

INFORMATIVO DO NÚCLEO INSTITUCIONAL CRIMINAL

Nº 07 | NOV.2023



DEFENSORIA PÚBLICA
DE MATO GROSSO DO SUL

NUCRIM
NÚCLEO CRIMINAL

É com satisfação que apresentamos **a sétima 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.**

ÍNDICE

Jurisprudência favorável para Defesa Criminal _____	02
Jurisprudência dos Tribunais Estaduais _____	35
Jurisprudência desfavorável para Defesa Criminal _____	40
Novas súmulas aprovadas no STJ _____	58
Afetou nos Tribunais Superiores _____	59

JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL PARA DEFESA CRIMINAL

1 Ministro Gilmar Mendes determina trancamento de ação penal ao constatar fortes indícios de violência policial praticada no momento da prisão.

(...) **Da simples leitura dos documentos anexados a estes autos e nos termos do parecer da Procuradoria Geral da República, tudo indica a possível prática de violência policial. Os relatórios médicos do paciente (eDOC 2, p. 44- 49) demonstram diversas escoriações: “além de fotos, fora constatado, de forma expressa, a presença de edemas e escoriações no dorso nasal, na mucosa oral, na região do tórax e nas pernas, havendo, pois, fortes indícios de prática de violência policial.”**(eDOC 2, p. 79). O relatório médico do policial que atuou no flagrante declara a presença de “escoriação medindo 0,5 cm na face dorsal da 5ª articulação metacarpofalangeana da mão direita”. (...) **Cabe ressaltar que essa versão do paciente foi uniforme em todas as instâncias em que teve oportunidade de se manifestar. (...) Portanto, considerada a possível nulidade das provas de autoria e de materialidade do furto, o trancamento da ação penal é medida que se impõe. Ante o exposto, concedo a ordem para determinar o trancamento da ação penal.** (art. 192, caput, RISTF) (HC nº 233.154/GO, relator Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgado em 27/10/2023).

2

Superior Tribunal de Justiça reitera que denúncia anônima não legitima ingresso policial em domicílio.

AGRAVO REGIMENTAL MINISTERIAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUTORIZAÇÃO NÃO COMPROVADA POR MEIOS IDÔNEOS. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. **De acordo com o art. 5.º, inciso XI, da Constituição Federal "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".** 2. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, "[a]s 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"** (HC n. 598.051/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021). 3. Na hipótese, "a Polícia Militar recebeu denúncias anônimas de que o paciente, juntamente com outro indivíduo, exibia armas de fogo em via pública durante festa realizada em uma residência na Rua João Batista Lima. Diante disso, os militares foram ao endereço informado e abordaram, na porta do

imóvel, o paciente, que era residente no local, e o outro indivíduo mencionado, que se tratava de um visitante, os quais apresentavam as características narradas nas denúncias. De acordo com o APFD, o paciente autorizou a entrada dos policiais na sua residência e, realizada busca no local, foram encontrados" arma de fogo e petrechos. 4. No caso concreto, o que deu início à ação policial na espécie foram algumas denúncias anônimas que, por si sós, não legitimam o ingresso dos militares no domicílio do Paciente, pois o "entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça é de que 'a denunci a anônima, desacompanhada de outros elementos indicativos da ocorrência de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado' (REsp n. 1.871.856/SE, relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 30/6/2020)" (AgRg no AREsp n. 2.216.924/RS, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 07/03/2023, DJe 13/03/2023; sem grifos no original). **5. Ademais, este Superior Tribunal de Justiça tem sedimentado entendimento no sentido de que é necessária a comprovação do consentimento do morador por meio idôneo, seja documentalmente ou por gravação com câmera, o que não ocorreu no presente caso, mostrando-se, portanto, ilegal o ingresso em domicílio. 6. Agravo regimental ministerial desprovido. (AgRg no HC n. 726.191/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 25/9/2023.)**

3

Ministro STJ alerta que meras suspeitas não são aptas para justificar prisão preventiva.

(...) Reexaminando o processo, em um juízo de cognição sumária, visualizo ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência, por entender que não há informações seguras que demonstrem a imprescindibilidade da medida extrema. Primeiro, pela narrativa do relatório do decreto, o paciente mantinha relacionamento de negócios com uma das vítimas, com quem teria tido alguns atritos, e a morte da segunda "teria sido queima de arquivo". Porém, ao que parece, as conclusões ainda estão no campo das suspeitas de autoria, pois não visualizei, nas duas decisões (decreto prisional e negativa de liminar em habeas corpus), indícios de uma conduta do paciente indicando conexão com os fatos que estão sob investigação. Minha percepção é reforçada pelo pedido da Autoridade Policial de deferimento de cautelares, formulado no mesmo momento do pedido de prisão do paciente, ainda para obter indícios de autoria delitiva, como registrado no relatório do decreto de prisão (e-STJ fl. 34): Posto isso, representou pela prisão preventiva do investigado, bom como pela expedição de mandados de busca e apreensão, no intuito de se apreender a arma do crime, o celular subtraído da vítima, peças de vestuário que o investigado utilizou no dia do crime, a fim de colheita de material biológico das vítimas, dados armazenados em dispositivos e quaisquer outros elementos de convicção. Ressalte-se que a própria decisão liminar também destaca "que o paciente é suspeito de ter efetuado disparos de armas de fogo em desfavor das vítimas A. F. M. e L. P. S." (e-STJ fl. 29). **Com**

efeito, a norma processual penal não exige prova incontestável da autoria do crime para a decretação da prisão preventiva, apenas indícios, que são mais que suspeitas. Ora, se a investigação carece de mais elementos para arrecadar indícios de autoria, parece prematura e inadequada a decretação da prisão preventiva do suspeito. Essa dúvida razoável é reforçada pelo transcurso de tempo entre a data dos fatos e o momento da decretação, cerca de um mês depois, sem que autoridade policial tivesse levantado até então material indicativo de autoria, confirmando, assim, a suspeita dos investigadores.

Segundo e último, não se desconhece que a gravidade concreta do delito, as circunstâncias do crime podem justificar a prisão preventiva para resguardar a ordem pública, assim como uma conduta do agente, criando dificuldades no procedimento de investigação criminal. Todavia, em todas as hipóteses, a medida extrema somente pode ser decretada quando demonstrada a sua imprescindibilidade para o acautelamento, o que não estaria demonstrado no presente caso. Vale ressaltar que o paciente é primário, reside no distrito da culpa e tem família constituída, com filhos menores inclusive. Conquanto esses aspectos não sejam garantidores de um direito à soltura, eles devem ser sopesados para fins de concessão da liberdade provisória. (...)

(RCD no HC n. 853.679, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decisão monocrática, DJe de 18/09/2023.)

4 Tribunal da Cidadania supera seu entendimento para definir que quantidade de latrocínios não depende do número de vítimas, mas sim de patrimônios

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIOS TENTADOS. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 182 DO STJ. RECURSO INTERNO. CORREÇÃO DAS DEFICIÊNCIAS DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. MÉRITO DO APELO NOBRE. ANÁLISE. INVIABILIDADE. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS AGRAVOS NÃO ULTRAPASSADO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO INADMITIDO. DESCABIMENTO. ILEGALIDADE MANIFESTA. CONSTATAÇÃO SPONTE PROPRIA POR ESTA CORTE SUPERIOR. LATROCÍNIO. RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO EM RAZÃO DO NÚMERO DE VÍTIMAS ALVEJADAS. DESCABIMENTO. OVERRULING DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADEQUAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, 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. Pela ocorrência de preclusão consumativa, mostra-se inviável buscar, no agravo regimental, suprir as deficiências existentes na fundamentação das razões do agravo em recurso especial. 3. Se o presente

agravo regimental não foi conhecido, ficando inalterado o não conhecimento do agravo em recurso especial, é inviável a análise das questões suscitadas no recurso especial inadmitido.

