



NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

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

Informativo do Núcleo Institucional Criminal – NUCRIM nº 03/ 04.07.2023

É com satisfação que apresentamos a terceira 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 todas e todos.

Jurisprudência do STF e STJ

1. Tribunal da Cidadania afasta presunção por suposto estupro de vulnerável e rejeita denúncia.

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 Rogério 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. (REsp n. 1.977.165/MS, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 25/5/2023).

2. Da condenação em regime diverso do fechado e a incompatibilidade com a prisão preventiva.

(...) Ambas as Turmas desta Corte têm assentado, de forma pacífica, a incompatibilidade da imposição ou manutenção de prisão preventiva no caso de réu condenado a pena a ser cumprida em regime diverso do fechado, o que implicaria, de forma cautelar, punição mais severa que a decorrente do título condenatório. (...) A instrumentalidade, a acessoriedade e a provisoriedade são características da tutela cautelar processual penal, das quais advém outro atributo: a proporcionalidade. (...) De outro lado, deixo consignado que eventual tentativa de compatibilizar a prisão preventiva ao regime de cumprimento da pena imposta na condenação, além de não estar prevista em lei, implicaria chancelar cumprimento antecipado da pena, em desrespeito ao decidido pelo Plenário desta Corte nas ADCs nº 43/DF, nº 44/DF e nº 54/DF. (STF, AgRg no HC 219.537, Rel. Min. André Mendonça, 2ª Turma, j. 15.05.2023).

3. Pesca probatória residencial e desvio no cumprimento de mandado de prisão.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. **De acordo com o disposto no art. 293 do CPP, para ingressar em domicílio a fim de dar cumprimento a mandado de prisão, o executor primeiro deve intimar o morador a entregar o foragido e, depois, em caso de desobediência, se durante o dia, a autoridade - com duas testemunhas - poderá adentrar o imóvel.** 2. No caso dos autos, além de não haver sido observado o procedimento legal previsto no referido dispositivo, nem sequer se sabia, com segurança, se o réu estava ou não dentro da casa, haja vista que o mandado de prisão foi cumprido a partir de informações anônimas de que o investigado estava em determinada residência. Não havia fundadas razões de que o alvo estaria, de fato, no interior daquela casa. 3. Ainda que seguido o procedimento legal descrito no art. 293 do CPP e ainda que admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para a captura do recorrente a fim de dar cumprimento ao mandado de prisão, isso não bastaria para validar a apreensão de diversos bens - aparelhos celulares, computadores etc. - dentro do referido local. Quando o cumprimento do mandado de prisão ocorrer no domicílio do investigado, é permitido apenas o seu recolhimento e o dos bens que estejam na sua posse direta, como resultado de uma busca pessoal (art. 240 do CPP), mas não de todos os objetos guarnecidos no imóvel que possam, aparentemente, ter ligação com alguma prática criminosa. 4. A obtenção de elementos de convicção ou de possíveis instrumentos utilizados na prática de crime - ainda que seja ao tempo do cumprimento da ordem de prisão no domicílio do réu - exige autorização judicial prévia, mediante a expedição do respectivo mandado de busca e apreensão (art. 241 do CPP), no qual devem ser especificados, dentre outros, o endereço a ser diligenciado, o motivo e os fins da diligência (art. 243 do CPP), o que, no entanto, não ocorreu. É de se destacar, também, que muitos dos bens apreendidos se encontravam em outras residências do condomínio e que o local onde o recorrente foi detido nem sequer era sua residência. 5. **Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência. É o que se extrai da exegese**

