E PELO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA CIRCUNSTANCIADA PELA PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE. PLEITO DE CONDENAÇÃO AUTÔNOMA PELO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONFIGURAÇÃO DE BIS IN IDEM. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A exegese mais consentânea com o bom direito extraída dos comandos normativos contidos no art. 244-B da Lei 8.069/90 e no art. 2.º, § 4.º, da Lei n. 12.850/2013 revela que o intuito do legislador ao trazê-los mundo jurídico é o de tutelar a integridade física, moral e psíquica do menor de idade. 2. Apresentar-se-ia como dupla punição a

condenação tanto pelo delito de organização criminosa majorada pela participação de criança ou adolescente quanto pelo crime de corrupção de menores, devendo prevalecer a aplicação do princípio da especialidade. 3. A fim evitar incabível bis in idem, de rigor conservar a condenação pelo crime previsto no art. 2º, § 4º, inciso I, da Lei 12.850/13; bem como a absolvição quanto ao delito preconizado no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 1.901.761/AC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 18/4/2023).

## Destaques

### 14. Distinguishing da súmula nº 593 - Relativização do crime de estupro de vulnerável:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DENÚNCIA REJEITADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. RECEBIMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍTIMA COM 12 ANOS E RÉU COM 19 ANOS AO TEMPO DO FATO. NASCIMENTO DE FILHO DA RELAÇÃO AMOROSA. AQUIESCÊNCIA DOS PAIS DA MENOR. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA ADOLESCENTE. DISTINGUISHING. PUNIBILIDADE CONCRETA. PERSPECTIVA MATERIAL. CONTEÚDO RELATIVO E DIMENSIONAL. GRAU DE AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL DO FATO. 1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que é absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. 2. A presente questão enseja *distinguishing* quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso, resultou no nascimento de um filho, devidamente reconhecido, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação. 3. "Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade" (RHC 126.272/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe 15/6/2021). 4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima de conviver com o recorrente e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal. 5. "A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente, mas também emocionalmente, desestruturando e entidade familiar constitucionalmente protegida" (REsp n. 1.524.494/RN e AREsp 1.555.030/GO, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021). 6. Recurso especial provido. Restabelecimento da decisão que rejeitou a denúncia - **RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.165 – MS - Ministro Sebastião Reis Júnior - Relator para acórdão - JULGADO: 16/05/2023.**

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL.

INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. HIPÓTESE DE DISTINGUISHING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ. 2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima. 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados e a constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção. 4. A condenação de um jovem que, na época dos fatos, tinha 19 anos, hoje com 25 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional). 5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017). 6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 7. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. **(AgRg no REsp n. 2.029.009/RN, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022).**

### **15. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul concede Habeas Corpus para assegurar silêncio parcial de acusado.**

EMENTA - HABEAS CORPUS – INTERROGATÓRIO – SILÊNCIO PARCIAL – RESPOSTAS ÀS PERGUNTAS EXCLUSIVAMENTE DEFENSIVA - ESTRATÉGIA DA DEFESA – INDEFERIMENTO QUE CONFIGURA MANIFESTA ILEGALIDADE – NEMO TENETUR SE DETEGERE - CONSTRANGIMENTO CARACTERIZADO - DIREITO A SER ASSEGURADO AO ACUSADO – PREQUESTIONAMENTO – ORDEM CONCEDIDA, COM O PARECER. - Realçada manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, a caracterizar constrangimento ilegal, a construção emanada dos tribunais pátrios sedimentou a possibilidade de concessão da ordem inclusive de ofício. - Ao réu é assegurado o direito ao silêncio, ainda que parcial, sendo-lhe facultado eleger quais questionamentos serão respondidos, optando por responder apenas àqueles de iniciativa de sua defesa técnica, ficando reservado ao magistrado a decisão sobre a necessidade de produção de provas, sendo vedado ao juízo ditar a forma do exercício do direito ao silêncio, interferindo diretamente na estratégia delineada pela defesa. - A estratégia porventura traçada com o silêncio parcial se revela constitucionalmente amparada e deve ser assegurada, mesmo porque inexistem razões plausíveis que impeçam o acusado de tentar se beneficiar em alguns pontos e, sobretudo, evitar se autoincriminar em seu relato (artigo 5º, inciso LXIII, da CF, rtigo 186 do CPP e artigo 8.2, "g", da Convenção Americana de Direitos Humanos). - O interrogatório espelha duas partes distintas, quais sejam, uma atinente à identificação do acusado, sem correlação com o direito de não produzir prova contra si, e outra referente ao mérito da pretensão punitiva, quando, então, a autodefesa pode ser exercida de modo livre, desimpedido e voluntário. - Consabido que ao penalmente investigado é assegurado o direito de não se autoincriminar, tal qual positivado no art. 5º, LXIII, da Carta Magna, esculpido, pois, como garantia de envergadura constitucional de primeira dimensão, externada, no âmbito jurídico, através do adágio latino nemo tenetur se detegere (nada a temer por se deter). - É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. – Ordem Concedida (TJMS; Habeas Corpus Criminal - Nº 1406042-70.2023.8.12.0000 - Campo Grande; Relator(a) – Exmo(a). Sr(a). Des. Jairo Roberto de Quadros Impetrante : D. P. do E. de M. G. do S.. Paciente : M. R. M.. DPGE - 1ª Inst. : Rodrigo Oliveira Alvarez (OAB: 345540/DP). Impetrada : J. de D. da 1 V. da V. D. e F. C. da C. de C).