4. Nos termos do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante. Não se presta como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade. 5. Constatação de ilegalidade manifesta, a ser reparada, sponte própria, por esta Corte Superior, e não por força de acolhimento de pedido ou recurso defensivo, por força do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, em relação ao Agravante, DIEGO ANTUNES SOARES, e aos Corrêus PAULO ROBERTO SEVERO DO NASCIMENTO, HUGO GUILHERME CAPIEIRA RODRIGUES e WILLIAN VENDRUSCOLO DE CORDOVA. 6. O entendimento adotado pelas instâncias ordinárias encontra respaldo na jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que há concurso formal impróprio no crime de latrocínio quando, não obstante houver a subtração de um só patrimônio, o animus necandi seja direcionado a mais de um indivíduo, ou seja, a quantidade de latrocínios será aferida a partir do número de vítimas em relação às quais foi dirigida a violência, e não pela quantidade de patrimônios atingidos. **7. No entanto, essa posição destoa da orientação do Supremo Tribunal Federal, em suas duas Turmas, as quais têm afastado o concurso formal impróprio, e reconhecido a ocorrência de crime único de latrocínio, nas situações em que, embora o animus necandi seja dirigido a mais de uma pessoa, apenas um patrimônio tenha sido atingido. Por essa razão, mostra-se prudente proceder ao overruling da jurisprudência deste Tribunal Superior, adequando-a à firme compreensão do Pretório Excelso acerca**

do tema. 8. No caso concreto, as instâncias ordinárias afirmaram que houve desígnios autônomos em relação ao animus necandi, motivo pelo qual entenderam pelo concurso formal impróprio, o qual deve ser afastado, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal. No entanto, é inviável o reconhecimento de crime único, porque foram atingidos dois patrimônios distintos. Nesse contexto, deve ser reconhecida a prática de dois delitos de latrocínio, na forma tentada, em concurso formal próprio, pois não foi mencionado pelas instâncias ordinárias que também teria havido autonomia de desígnios em relação às subtrações patrimoniais, mas **tão-somente no tocante ao animus necandi.** 9. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido, d e ofício, ao Agravante, DIEGO ANTUNES SOARES, e aos Corrêus PAULO ROBERTO SEVERO DO NASCIMENTO, HUGO GUILHERME CAPIEIRA RODRIGUES e WILLIAN VENDRUSCOLO DE CORDOVA para, afastando a capitulação atribuída pelas instâncias ordinárias (três delitos de latrocínio na forma tentada, em concurso formal impróprio), tipificar a conduta na prática de dois delitos de latrocínio, na forma tentada, em concurso formal próprio, ficando as penas redimensionadas nos termos do voto. **(AgRg no AREsp n. 2.119.185/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 19/9/2023.)**

5

Prisão temporária não pode ser decretada sob alegação genérica de que é necessária para se concluir investigação.

(...) A prisão temporária, como uma das modalidades de segregação cautelar, exige, para a sua conformação à ordem constitucional vigente, que sejam declinadas as razões para a adoção desta medida extrema. A leitura do art. 1º da Lei n. 7.960/1989 evidencia que o objetivo primordial da prisão temporária é o de acautelar o inquérito policial, procedimento administrativo voltado a esclarecer o fato criminoso, a reunir meios informativos que possam habilitar o titular da ação penal a formar sua opinião delicti e, por outra angulação, a servir de lastro à acusação. Logo, ocorrendo situação concreta que ponha em risco o êxito dessa atividade investigatória oficial, o Estado deve intervir, cautelarmente, sacrificando temporariamente a liberdade do investigado. **Portanto, a exigência cautelar a justificar a medida reside na constatação de que a prisão é "imprescindível para as investigações do inquérito policial" (inciso I do art. 1º da Lei n. 7.960/1989).** Não se trata, destaque-se, de conveniência ou comodidade da cautela para o bom andamento do inquérito policial, mas de verdadeira necessidade da medida, aferida caso a caso. Na espécie, verifico que os argumentos adotados pelo Magistrado a quo não se mostram compatíveis com os vetores contidos na Lei n. 7.960/1989, porquanto se limitaram a salientar, genericamente, ser necessária a decretação da prisão temporária para "a conclusão da investigação desenvolvida pela Autoridade Representante" (fl. 156, grifei). Não foi esclarecido, de qualquer sorte, de que modo a liberdade do investigado

poderia embaraçar a atividade policial. Da leitura do acórdão combatido, verifica-se que a Corte estadual agregou fundamentação para a manutenção da prisão temporária do paciente. No entanto, forçoso consignar a impossibilidade de, em habeas corpus, apresentar-se novos argumentos tendentes a justificar a prisão provisória - devendo o órgão julgador limitar-se a avaliação da legitimidade dos motivos oferecidos no decreto preventivo -, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constritivo ao direito de locomoção do recorrente. (...) **(HC n. 852.795, Ministro Rogerio Schietti Cruz, decisão monocrática, DJe de 27/10/2023.)**

6

Ministro do Supremo Tribunal Federal afasta testemunho policial por violação ao direito ao silêncio e desclassifica imputação de tráfico de drogas.

(...) No caso concreto, como se depreende das decisões emanadas pelas instâncias ordinárias, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e avistaram o paciente trafegando em uma motocicleta. O paciente tentou empreender fuga diante da aproximação da viatura policial. Ao notar a proximidade dos policiais, o paciente teria dispensado 09 (nove) porções de cocaína (24,60g). A princípio, as circunstâncias narradas no flagrante não permitiriam discernir se o porte da cocaína se destinava a consumo próprio ou à mercancia. Não obstante, o Juízo de primeiro grau concluiu pela configuração do crime de tráfico de drogas com base nestes fundamentos (...)

Como se vê, a conclusão de que o paciente seria traficante e não usuário decorreu de suposta confissão informal e dos depoimentos dos agentes de polícia que teriam presenciado a confissão. Todavia, a controvérsia acerca da obrigatoriedade da advertência ao direito ao silêncio em interrogatório informal realizado pela autoridade policial têm sido debatida de forma intensa por esta Suprema Corte recentemente. Reconhecendo a relevância social e jurídica, submeti a matéria ao Plenário, que, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral do tema, em acórdão assim ementado: (...) Conquanto ainda não finalizado o julgamento da repercussão geral acima mencionada, sedimentou-se na ambiência da Egrégia Segunda Turma deste STF a compreensão quanto à imprestabilidade de prova decorrente de diligência realizada em ofensa ao princípio do nemo denetur se detegere. (...) Expostas essas

premissas, resta clara a existência de ofensa ao direito a não auto incriminação na diligência policial, que deu início à persecução penal e foi determinante na formação do convencimento do magistrado quanto à configuração do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas. Desse modo, afastada a confissão informal e as demais provas que dela decorreram (testemunho dos policiais), verifico que não restou devidamente demonstrado que o paciente exercia mercancia com a substância entorpecente encontrada. (...) **(HC n. 233239, Ministro Edson Fachin, decisão monocrática, DJe de 09/10/2023.)**

7

Suposição de que o réu voltará a delinquir se permanecer solto não possui validade para se decretar prisão preventiva.

(...) A Constituição da República (art. 5º, LXI) assegura que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Nessa toada, percebo que o vício de motivação configura, por si só, constrangimento ilegal, por consubstanciar ato violador do devido processo legal que, dentre outras consequências, subordina a imposição de ordem prisional, de forma expressa, à fundamentação escrita e exarada pela autoridade judiciária competente. Como se vê, a Constituição elegeu o Princípio do Juiz Natural como critério condicionante à relativização da regra da prisão penal, de modo que, inclusive nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite, com assento no Princípio Acusatório, que o vício de fundamentação seja suprido, de ofício, pelas instâncias superiores: (...) Ademais, tal proceder, por importar gravame à situação processual da paciente, revela-se incompatível com a razão de ser do habeas corpus, garantia constitucional de mão única dirigida à proteção do cidadão em face do arbítrio estatal. De tal forma, não é razoável que o Estado-Juiz fortaleça o poderio persecutório estatal por meio da utilização deturpada de garantia posta à disposição do indivíduo. Feitas tais considerações, enfatizo que não é dado ao Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com panorama processual que atinja ilicitamente a liberdade da paciente em razão de fundamentação deficiente e com a finalidade inconfessável de justificar o meio pelo fim, mergulhar no conjunto probatório do caso concreto com o nítido intuito de

amealhar razões que desbordem da decisão atacada, visto que, ainda que se verifiquem fundamentos aptos a amparar a custódia ante tempus, a fundamentação inidônea constitui, isoladamente, constrangimento ilegal sanável via habeas corpus. **No caso específico, o paciente foi preso preventivamente por “subtrair baterias, placas e fios de torre de telefonia, em parceria com outros indivíduos”. (eDOC.05). (...) Como se nota, o decreto de prisão preventiva não aponta elementos concretos que evidenciem, à luz do art. 312 do CPP, em que medida a manutenção da sua segregação cautelar é providência indispensável para o adequado deslinde do feito criminal. Com efeito, não se indica ali de que maneira e em extensão a ordem pública encontra-se ameaçada, ou mesmo quais elementos convergem ao entendimento de que o Paciente “pode estar fazendo dos furtos um meio de vida” e que “muito provavelmente voltará a delinquir caso seja posto em liberdade”. Como se depreende das peças processuais que instruem o writ, o delito imputado ao paciente foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, e não há notícias de que o paciente ostente antecedentes criminais, a denotar a manifesta desproporcionalidade da medida extrema.** Efetivamente, trata-se de furto qualificado que não denota especial gravidade concreta a justificar a segregação cautelar antecipada. Ademais, embora tenha o paciente sido denunciado também pelo crime de associação criminosa, juntamente com apenas um corréu e outras pessoas não identificadas, não depreendo da exordial acusatória motivação a respaldar a suposta fundamentalidade de sua custódia para a cessação de atividades de grupo criminoso (eDOC.05). Ao revés, do que se tem apurado nos autos, o ora paciente teria aceitado a proposta de participar da atividade criminosa, nas condições e formas determinadas por “GORDINHO”, percebendo pelo material

furtado uma média de R\$ 1500,00 (mil e quinhentos reais mensais) Consigno ainda que a cláusula do devido processual legal substantivo (art. 5º, inciso LIV, CF) orienta que as restrições às liberdades individuais pelo poder punitivo do Estado deve ocorrer somente na medida do necessário para o atingimento da finalidade almejada. Nesse sentido, a prisão cautelar é medida de ultima ratio, a ser aplicada somente quando as medidas cautelares dela diversas revelarem-se concretamente inadequadas (art. 282, § 6º, CPP). Contudo, no caso dos autos, o decreto preventivo não explicita as razões pelas quais medidas cautelares diversas da prisão seriam insuficientes (art. 310, II, CPP). (...) **(HC n. 233377, Ministro Edson Fachin, decisão monocrática, DJe de 10/10/2023.)**