do art. 248 do CPP, segundo o qual, "Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência". 6. É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo - vinculado à justa causa - para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas. 7. Na hipótese, a apreensão de diversos objetos supostamente relacionados à prática de crimes, tais como lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, não decorreu de mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo recorrente, mas sim de verdadeira pescaria probatória dentro da residência, totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturá-lo para fins de cumprimento do mandado de prisão. Ademais, conforme descrito no boletim de ocorrência, nenhum dos bens apreendidos se encontrava na posse do ora recorrente. A ordem judicial era, tão somente, de prisão. De igual modo, é de se ressaltar que o caso não revela qualquer possibilidade de fonte independente, porquanto não há nenhum elemento concreto capaz de indicar que os agentes estatais pudessem vir a localizar e apreender os referidos bens, se não houvesse o cumprimento do mandado de prisão no interior da residência. 8. Uma vez que não houve prévia autorização judicial para a realização de busca e apreensão na residência do recorrente, deve ser reconhecida a ilicitude das provas por tal meio obtidas e, por conseguinte, de todos os atos delas decorrentes (art. 157 do CPP). 9. Porque reconhecida a ilicitude das provas obtidas em desfavor do recorrente por meio da medida de busca e apreensão - da qual resultou, entre outros, a apreensão de celulares -, bem como de todas as provas das que delas decorreram, fica prejudicada a análise da alegação de que a decisão de quebra do sigilo eletrônico/telemático dos celulares apreendidos não teria sido concreta e suficientemente fundamentada. 10. Recurso em habeas corpus provido, a fim de reconhecer a nulidade da busca e apreensão de todos os bens efetuada em setembro de 2019 durante o cumprimento de mandado de prisão expedido em desfavor do ora recorrente e, por conseguinte, declarar a ilegalidade da apreensão e revogar a constrição desses bens. Consequentemente, fica determinado o trancamento do IP n. 2270947-60.2019.200602, judicializado na forma do Processo n. 1528907-91.2019.8.26.0050 em São Paulo - SP. (RHC n. 153.988/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 19/4/2023).

4. Nulidade de interrogatório informal pela polícia sem advertência de aviso de Miranda e ilegalidade de ingresso domiciliar.

(...) A controvérsia central dos autos relaciona-se com a obrigatoriedade da advertência ao direito ao silêncio em interrogatório informal realizado pela autoridade policial, matéria que 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. (...) 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 tenetur se detegere*. (...) ao examinar a dinâmica em que se realizou a diligência policial e o interrogatório informal da acusada resta claro que naquele momento inicial não houve formalização da advertência quanto ao direito à não autoincriminação, o que, conforme decidido por esta Corte, conduz à sua nulidade e à consequente ilicitude da prova. Não bastasse a insuficiência da denúncia anônima para o ingresso domiciliar e a invalidade de provas colhidas em ofensa ao direito de não incriminação, o presente caso possui incongruências relevantes que remontam a fase inquisitorial e que corroboram a convicção pela nulidade insanável na ação penal: (i) em sede inquisitorial os policiais alegam que a sogra da paciente autorizou o ingresso, mas não há depoimento da sogra da paciente no dia do flagrante; (ii) ouvida posteriormente ao flagrante, a sogra declarou que sequer estava no local no momento dos fatos relatados pelos policiais (eDOC.03, p. 5); (iii) a paciente relata tortura sofrida durante o flagrante e os horários apontados

pela polícia (20h) e pela paciente (16h) quanto ao flagrante delito são diversos, o que pode indicar uma detenção por período alongado; (iv) policiais afirmaram que a paciente “entrou em contradição” durante a busca pessoal, mas não detalham, em nenhum momento, o conteúdo dessa contradição. Como corolário, as menções feitas em juízo pelos policiais à confissão do paciente, independentemente de serem alusivas ao interrogatório eivado de nulidade ou a eventuais entrevistas informais, são contaminadas pelo vício do ato investigatório de que derivam. Por essa razão, reconheço a nulidade da busca e apreensão realizada pelos policiais e também de todos os demais elementos de informações e provas colhidas em Juízo, porque decorreram da apreensão ilegal realizada no domicílio do paciente, em violação ao previsto no art. 5º, XI, da Constituição Federal. Com efeito, as provas derivadas da prova ilícita restam imprestáveis em razão do que a doutrina denomina de teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal) (STF, HC 219.196, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática de 31.05.2023).