### **16. Tribunal de Justiça de São Paulo anula processo em que não foi oportunizado ao acusado o direito de responder os questionamentos somente da defesa.**

Habeas corpus. TRÁFICO DE DROGAS. Alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Ocorrência. Réu que, em interrogatório, disse que só iria responder às perguntas de seu advogado. Magistrada que encerrou a instrução processual, impossibilitando que fossem feitas as perguntas da defesa. Silêncio, total ou parcial, que é uma garantia do acusado. Precedentes do C. STJ e do TJSP. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida para anular o feito a partir do interrogatório do réu e determinado a sua repetição. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2086716-93.2023.8.26.0000; Relator (a): Diniz Fernando; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapira - 1ª Vara; Data do Julgamento: 15/05/2023; Data de Registro: 15/05/2023).

### **17. Tribunal de Justiça Mineiro entende que Lei Mariana Ferrer não é impedimento para a juntada de antecedentes criminais da vítima em procedimento do júri.**

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ATINGIDA INDIRETAMENTE. CONHECER. INDEFERIMENTO DA JUNTADA DA CAC/FAC DA VÍTIMA. INOVAÇÃO LEGISLATIVA. ARTIGO 474-A, INCISO I, DO CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. PLENITUDE DE DEFESA. DOCUMENTO PÚBLICO E DE NATUREZA OBJETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 1. Havendo alegação de lesão, ainda que de forma indireta, ao direito de locomoção do paciente, que poderá vir a ser preso após julgamento em Sessão Plenária do Tribunal do Júri, é cabível o conhecimento do “habeas corpus”. 2. Hipótese em que a defesa insurge-se contra a r. decisão que indeferiu a juntada aos autos da CAC/FAC da vítima. 3. A Lei n.º 14.245 de 2021 inseriu o artigo 474-A ao Código de Processo Penal, dispondo, em seu inciso I, que durante as fases de instrução e julgamento, fica vedada a manifestação sobre circunstâncias relativas à vítima, quando alheias aos fatos em julgamento, não podendo se estender aos documentos que possuem relação com o caso concreto. 4. No Tribunal do Júri, a Constituição da República de 1988 optou pela proclamação da plenitude de defesa, caracterizada como uma potencialização do princípio da ampla defesa, de forma que deve ser garantido o seu pleno exercício, inclusive quanto à produção de provas. 5. Em se tratando a CAC/FAC de documentos policiais de natureza pública e objetiva, sem emissão de qualquer juízo de valor, não há prejuízo a ser considerado na sua apresentação em plenário. 6. Vislumbrada a ocorrência de cerceamento de defesa, bem como prejuízo causado à defesa dos pacientes, viável o reconhecimento de constrangimento ilegal a ser sanado pela estreita via do “habeas corpus” (TJMG; Habeas Corpus Criminal Nº 1.0000.23.088938-8/000; Relator (a) **Marcílio Eustáquio Santos**; Órgão Julgador: 7ª Câmara Criminal; Comarca de Jaboticabas; Data do Trânsito em Julgado: 26/05/2023).

## Agora é sumulado

### **18. Supremo Tribunal Federal aprova súmula que determina regime aberto para tráfico privilegiado:**

Em plenário virtual, os ministros do STF aprovaram súmula vinculante que determina o regime aberto para tráfico privilegiado, desde que o réu não seja reincidente. Eis o teor do enunciado:

**"É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c e do art. 44, ambos do Código Penal".**



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

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

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

**Luciene Borin Lima**  
Segunda Subdefensora Pública-Geral.

**Daniel de Oliveira Falleiros Calem**  
Coordenador do Núcleo Institucional Criminal - NUCRIM

**Informativo Periódico do Núcleo Institucional Criminal - NUCRIM**  
2ª Edição – maio/2023

**Redação, edição e diagramação:** Jhonatan da Silva Guimarães

**Revisão Final:** Daniel de Oliveira Falleiros Calem

**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)