8

Ao reconhecer o princípio da insignificância, Ministro do STF pontua que: “a primariedade/reincidência não é elemento da tipicidade”.

(...) Inicialmente, acerca do princípio da insignificância, é sabido que se trata de excludente da própria tipicidade. Ou fato é típico e se prossegue à análise dos demais elementos ou o fato é atípico e está encerrada a discussão. Não me parece razoável, à luz de qualquer teoria do delito, indagar, em tese, para o reconhecimento de atipicidade, se o agente é primário ou reincidente, porquanto é controvérsia relacionada à dosimetria da pena e não à tipicidade. Em que pese a ficha criminal do paciente, se o princípio da insignificância é causa de exclusão da própria tipicidade, resta, prima facie, irrelevante a análise da ficha de antecedentes criminais. É, em certa medida, semelhante ao ato do magistrado que, para apurar se o réu agiu em legítima defesa, manda juntar aos autos folha de antecedentes criminais, a fim de saber se ele é primário ou reincidente. Para o reconhecimento de causa de exclusão de tipicidade ou ilicitude, são irrelevantes, em tese, os dados da vida pregressa do acusado. **Seja lá qual for a teoria adotada, repita-se, a primariedade/reincidência não é elemento da tipicidade, mas circunstância afeta à individualização da pena, motivo por que não faz qualquer sentido indagar, para o reconhecimento de atipicidade, se o réu é primário. (...) Na espécie, o paciente foi condenado por ter furtado um pacote de fraldas, marca Pampers Confort, com 80 oitenta unidades, pertencentes à vítima Drogeria Droga Raia, avaliado em R\$84,90. (eDOC 3, p. 203) Cabe ressaltar que o bem foi restituído em sua**

integralidade para a vítima. Destaco, ainda, que o MPF interpôs agravo regimental requerendo “a atipicidade da conduta, em virtude de sua manifesta insignificância”. (eDOC 5, p. 84) Nesses termos, tenho que, a despeito de restar patente a existência da tipicidade formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal), não incide, no caso, a material, que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, sendo atípica a conduta imputada. Ademais, tenho que as circunstâncias do caso concreto demonstram a presença dos vetores traçados pelo Supremo Tribunal Federal para configuração do mencionado princípio: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica causada (cf. HC 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, DJe 19.11.2004). (...) (HC n. 233098, Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJe de 10/10/2023.)

9

Sem posse de droga, cheiro de maconha não justifica ingresso residencial.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES PRESENTES. FORTE CHEIRO DE MACONHA. 2. BUSCA DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NADA DE ILÍCITO ENCONTRADO NA BUSCA PESSOAL. AUTORIZAÇÃO DA GENITORA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. 3. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **Não há dúvidas sobre a legalidade da busca pessoal realizada no paciente, porquanto devidamente indicados elementos concretos indicativos de justa causa, uma vez que o paciente já vinha sendo investigado e exalava "forte cheiro de maconha". Entretanto, "realizada a busca pessoal no denunciado, nada de ilícito foi encontrado", tendo ele próprio confessado aos policiais ser mero usuário de drogas. 2. Embora a abordagem tenha sido efetivamente lícita, o fato de não ter sido encontrado nada de ilícito com o paciente impede o posterior ingresso no seu domicílio, ainda que tenha havido a autorização de sua genitora, haja vista a ausência de dados concretos e objetivos que revelassem fundadas razões para a diligência. Reitere-se que nada de ilegal foi encontrado com o paciente na busca pessoal, não se justificando, portanto, o ingresso em seu domicílio, onde foram encontrados 3,81g de cocaína e 2,9g de maconha. - "O fato de a abordagem ao agravado provir de denúncia anônima apenas se convalidaria se algum indício de crime fosse observado pelos policiais em sua observação prévia, na via pública, o que não ocorreu. Nesse contexto, o consentimento do morador não parece ser suficiente**

para autorizar o ingresso sem mandado judicial na residência do agravado". (AgRg no HC n. 762.608/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 15/9/2022.)

3. Agravo regimental a que se nega provimento. **(AgRg no HC n. 838.089/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 29/9/2023.)**

10

Para cassar decisão de absolvição proferida pelo Tribunal do Júri, necessário que Tribunal aponte elementos de prova favoráveis à argumentação do Ministério Público.

(...) Extrai-se dos autos que o paciente foi pronunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 121, § 2.º, incisos I e IV c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal. Em sessão plenária, os jurados absolveram, tendo o Tribunal de origem, dado provimento ao recurso da acusação, nos seguintes termos: (...) **Com efeito, as decisões do Tribunal do Júri submetem-se ao duplo grau de jurisdição, apenas, nas hipóteses previstas nas alíneas do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, "a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos".** Em relação à alínea "d", ao órgão recursal se permite, apenas, a realização de um juízo de constatação acerca da existência de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes da

Corte Popular, somente se admitindo a cassação do veredicto caso este seja flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo (AgRg no AREsp 1182826/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/12/2018, DJe de 1º/2/2019). É cediço que a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o HC 313.251/RJ, da relatoria do Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, por maioria, uniformizou sua jurisprudência sobre a possibilidade da interposição de recurso ministerial, uma única vez, contra a sentença absolutória do Tribunal do Júri, ainda que por clemência, quando esta for manifestamente contrária à prova dos autos, não havendo que se falar em violação ao princípio da soberania dos veredictos, vencidos este Relator e os Ministros Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca e Antonio Saldanha Palheiro. (...) **Ora, não basta que o Tribunal aponte elementos de prova favoráveis à argumentação do Ministério Público para se cassar um veredito favorável ao ac usado, é preciso que os julgadores expliquem que a tese defensiva não corresponde a nenhum elemento de prova, o que não ocorreu na espécie em que a tese de legítima defesa encontra amparo, ao menos, no depoimento do acusado, de sorte que não cabe falar em dissociação completa da conclusão do Conselho de Sentença do conjunto fático-probatório dos autos.** Afinal, a competência para avaliar as provas da culpabilidade ou inocência do réu, nos crimes dolosos contra a vida, é do tribunal do júri. A reversão de seu veredito somente é cabível quando completamente dissociado e contrário às provas dos autos. Se, por outro lado, são apresentadas duas versões em plenário e os jurados optam por uma delas, é inviável o controle judicial com espeque no art. 593, III, "d", do CPP. (...) **(HC n. 854.877, Ministro Ribeiro Dantas, decisão monocrática, DJe de 10/10/2023.)**

11

Zanin acompanha posicionamento da 2ª Turma do STF e concede retroatividade de Acordo de Não Persecução Penal.