5. Supremo Tribunal Federal define que confissão para celebração de ANPP deve ocorrer durante etapa de justiça negocial, independentemente do exercício do direito de não produzir provas contra si mesmo na investigação criminal.

(...) Especificamente quanto à confissão, destaco que é inválida a negativa do ANPP por ter o investigado exercido regularmente direitos na Etapa de Investigação Criminal. Exaurida da Etapa de Investigação Criminal, rejeitada a hipótese de arquivamento, somente então surge a análise dos requisitos e condições do ANPP. **O fato de o investigado ter confessado ou não a conduta apurada é independente à instauração da Etapa da Justiça Negocial, na qual a exigência é de “confissão circunstancial”. Não deveria causar tanta controvérsia o exercício regular de direitos durante a Etapa de Investigação Criminal. Por isso, a abertura da Etapa da Justiça Negocial não pressupõe a prévia confissão do sujeito ativo durante a investigação porque do exercício do direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo ou *Nemo Tenetur se Detegere* nenhum efeito negativo poderá decorrer.** [CF, art. 5º, LXIII; QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003]. A explicação atende a lógica de garantia de Direitos Fundamentais, consistente na atribuição ao Estado do poder de investigar, sem que o suspeito, investigado ou indiciado tenha a obrigação de contribuir para o esclarecimento dos fatos apurados. **Logo, a existência de confissão na Etapa anterior de Investigação Criminal é independente da existência de elementos necessários ao exercício da ação penal.** Até por isso, a sequência do enunciado descrito no art. 28-A do CPP condiciona a negociação à prévia rejeição da hipótese de arquivamento, motivo pelo qual se os elementos não autorizarem o exercício, em tese, da ação penal, será inviável a abertura da Etapa Negocial na qual a confissão circunstancial é requisito. Dito de outra forma, exaurida a Etapa de Investigação Criminal, independentemente da existência ou não de confissão do suspeito/investigado/indiciado, o legitimado ativo deve avaliar o preenchimento dos requisitos e condições para o exercício da ação penal futura, definindo os contornos da acusação possível. É a partir da expressa declaração de qual será o conteúdo da imputação a ser formulada pelo legitimado ativo que o legitimado passivo [com defesa técnica], deve ser chamado a negociar os termos e condições do ANPP, avaliando-se a pertinência, a adequação e a relação de custo-benefício da confissão circunstancial, associada à decisão de litigar ou não litigar. A “confissão circunstancial”, ademais, se refere à concordância para fins exclusivamente negociais, até porque não há ação penal instaurada, denúncia formalizada, nem exercício dos direitos processuais. (...) **Em consequência, é inválida a exigência de prévia confissão na Etapa da Investigação Criminal. A “confissão circunstancial” deve ocorrer na Etapa de Justiça Negocial, independentemente do exercício do direito de não produzir prova contra si mesmo da Etapa de Investigação Criminal.** (STF, HC 205.816, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática de 01.06.2023).