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. **A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus regit actum.** 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. **O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.** 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. **Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.** (HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11-11-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020)

12

Superior Tribunal de Justiça tranca ação penal por aborto comunicado por médico(a) plantonista.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 124 DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DA NÃO RECEPÇÃO DO INDIGITADO PRECEITO DE REGÊNCIA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NULIDADE. ILICITUDE DA PROVA ANTE A SUPOSTA QUEBRA DO SIGILO PROFISSIONAL PELA MÉDICA QUE REALIZOU O ATENDIMENTO DA PACIENTE. OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO SIGILO PROFISSIONAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa exige comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da ocorrência de causa de extinção da punibilidade, da ausência de lastro probatório mínimo de autoria ou de materialidade, o que se verifica na presente hipótese. 2. Inicialmente, quanto ao pedido defensivo de reconhecimento, incidenter tantum, no âmbito deste writ, da não recepção do art. 124 do Código Penal, esta Corte já teve a oportunidade, em diversas ocasiões, de sedimentar o entendimento de que se revela "[...] inviável a apreciação de matéria por esse Superior Tribunal de Justiça, em sede de controle difuso, diante de afetação do tema em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal" (HC n. 514.617/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/9/2019, DJe 16/9/2019). 3. **Como cediço, esta Sexta Turma, recentemente, por ocasião do julgamento do**

Habeas Corpus n. 783927/MG, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, reconheceu a ilicitude da prova e trancou ação penal também relativa a crime de autoaborto, supostamente cometido por paciente que se encontrava em situação similar a dos presentes autos, cuja investigação fora deflagrada a partir da provocação das autoridades competentes pelo próprio médico que realizara o atendimento da paciente. 4. Como bem consignado no parecer ministerial, "trata-se, tal garantia, de proteção jurídica ao direito à saúde, porquanto não deve o paciente se sentir tolhido ou ameaçado ao procurar ajuda médica; ao contrário, deve se sentir seguro e acolhido, para que sua saúde seja resguardada, ao contrário do que ocorreria se, por exemplo, as mulheres que optam pela prática do abortamento ilegal e, ato contínuo, enfrentam complicações que colocam em risco sua saúde e sua própria vida, não pudessem procurar socorro junto aos profissionais de saúde com receio de serem presas ou processadas criminalmente". 5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, para reconhecer a ilicitude da prova e trancar a ação penal em relação a ora paciente quanto ao crime previsto no art. 124 do Código Penal. (HC n. 448.260/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 3/10/2023, DJe de 6/10/2023.)

13

Acusado que permanece em silêncio pode negociar Acordo de Não Persecução Penal.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA NOS AUTOS. ÓBICE INEXISTENTE. POSSIBILIDADE DE A CONFISSÃO SER REGISTRADA PERANTE O PARQUET. RELEVÂNCIA E MULTIFORMA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, tem lugar "Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". 2. A doutrina processual penal brasileira classifica o instituto como "negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso - devidamente assistido por seu defensor -, que confessa formal e circunstancialmente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso com o Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida" (LIMA, Renato Brasileiro de.

Manual de processo penal. 7ª edição. Salvador. Editora Juspodivm, 2019, p. 200). 3. **A Quinta Turma do STJ, nos autos do AgRg no REsp 2.016.905/SP, Rel. Ministro Messod Azulay Neto, estabeleceu que, em casos de alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito, é possível aplicar o ANPP, desde que preenchidos os requisitos legais. Esse precedente reconheceu incidir, extensivamente, às hipóteses de ANPP, o Enunciado n. 337 da Súmula do STJ, que prevê ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva, devendo os autos do processo retornarem à instância de origem para aplicação desses institutos.** 4. Nos autos do REsp n. 1.972.098/SC, de minha relatoria, a Quinta Turma decidiu que "o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada", o que sobrelevou e desburocratizou o reconhecimento e a importância da confissão para o deslinde do processo penal. 5. Dessume-se do acórdão do Tribunal de origem que o óbice ao encaminhamento dos autos ao Ministério Público para que se manifestasse sobre a proposição do ANPP seria a ausência de confissão formal e circunstanciada, haja vista o exercício, pela paciente, no curso da ação penal, do direito ao silêncio. Contudo, **é de se destacar que, ao tempo da opção pela não autoincriminação, não estava no horizonte da paciente a possibilidade de entabulação do ANPP, uma vez que a denúncia não postulou o reconhecimento da minorante do tráfico de drogas, o que só se tornou possível com a prolação da sentença penal condenatória que aplicou em seu favor a causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.** 6. O direito à não autoincriminação, vocalizado

pelo brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, não pode ser interpretado em desfavor do réu, nos termos do que veicula a norma contida no inciso LXIII do art. 5º da Constituição da República e no parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal. Assim, a invocação do direito ao silêncio durante a persecução penal não pode impedir a incidência posterior do ANPP, caso a superveniência de sentença condenatória autorize objetiva e subjetivamente sua proposição. 7. Lado outro, sequer a negativa de autoria é capaz de impedir a incidência do mencionado instituto despenalizador, não se podendo olvidar, como afirmado em doutrina, que o ANPP é medida de natureza negocial, cuja prerrogativa para o oferecimento é do Ministério Público, cabendo ao Judiciário a homologação ou não dos termos ali contidos. Nessa esteira, trata-se de contribuição de grande valia a combater a nefasta cultura do encarceramento, ainda prevalecente no Judiciário brasileiro em larga escala, e conducente ao estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da MC na ADPF 347, Rel. Ministro Marco Aurelio, devendo ser estimulada como política pública, a fim de que as sanções sejam obtidas de modo alternativo ao cárcere. 8. A formalização da confissão para fins do ANPP diferido deve se dar no momento da assinatura do acordo. O Código de Processo Penal, em seu art. 28-A, não determinou quando a confissão deve ser colhida, apenas que ela deve ser formal e circunstanciada. Isso pode ser providenciado pelo próprio órgão ministerial, se decidir propor o acordo, devendo o beneficiário, no momento de firmá-lo, se assim o quiser, confessar formal e circunstanciadamente, perante o Parquet, o cometimento do crime. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício. **(HC n. 837.239/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 3/10/2023.)**

14

Guarda Municipal não possui competência para cumprir mandado de prisão.

(...) o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 995/DF, realizado em 25/8/2023, considerou procedente a ação, "para, nos termos do artigo 144, § 8º, da CF, conceder interpretação conforme à Constituição ao artigo 4º da Lei 13.022/14 e ao artigo 9º da 13.675/18 declarando inconstitucional todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública". Nesse contexto, em consonância com o entendimento desta Corte Superior, registrou-se que "as Guardas Municipais têm entre suas atribuições primordiais o poder dever de prevenir, inibir e coibir, pela presença e vigilância, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais. Trata-se de atividade típica de segurança pública exercida na tutela do patrimônio municipal". **Sendo assim, a guarda municipal não teria competência para o cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor do paciente, o que torna a busca pessoal, consequência do cumprimento do mandado, ilícita. Nesse sentido o recente julgado da 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça (HC-830.530, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 27/9/2023), em que ficou decidido que as guardas municipais podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade de tutelar bens, serviços e instalações municipais, sem que lhe seja autorizado atuar como verdadeira polícia para reprimir e investigar a criminalidade urbana, como ocorreu na espécie.** No ponto, aplico a diretriz da Terceira Seção recentemente reafirmada, em

razão do princípio da colegialidade e em respeito à tese fixada. Ante o exposto, não conheço do presente habeas corpus. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas na busca pessoal, com a consequente absolvição do paciente nos autos da Ação Penal n. 1501773-86.2022.8.26.0599 (2ª Vara da Comarca de Tietê/SP). (...) **(HC n. 813.155, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decisão monocrática DJe de 02/10/2023.)**

15

Reconhecimento informal de voz não é suficiente para fundamentar condenação.

(...) Consta nos autos que a paciente foi denunciada com outros dois acusados como incurso no art. 157, § 2º, incisos II e V, e § 2º-A, inciso I, na forma do art. 70, ambos do Código Penal. Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão acusatória para condenar Wesley e Vítor e absolver Dayane, nos termos a seguir: (...) O Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso ministerial para condenar também a ora paciente como incurso no art. 157, § 2º, incisos II e V, e § 2º-A, inciso I, do Código Penal. A Corte a quo considerou o depoimento da vítima Rogerio Aparecido Santos que, embora não tenha visto a paciente no local dos fatos, pois estava deitado no assoalho da cabine do caminhão, reconheceu a sua voz, uma vez que era ela quem supostamente coordenava a ação criminosa. Referido reconhecimento foi realizado pelo ofendido na Delegacia de Polícia enquanto ouvia a conversa da paciente com o Delegado. Com razão a parte impetrante. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão de que "o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa" (HC 652.284/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 03/05/2021). Analisando detidamente os autos,

verifica-se que a condenação da paciente encontra-se calcada exclusivamente no reconhecimento de sua voz, não corroborado por nenhum outro elemento de convicção conforme se exige. Não à toa o Juízo da 29ª Vara Criminal de São Paulo considerou extremamente frágil o substrato probatório apresentado, se valendo, acertadamente, dos princípios basilares do direito penal como o da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* para absolver a paciente. E conforme se observa, o dito reconhecimento não se revestiu de nenhuma formalidade. Não houve exibição de voz na delegacia, ou mesmo alguma espécie de confronto, mas uma identificação absolutamente informal da voz da paciente pela vítima, que ouviu uma conversa da acusada com o Delegado de Polícia através da fresta de uma porta, enquanto estava escondida no banheiro. Não houve, assim, obediência, ainda que por analogia, às formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal. No âmbito desta Corte, já se decidiu que "[o] reconhecimento do suspeito do crime do art. 159, § 1º, do CP, por exibição de sua voz em delegacia de polícia, sem observância, por analogia, das formalidade do art. 226 do CPP e sem nenhum tipo de confronto, por perícia técnica, com a ligação dos sequestradores, não tem valor probatório para lastrear a condenação, principalmente quando não foi confirmado em juízo."(HC n. 461.709/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 30/4/2021). Por conseguinte, diante da fragilidade da prova obtida e da falta de outros elementos probatórios para sustentar a condenação da paciente, de rigor sua absolvição. (...) (HC n. 853.310, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 02/10/2023.)

16

Absolvição justifica restituição de valores apreendidos.

RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PROCESSUAL PENAL. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO POSTERIOR DE RESTITUIÇÃO DE VALOR APREENDIDO NA POSSE DO RÉU. INDEFERIMENTO COM BASE NA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA DA QUANTIA. IMPOSSIBILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM PREJUÍZO DA DEFESA. DESCABIMENTO. DEVOLUÇÃO DO BEM COMO CONSEQUÊNCIA LÓGICA DA ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE NOTÍCIA DE EVENTUAL IMPUTAÇÃO DELITIVA CORRELATA EM PROCESSAMENTO. VALOR NÃO EXORBITANTE A PONTO DE INDICAR, POR SI SÓ, QUE SERIA FRUTO DE ATO ILÍCITO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. **O Recorrente, denunciado e condenado em primeiro grau pelo crime de associação para o tráfico, foi absolvido pelo Tribunal estadual por insuficiência de provas. Após o trânsito em julgado do acórdão absolutório, a Defesa formulou pedido de restituição do valor apreendido em poder do Réu e em sua residência. O pedido foi indeferido pela Corte de origem, sob o fundamento de que a restituição do valor apreendido exigiria a demonstração de sua origem lícita.** 2. A suposta origem ilícita atribuída ao valor apreendido estava indissociavelmente ligada à pretensão punitiva veiculada na denúncia, em desfavor do Réu. Em tese, encontrando-se associado a outros integrantes da facção conhecida como "Comando Vermelho", ele estaria na posse de quantia em dinheiro proveniente de atividades ilícitas do mencionado grupo criminoso, conforme confissão

extrajudicial, ao que consta, não confirmada em juízo. 3. **O édito absolutório justificou-se porque a Acusação não demonstrou, de forma suficiente, todos os elementos necessários à configuração do crime de associação para o tráfico. Da mesma forma, o órgão acusatório não se desincumbiu do ônus de comprovar a origem ilícita do valor encontrado em poder do Réu, nos termos trazidos na exordial. Sendo assim, não se pode inverter o ônus probatório, exigindo-se que o Acusado comprove que o dinheiro em questão não era produto ou proveito de crime.** 4. Dentre os efeitos extrapenais genéricos da condenação elencados no art. 91 do Código Penal, encontra-se, no inciso II, "a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso". 5. É evidente que a posse de quantia em dinheiro não constitui, por si só, fato ilícito. Restaria saber então, se o valor em questão é vantagem direta (produto) ou indireta (proveito) do crime. No entanto, tal indagação parte do pressuposto lógico e necessário de que fora praticado um crime e, em razão disso, o agente fora condenado, daí porque se fala em "efeitos da condenação". 6. Na hipótese, considerando a absolvição do Réu por insuficiência de provas de que, efetivamente, integrasse associação para a prática do narcotráfico, não há se falar sequer na prática de crime, tampouco em produto ou proveito deste. 7. Além disso, ausente notícia de que outra eventual imputação delitiva correlata esteja sendo processada em autos apartados, não se pode dizer que o valor ainda interesse a eventual processo (art. 118 do Código de Processo Penal). 8. **Incabível, portanto, exigir-se que a Defesa**

comprove a origem lícita do bem, se o órgão acusatório não logrou sequer comprovar, suficientemente, a prática delitiva, tampouco que a quantia provinha de ato ilícito, e não se encontra pendente outra acusação em desfavor do Acusado, relacionada ao valor apreendido no feito de origem. 9. Ademais, o montante apreendido - R\$5.947,00 (cinco mil, novecentos e quarenta e sete reais) -, apesar de significativo, não é exorbitante a ponto de indicar, por si só, que poderia ser fruto de ato ilícito. 10. Recurso especial provido para determinar a restituição do valor apreendido. (REsp n. 2.081.370/MT, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 3/10/2023, DJe de 10/10/2023.)

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

17

Tribunal de Justiça de São Paulo absolve acusado de tentativa de latrocínio reconhecido apenas por fotografia.

APELAÇÃO CRIMINAL - Latrocínio tentado - Corrupção de menores - Conjunto probatório insuficiente para a prolação de um édito condenatório - **Pertinente dúvida quanto à efetiva participação do réu na prática delitiva - Reconhecimento realizado apenas por meio fotográfico, não estando amparado por outros elementos de prova - Aplicação do princípio in dubio pro reo - Absolvição que se impõe - Recurso provido.** (TJSP; Apelação Criminal 0002199-44.2015.8.26.0624; Relator (a): Ricardo Sale Júnior; 15ª Câmara de Direito Criminal; Tatuí; Data do Julgamento: 15/09/2023.)

18

Declarada extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, exclui-se os efeitos penais e extrapenais da condenação.

APELAÇÃO CRIMINAL. Estelionato (art. 171, caput, na forma do art. 71, ambos do CP). Sentença de extinção da punibilidade, em razão do decurso do prazo prescricional. Insurgências defensivas. 1. Pedidos absolutórios formulados pelas defesas dos corréus Juliana e Gustavo que não comportam conhecimento. Ausência de interesse de agir, na medida em que, contra eles, não foi prolatada sentença condenatória. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva que obsta o exame do mérito. 2. Pleitos de afastamento da indenização mínima, estipulada na r. sentença para reparação dos danos materiais que teriam sido sofridos pela empresa vítima. Acolhimento. **Declarada a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, ficam excluídos os efeitos penais e extrapenais da condenação. Hipótese, ademais, em que o pedido de estipulação de indenização mínima somente foi formulado pela acusação nas alegações finais, sem oportunizar o contraditório e a ampla defesa aos réus. Indenização que deverá, se o caso, ser postulada em ação própria.** RECURSOS DOS CORRÉUS JULIANA E GUSTAVO PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDOS. RECURSO DO CORRÉU ALESSANDRO PROVIDO. EXTENSÃO, DE OFÍCIO, DOS EFEITOS DESTA DECISÃO À CORRÉ VALÉRIA (não apelante). (TJSP; **Apelação Criminal 0010060-13.2009.8.26.0068; Relator (a): Christiano Jorge; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Barueri - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/10/2023; Data de Registro: 11/10/2023.**)

19

TJCE garante participação presencial a réu em sessão do Tribunal do Júri.

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO (ART. 121, §2º, INC. II E IV C/C ART. 14, INC. II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. 1. TESE DE CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE COMPARECIMENTO PRESENCIAL/FÍSICO DO PACIENTE NA SESSÃO DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI DESIGNADA PARA OCORRER NO DIA 29/11/2023. ACOLHIMENTO. GARANTIA DA PLENITUDE DE DEFESA. PRECEDENTES. INOCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL EXIGIDA EM LEI (ART. 185, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1.1. Trata-se de Habeas Corpus, com pedido em caráter liminar, impetrado por Rogério Feitosa Carvalho Mota, José Magno Vasconcelos Nascimento e Jander Viana Frota em favor de Moisés Moraes Feitosa, contra suposto constrangimento ilegal praticado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte, no bojo do processo de n.º 0050159-14.2020.8.06.0030. Busca-se, na presente impetração, assegurar a presença física do paciente na Sessão do Tribunal do Júri, para que seja garantida a plenitude da defesa, notadamente ante a ausência de fundamentação da decisão que indeferiu o pedido formulado nos autos originários. 1.2. **In casu, examinando detidamente os fólios, observa-se que a autoridade coatora fundamentou o decisum, notadamente, pela distância do local em que se encontra encarcerado o paciente e a logística que**

demandaria essa condução. 1.3. Não se olvida que o artigo 185, § 2.º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.900/2009, inseriu no ordenamento processual penal a possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência, excepcionalmente e por decisão fundamentada, nos casos previstos em seus incisos I a IV. Todavia, trata-se de julgamento colegiado relacionado a crime de competência do Tribunal do Júri, não podendo ser desprezado que, por força de postulado constitucional (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea á), incide o princípio da plenitude de defesa, que não se confunde com o da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV) reservado aos acusados pela prática de crimes comuns. Tem-se em vista as instituições próprias do Tribunal do Júri, que se distinguem pela competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ante a especial importância deste bem juridicamente tutelado, a análise do mérito pelos juízes leigos, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos. 1.4. Portanto, a apreciação das situações excepcionais para a realização do interrogatório por videoconferência (in casu, da própria Sessão de Julgamento pelo Tribunal do Júri) deve ser realizada com rigor, inclusive porque contra ela se insurgiu a douta defesa previamente. Nesse contexto, imprescindível destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já exarou o entendimento de que, “diante da garantia da plenitude de defesa e da discordância manifesta do ora paciente, que insiste em seu direito de presença física à sessão de julgamento, é de rigor, possibilitar a sua participação presencial.” (HC n. 785.824, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 23/11/2022.). 2. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0633467-73.2023.8.06.0000, impetrado por Rogério Feitosa Carvalho Mota, José Magno Vasconcelos Nascimento e Jander

Viana Frota em favor de Moisés Moraes Feitosa, contra ato do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte, no bojo do processo de n.º 0050159-14.2020.8.06.0030. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da ordem de habeas corpus para concedê-la, nos termos do voto do eminente Relator. Fortaleza, data e hora indicadas pelo sistema. Des. Francisco Eduardo Torquato Scorsafava Relator **(Habeas Corpus Criminal - 0633467-73.2023.8.06.0000, Rel. Desembargador(a) FRANCISCO EDUARDO TORQUATO SCORSAFAVA, 2ª Câmara Criminal, data do julgamento: 18/10/2023, data da publicação: 18/10/2023.)**

JURISPRUDÊNCIA DESFAVORÁVEL PARA DEFESA CRIMINAL:

20

Nulidade por ordem de interrogatório exige demonstração de prejuízo (Tema nº 1.114).

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TEMA 1.114. INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ART. 400 DO CPP. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO TEMPORAL. ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO CPP E À DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA - ART. 563 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA PARTE DES PROVIDO. I - Em que pese haver entendimento nesta corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

II - Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal, ao que se pode enfeixar a controvérsia, colocando-se em ponderação os princípios da celeridade processual e do devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

III - A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzem as provas, sejam elas

testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei nº11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória. IV - A moderna concepção do contraditório, segundo a qual a defesa deve influenciar a decisão judicial, o que somente se mostra possível quando a sua resposta se embasa no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar observância ao devido contraditório.

V - Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 572 e incisos, do CPP. VI - No caso concreto, observa-se que a alegação foi feita em momento oportuno, contudo, não apontado o prejuízo concreto com a alteração da ordem prevista no art. 400, somente se limitando a afirmar ter sido ouvido antes da mais importante testemunha, Marcio, a única que foi ouvida depois do interrogatório. Destaco que a prova dos autos não é exclusivamente oral. Ao contrário, parte

significativa do acervo se compõe de elementos de prova documentados tanto na auditorias internas e externa, como nos depoimentos dos funcionários da empresa, além do relatório da empresa dando conta do modo de operação das fraudes praticadas pela ré. VII - As demais alegações de mérito, relativamente à absolvição por ausência de responsabilidade criminal; à absolvição face ao primado do in dubio pro reo; à recapitulação da figura típica; e, por fim, à revisão da dosimetria da pena e regime prisional, não serão conhecidas em virtude de flagrante incidência da Súmula 7/STJ, dada a manifesta necessidade de revolvimento fático. VIII - Não havendo similitude fática entre a matéria probatória exposta no presente caso e aquela que alicerça o reconhecimento da nulidade por violação à ordem do art. 400, de vez que aqui todos os depoimentos foram tomados antes do interrogatório, exceto um deles, cuja importância e comprovação do prejuízo não foram demonstrados. IX - Tese jurídica: O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido. **(REsp n. 1.946.472/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 25/9/2023.)**

21

Juiz da execução pode reconhecer a reincidência sem afronta à coisa julgada (Tema nº 1208).

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. PROCLAMAÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. REAFIRMAÇÃO DO ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR NOS AUTOS DO ERESP N. 1.738.968/MG. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. **1. O reconhecimento da reincidência nas fases de conhecimento e de execução penal produz efeitos diversos. Incumbe ao Juízo de conhecimento a aplicação da agravante do art. 61, inciso I, do Código Penal, para fins de agravamento da reprimenda e fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Em um segundo momento, o reconhecimento dessa condição pessoal para fins de concessão de benefícios da execução penal compete ao Juízo das Execuções, nos termos do art. 66, inciso III, da Lei de Execução Penal. 2. A matéria discutida neste recurso foi definida pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp n. 1.738.968/MG, oportunidade em que ficou estabelecido que a intangibilidade da sentença penal condenatória transitada em julgado não retira do Juízo das Execuções Penais o dever de adequar o cumprimento da sanção penal às condições pessoais do réu. Reafirmação do entendimento sob a sistemática dos recursos repetitivos. 3.**

Entre os diversos precedentes desta Corte nesse sentido, destaco os mais recentes das Turmas que integram a Terceira Seção: AgRg no REsp n. 2.011.774/MG, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023; AgRg no AREsp n. 2.130.985/MG, relator Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023; AgRg no HC n. 711.428/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 14/6/2022; AgRg no REsp n. 1.999.509/MG, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 16/9/2022. 4. Esse entendimento tem sido convalidado pelo Supremo Tribunal Federal, consoante julgados das duas Turmas da Suprema Corte. 5. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "A reincidência pode ser admitida pelo juízo das execuções penais para análise da concessão de benefícios, ainda que não reconhecida pelo juízo que prolatou a sentença condenatória". 6. Recurso especial provido. **(REsp n. 2.049.870/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 17/10/2023, DJe de 20/10/2023.)**

22

Inspeção em pessoas e bagagens não equivale à busca pessoal.

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 240, § 2.º, E 244, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DROGAS ENCONTRADAS NAS BAGAGENS DE PASSAGEIROS DO ÔNIBUS VISTORIADAS PELA POLÍCIA RODOVIÁRIA, EM FISCALIZAÇÃO DE ROTINA. INSPEÇÃO DE SEGURANÇA QUE NÃO SE CONFUNDE COM BUSCA PESSOAL (NATUREZA PROCESSUAL PENAL). LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO PERMITEM AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CABÍVEL O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A partir do julgamento do RHC n.º 158580/BA, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, a Sexta Turma aprofundou a compreensão acerca do instituto da busca pessoal, analisando de forma exaustiva os requisitos do art. 244 do Código de Processo Penal. A análise do caso concreto revela a necessidade de se atentar para a distinção existente entre a busca pessoal prevista na lei processual penal e outros procedimentos que não possuem a

mesma natureza, os quais, a rigor, não exigem a presença de "fundada suspeita". **2. A denominada "busca pessoal por razões de segurança" ou "inspeção de segurança", ocorre rotineiramente em aeroportos, rodoviárias, prédios públicos, eventos festivos, ou seja, locais em que há grande circulação de pessoas e, em consequência, necessidade de zelar pela integridade física dos usuários, bem como pela segurança dos serviços e instalações. 3. Embora a inspeção de segurança também envolva restrição a direito fundamental e possa ser alvo de controle judicial a posteriori, a fim de averiguar a proporcionalidade da medida e a sua realização sem exposição vexatória, o principal ponto de distinção em relação à busca de natureza penal é a faculdade que o indivíduo tem de se sujeitar a ela ou não. Em outras palavras, há um aspecto de contratualidade, pois a recusa a se submeter à inspeção apenas irá obstar o acesso ao serviço ou transporte coletivo, funcionando como uma medida de segurança dissuasória da prática de ilícitos. Doutrina.** 4. A título exemplificativo, destaco que a inspeção de segurança em aeroportos decorre de cumprimento de diretriz internacional, prevista no Anexo 17 da Convenção da Organização Internacional de Aviação Civil (OACI), da qual o Brasil é signatário. O Decreto n.º 11.195/22 regulamenta a questão e prevê expressamente que a inspeção de passageiros e bagagens é de responsabilidade do operador de aeródromo, sob supervisão da Polícia Federal (art. 81). Ou seja, delega-se essa possibilidade ao agente privado, sendo a atuação policial também prevista, de forma subsidiária e complementar. 5. Nesse contexto, se a busca ou inspeção de segurança- em espaços e transporte coletivos - pode ser realizada por agentes privados incumbidos da segurança, com mais razão pode - e deve - ser realizada por agentes públicos que estejam atuando no mesmo contexto, sem prejuízo do

controle judicial a posteriori acerca da proporcionalidade da medida, em ambos os casos. **6. O contexto que legitima a inspeção de segurança em espaços e meios de transporte de uso coletivo é absolutamente distinto daquele que ampara a realização da busca pessoal para fins penais, na qual há que se observar a necessária referibilidade da medida (fundada suspeita de posse de objetos ilícitos), conforme já muito bem tratado no referido RHC n.º 158.580/BA, da relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz.** **7. No caso concreto, policiais rodoviários federais, em fiscalização na Rodovia Castelo Branco, abordaram ônibus que fazia o trajeto de Dourados-MS para São Paulo-SP. A inspeção teve início a partir dos passageiros que se situavam no final do veículo, momento em que selecionaram para inspeção aleatória de bagagem a Paciente e o adolescente que viajava ao seu lado.** **8. Os agentes públicos acrescentaram que a seleção se deu a partir de análise comportamental (nervosismo visível e troca de olhares entre um adolescente viajando sozinho e outra passageira que afirmou não conhecer).** Afirmaram ainda que informaram à Paciente quanto ao direito de permanecer em silêncio e, em seguida, iniciaram a vistoria das bagagens, localizando cerca de 30kg de maconha, divididos em tabletes, tanto nos pertences da Paciente, como nos do adolescente que viajava ao seu lado, embalados da mesma forma. **9. Assim, forçoso concluir que a inspeção de segurança nas bagagens dos passageiros do ônibus, em fiscalização de rotina realizada pela Polícia Rodoviária Federal, teve natureza administrativa, ou seja, não se deu como busca pessoal de natureza processual penal e, portanto, prescindiria de fundada suspeita. Dito de outro modo, se a bagagem dos passageiros poderia ser submetida à inspeção aleatória na rodoviária ou em um aeroporto, passando por um raio-X ou inspeção manual detalhada, sem qualquer prévia**

indicação de suspeita, por exemplo, não há razão para questionar a legalidade da vistoria feita pelos policiais rodoviários federais, que atuaram no contexto fático de típica inspeção de segurança em transporte coletivo. 10. Ainda que assim não se entenda, penso que a busca do caso concreto também seria capaz de preencher os requisitos do art. 244 do Código de Processo Penal. Com efeito, penso que se pode ter por fundada a suspeita que decorre da troca de olhares nervosos entre um adolescente viajando sozinho e uma outra passageira que afirmou desconhecer, sobretudo quando se considera que o ônibus partiu de localidade conhecida como um dos mais relevantes pontos de entrada e distribuição de drogas no país (NUNES, MARIA. Dinâmicas Transfronteiriças e o avanço da violência na fronteira sul-mato-grossense. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7934/1/BRU_n16_Dinamicas.pdf. Acessado em: 01/10/2023). **11. Quanto à dosimetria, não há fundamentação idônea para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que somente se fez menção à quantidade de entorpecente, já utilizada para majorar a pena-base, o que contraria o entendimento da Terceira Seção a respeito do tema (HC n. 725.534/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2022, DJe 1.º/06/2022; sem grifos no original.)** 12. Considerando o quantum de pena estabelecido, a primariedade da Condenada e a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ante a presença de circunstância judicial desfavorável, mostra-se cabível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º, do Código Penal. Precedentes. 13. Com relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, salienta-se que "[n]ão há como determinar

a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito subjetivo (circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal - art. 44, III, do Código Penal). (AgRg no AREsp 1058790/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018)". (AgRg no HC 527.992/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 09/12/2019.) 14. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado e a sentença condenatória, reduzir as sanções da Paciente para 02 (dois) anos, 05 (cinco) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 247 (duzentos e quarenta e sete) dias-multa, no mínimo legal. **(HC n. 625.274/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 20/10/2023.)**

23

Lei não prevê intimação de investigado para justificar descumprimento de condições entabuladas em ANPP.1

(...) Como visto, o Tribunal de origem consignou que o paciente foi devidamente cientificado dos termos e condições do acordo de não persecução penal. Pontuou que, "Encaminhado o acordo à vara de execução de penas e medidas alternativas (autos SEEU n. 7002567-65.2021.8.09.0051), foi feita a tentativa de intimação do agravante no endereço fornecido por ele, a fim de que desse início ao seu cumprimento" (fl. 164). Ainda, foram realizadas duas diligências, em endereços diferentes para tentar intimar o paciente, em "23/03/2022 e 04/08/2022, sendo que, por duas vezes, o meirinho foi atendido por familiares de Luciano, os quais informaram que o agravante não residia no local, bem assim que desconheciam o paradeiro dele (mov. 01, arq. 02, fs. 27 e 66). Acrescento, ademais, que houve a tentativa de intimação, via telefone, a qual, também, restou infrutífera (mov. 01, arq. 03, f. 82). A defesa do agravante, intimada para apresentar o endereço de Luciano, sob pena de rescisão do acordo, manifestou-se pela intimação editalícia (mov. 01, arq. 03, f. 75)" (fl. 164). **Na hipótese, configurou-se o descumprimento das condições impostas no acordo de não persecução penal, notadamente a de comunicar mudança de endereço ou telefone. Assim, constata-se que foi acertada a conclusão adotada pelas instâncias de origem pois, consoante disposição expressão do §10 do art. 28-A, do Código de Processo Penal, o descumprimento das condições impostas no acordo de não persecução penal implica a**

revogação do benefício, verbis: (...) Ademais, apesar do pedido de intimação editalícia, entendeu o Tribunal de origem que, "sequer existe previsão legal para que o imputado seja previamente intimado para justificar o descumprimento das condições impostas pelo Ministério Público e por ele aceitas em audiência. Isso porque, Luciano foi devidamente cientificado a respeito não só da obrigação assumida e das consequências do seu descumprimento, mas também, de que era seu dever informar ao juízo qualquer alteração no seu endereço/telefone" (fl. 165). Nesses termos, resta evidenciado o descumprimento do acordo de não persecução penal, não havendo qualquer ilegalidade no indeferimento da intimação editalícia, não se constatando ofensa à garantia da ampla defesa e do contraditório, mesmo porque a defesa **manifestou-se previamente sobre os fatos Registre-se que no §9º do art. 28-A do Código de Processo Penal há previsão somente de que a vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução, bem como de seu descumprimento (...). **(HC n. 809.639, Ministro Jesuíno Rissato, decisão monocrática, (Desembargador Convocado do TJDF), DJe de 02/08/2023.)****

24

No crime de estupro de vulnerável, é possível a aplicação da fração máxima de majoração prevista no art. 71, caput, do Código Penal, ainda que não haja delimitação precisa do número de atos sexuais praticados (Tema nº 1202).

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO INDETERMINADO DE ATOS SEXUAIS. FRAÇÃO DE MAJORAÇÃO DA PENA. CRIMES PRATICADOS POR LONGO PERÍODO DE TEMPO. RECORRÊNCIA DAS CONDUTAS DELITIVAS. PRÁTICA INEQUÍVOCA DE MAIS DE 7 (SETE) REPETIÇÕES. POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO MÁXIMA. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TIPOS PENAIIS DIVERSOS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, é instituto da dosimetria da pena concebido com a função de racionalizar a punição de condutas que, embora praticadas de forma independente, estejam inseridas dentro de um mesmo desenvolvimento delitivo. Por opção legislativa e critérios de política criminal, a lei penal afasta excepcionalmente a aplicação do concurso material e impõe uma única punição àqueles casos nos quais os crimes subsequentes possam ser tidos como continuação de um primeiro delito, de acordo com a análise das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. 2. A compreensão jurisprudencial uníssona

desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, diante da prática de apenas 2 (duas) condutas em continuidade, deve-se aplicar o aumento mínimo previsto no art. 71, caput, do Código Penal, qual seja, 1/6 (um sexto). A partir desse piso, a fração de aumento deve ser aumentada gradativamente, conforme o número de condutas em continuidade, até se alcançar o teto legal de 2/3 (dois terços), o que ocorre a partir da sétima conduta delituosa. 3. A adoção do critério referente ao número de condutas praticadas suscita questões específicas nos crimes de natureza sexual, especialmente no delito de estupro de vulnerável, em razão do triste contexto fático que frequentemente se constata nestes crimes. Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública - 2023 acerca da violência sexual infantil, ao longo de 2022 houve, no Brasil, 56.820 registros policiais de estupro de vulnerável. Desse total, 72,2% dos casos ocorreram na própria residência da vítima e em 71,5% dos casos o estupro foi cometido por um familiar. 4. A proximidade que o autor do delito de estupro de vulnerável normalmente possui com a vítima, a facilidade de acesso à sua residência e a menor capacidade que os vulneráveis possuem de se insurgir contra o agressor são condições que favorecem a repetição silenciosa, cruel e indeterminada de abusos sexuais. Não raras vezes, cria-se um ambiente de submissão perene da vítima ao agressor, naturalizando-se a repetição da violência sexual como parte da rotina cotidiana de crianças e adolescentes. Nessas hipóteses, a vítima, completamente subjugada e objetificada, não possui sequer condições de quantificar quantas vezes foi violentada. A violência contra ela deixou ser um fato extraordinário, convertendo-se no modo cotidiano de vida que lhe foi imposto. 5. A torpeza do agressor, que submeteu a vítima a abusos sexuais tão recorrentes e constantes ao ponto de tornar impossível determinar o número exato de suas condutas, evidentemente não pode ser invocada

para se pleitear uma majoração menor na aplicação da continuidade delitiva. Nos crimes de natureza sexual, o critério jurisprudencial objetivo para a fixação da fração de majoração na continuidade delitiva deve ser contextualizado com as circunstâncias concretas do delito, em especial o tempo de duração da situação de violência sexual e a recorrência das condutas no cotidiano da vítima, devendo-se aplicar o aumento no patamar que, de acordo com as provas dos autos, melhor se aproxime do número real de atos sexuais efetivamente praticados. 6. No caso, a Corte estadual esclareceu que a Vítima, com apenas 11 (onze) anos de idade no início das condutas delitivas, foi submetida pelo Acusado aos mais diversos tipos de atos libidinosos, de modo frequente e ininterrupto, ao longo de cerca de 4 (quatro) anos. Estas circunstâncias fáticas tornam plenamente justificada a majoração da pena, em decorrência da continuidade delitiva, na fração máxima de 2/3 (dois terços). 7. Não é possível a aplicação da continuidade delitiva entre os delitos de estupro qualificado (art. 213, § 1.º, do Código Penal) e estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), pois se tratam de tipos penais que tutelam bens jurídicos diversos e que possuem circunstâncias elementares bastante distintas. Enquanto o estupro de vulnerável tutela a dignidade sexual e o direito ao desenvolvimento da personalidade livre de abusos, o estupro qualificado tutela a liberdade sexual e o direito ao exercício da sexualidade sem coações. No caso, verifica-se que ambos os bens jurídicos foram violados, pois o Recorrido violou a dignidade sexual da criança, convertendo-a em instrumento sexual quando ela sequer era capaz de consentir com os atos praticados, bem como, posteriormente, violou a liberdade sexual da adolescente, privando-a da liberdade de consentir ao constrangê-la mediante o emprego de grave ameaça. 8. **Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese: "No crime de**

estupro de vulnerável, é possível a aplicação da fração máxima de majoração prevista no art. 71, caput, do Código Penal, ainda que não haja a delimitação precisa do número de atos sexuais praticados, desde que o longo período de tempo e a recorrência das condutas permita concluir que houve 7 (sete) ou mais repetições". 9. Recurso especial provido. (REsp n. 2.029.482/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 17/10/2023, DJe de 20/10/2023.)

25

Fuga com mochila ao avistar policiais autoriza realização de busca pessoal.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. DESCRIÇÃO CONCRETA E PRECISA, PAUTADA EM ELEMENTOS OBJETIVOS. POSSE DE OBJETO E FUGA ABRUPTA AO AVISTAR A AUTORIDADE POLICIAL, POR CERCA DE CEM METROS. FUNDADA SUSPEITA CARACTERIZADA PARA FINS DE BUSCA PESSOAL. LICITUDE DA PROVA OBTIDA. ORDEM DENEGADA. CASSADA A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. 1. Conforme leading case da Sexta Turma, "[e]xige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência." (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022.) 2. Em outros termos, a legitimidade da busca pessoal demanda a indicação precisa da circunstância fática que levou a autoridade policial a crer que o indivíduo estava na posse de objetos ilícitos, na forma do art. 244 do Código de Processo Penal.

3. No caso, as instâncias de origem descreveram que o

Paciente empreendeu abrupta fuga ao avistar a guarnição policial, portando mochila, sendo alcançado após correr por distância de cerca de cem metros. Em seguida, os agentes públicos, após questionarem o motivo da fuga, procederam à busca pessoal e localizaram, no interior da mochila, 3,5kg de maconha e 1kg de crack. 4. Tais circunstâncias fáticas tornam legítima a busca pessoal, tendo em vista que estão presentes os requisitos da sindicabilidade e da referibilidade, em especial pela postura de evasão e pela posse do objeto visualizado pelos policiais. Nesse sentido, inclusive, cito os seguintes precedentes da Sexta Turma, nos quais se entendeu, em situação análoga, que estaria configurada a justa causa para a busca pessoal: HC 782742/SC, relatora p/ o acórdão Min. Laurita Vaz, julgado em 12/09/2023; e HC 815.998/RS, relator p/ o acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 12/09/2023. 5. Ordem de habeas corpus denegada, cassando a liminar anteriormente deferida. **(HC n. 834.943/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/10/2023, DJe de 18/10/2023.)**

NOVAS SÚMULAS APROVADAS NO STJ

Nova súmula do Supremo Tribunal Federal. Confira:

Súmula Vinculante nº 59: O Tribunal, por unanimidade, acolheu a proposta de edição da Súmula Vinculante nº 59, com o seguinte teor: **“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”**, nos termos do voto ora reajustado do Relator, Ministro Dias Toffoli, então Presidente. Votaram os Ministros Cristiano Zanin e André Mendonça. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 19.10.2023.

AFETOU NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A Terceira Seção acolheu a proposta de afetação dos REsp 2.038.833/MG, 2.048.768/DF e 2.049.969/DF ao rito dos recursos repetitivos, a fim de uniformizar o entendimento a respeito da seguinte controvérsia: **"definir se nos crimes praticados contra a dignidade sexual configura bis in idem a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, f, do Código Penal e a majorante específica do art. 226, II, do Código Penal."**

ProAfR no REsp 2.038.833-MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 12/09/2023, DJe 22/09/2023. (Tema 1215).

ProAfR no REsp 2.049.969-DF, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 12/09/2023, DJe 22/09/2023 (Tema 1215).

ProAfR no REsp 2.048.768-DF, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 12/09/2023, DJe 22/09/2023 (Tema 1215).

A Terceira Seção acolheu a proposta de afetação do REsp 2.050.957/SP ao rito dos recursos repetitivos, a fim de uniformizar o entendimento a respeito da seguinte controvérsia: **"possibilidade de aplicação do instituto da consunção com o fim de reconhecer a absorção do crime de conduzir veículo automotor sem a devida permissão para dirigir ou sem habilitação (art. 309 do CTB) pelo crime de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB)."**

ProAfR no REsp 2.050.957-SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 12/09/2023, DJe 22/09/2023. (Tema 1216).

A Terceira Seção acolheu a proposta de afetação dos 2.083.701/SP, 2.091.651/SP e 2.091.652/MS ao rito dos recursos repetitivos, a fim de uniformizar o entendimento a respeito da seguinte controvérsia: **"definir se a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido."**

ProAfR no REsp 2.083.701-SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 17/10/2023, DJe 20/10/2023. (Tema 1218).

ProAfR no REsp 2.091.652-MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 17/10/2023, DJe 20/10/2023 (Tema 1218).

ProAfR no REsp 2.091.651-SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 17/10/2023, DJe 20/10/2023 (Tema 1218).

A Terceira Seção acolheu a proposta de afetação do REsp 2.082.481/MG ao rito dos recursos repetitivos, a fim de uniformizar o entendimento a respeito da seguinte controvérsia: **"definir se é possível aplicar o princípio da fungibilidade recursal aos casos em que, embora cabível recurso em sentido estrito, a parte impugna a decisão mediante recurso de apelação e, em caso positivo, quais os requisitos necessários para a incidência do princípio em comento."**

ProAfR no REsp 2.082.481-MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 17/10/2023, DJe 20/10/2023 (tema 1219).

A Terceira Seção acolheu a proposta de afetação dos REsp 2.024.901/SP e 2.090.454/SP ao rito dos recursos repetitivos, propondo **a revisão da tese firmada no Tema Repetitivo 931/STJ, quanto à alegada necessidade de demonstração da hipossuficiência do apenado para que, a despeito do inadimplemento da pena de multa, possa-se proceder ao reconhecimento da extinção de sua punibilidade.**

ProAfR no REsp 2.024.901-SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 17/10/2023, DJe 30/10/2023 (Revisão do Tema 931).

ProAfR no REsp 2.090.454-SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 17/10/2023, DJe 30/10/2023 (Revisão do Tema 931).

Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul

Defensoria Pública-Geral do Estado

Pedro Paulo Gasparini

Defensor Público-Geral do Estado.

Homero Lupo Medeiros

Pimeiro Subdefensor Público-Geral.

Lucienne Borin Lima

Segunda Subdefensora Pública-Geral.

Daniel de Oliveira Falleiros Calemes

Coordenador do Núcleo Institucional Criminal - NUCRIM

Informativo Periódico do

Núcleo Institucional Criminal - NUCRIM

7ª Edição - Outubro/2023

Redação e edição:

Jhonatan da Silva Guimarães

Diagramação:

Thyanne Moraes

Revisão Final: Daniel de Oliveira Falleiros Calemes

Núcleo Institucional Criminal - NUCRIM

Rua da Paz, 14, bairro Jardim dos Estados,

Campo Grande, MS

CEP 79002-919

nucrim@defensoria.ms.def.br



DEFENSORIA PÚBLICA
DE MATO GROSSO DO SUL