6. Versão policial não pode prevalecer sobre testemunhos acerca de invasão domiciliar.

(...) Conforme narrado, após o recebimento de denúncia anônima, nenhuma investigação preliminar foi iniciada. Após referida denúncia, policiais se dirigiram diretamente à casa da agravante, teriam arrombado o portão e realizado a busca. **A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que denúncias anônimas não podem embasar, por si sós, medidas invasivas como interceptações telefônicas e buscas e apreensões, devendo, para tanto, ser complementadas por diligências investigativas posteriores.** (...) Na espécie, a agravante estava no interior de seu domicílio quando, segundo testemunhas ouvidas em Juízo, policiais teriam arrombado o portão e realizado as buscas referidas. Os policiais, ao contrário, disseram que a agravante autorizou a entrada e que o portão não estava trancado. **Contudo, não é crível que um cidadão, sob o domínio de agentes armados, tenha a opção de franquear, ou não, seu ingresso no domicílio. É evidente a incapacidade do cidadão de opor resistência à tentativa de agentes armados de ingressarem no interior de seu domicílio.** Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 598.051, Rel. Min Rogério Schietti, em julgamento havido em 2.3.2021, fixou “o prazo de 1 (um) ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão”, consubstanciada na determinação para que a abordagem policial seja registrada em vídeo e áudio, a fim de que se verifique a comprovação do alegado consentimento do morador.” É um precedente relevante, sobretudo para se ponderar a jurisprudência dominante em relação a palavra do policial e a comprovação de consentimento do morador. Ademais, a Constituição Federal autoriza o ingresso no interior do domicílio em caso de flagrante e não para averiguar se há flagrante. Vale ressaltar que a inviolabilidade do domicílio é o principal bem jurídico tutelado pelo art. 22 da nova Lei de Abuso de Autoridade. A proteção de tal bem jurídico baseia-se no art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988, que consagrou a inviolabilidade da casa como um direito fundamental. (...) **Segundo os autos, reitere-se, a invasão decorreu de mera denúncia anônima, o que só ocorre nas residências dos mais vulneráveis socialmente. Trata-se de inegável expressão da seletividade inerente ao sistema penal. Atitudes preconceituosas, discriminatórias e a violação de diversos direitos fundamentais – a começar pela dignidade da pessoa humana – são temas enfrentados e discutidos por esta Corte, como ocorre no caso destes autos. (STF, AgRg no HC 196.935, Rel. Min. Nunes Marques, Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 25.04.2023 (empate)).**

7. A condição de reincidente ou a existência de maus antecedentes, isoladamente, não constituem óbice para deferimento da prisão domiciliar.

(...) Na sessão de julgamento de 20.02.2018, a Segunda Turma do STF, conheceu do habeas corpus coletivo (HC 143.641/SP), impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças. (...) Verifico que as decisões combatidas não se alinham à jurisprudência desta Suprema Corte. Como se nota, a fundamentação exarada pelas instâncias antecedentes, ao negarem a prisão domiciliar, desborda das balizas traçadas por esta Corte, bem como da previsão contida no art. 318-A do CPP, na medida em que o suposto delito não foi cometido com violência ou grave ameaça ou, ainda, contra seu filho ou dependente. O viés com que se deve analisar a matéria, portanto, não é, tão somente, o da reprovabilidade da conduta praticada pelos pais, mas também o resguardo aos direitos das crianças, estabelecido com prioridade absoluta no art. 227 da Constituição Federal, como bem ressaltado pelo e. Min. Ricardo Lewandowski no emblemático julgado, ora utilizado como paradigma. **Ademais, quanto à apontada reiteração delitiva da paciente, resalto que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a mera condição de reincidente ou a existência de maus antecedentes, isoladamente, não constituem óbice ao deferimento da**

prisão domiciliar. (STF, HC 223.795, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática de 07.06.2023).

8. Superior Tribunal de Justiça decide que a presença de testemunho indireto, isoladamente, não basta para sustentar denúncia.

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. ART. 395, III, DO CPP. ELEMENTOS PROBATÓRIOS INSUFICIENTES. TESTEMUNHO INDIRETO (HEARSAY TESTIMONY). AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. A falta de justa causa para o exercício da ação penal decorre da ausência de elementos probatórios mínimos que respaldem a acusação, como é o caso do testemunho indireto (por ouvir dizer). 2. A análise dos elementos circunstanciais e acidentais presentes nos autos revela a inexistência de indícios mínimos de autoria dos delitos imputados ao acusado. 3. **O depoimento testemunhal indireto, por si só, não possui a capacidade necessária para sustentar uma acusação consistente, sendo imprescindível a presença de outros elementos probatórios substanciais.** 4. **A rejeição da denúncia é medida adequada diante da insuficiência de elementos probatórios que vinculem o acusado aos fatos alegados, em conformidade com o princípio constitucional da presunção de inocência.** 5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AREsp n. 2.290.314/SE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 26/5/2023).

9. Busca e apreensão de adolescente não autoriza invasão e revista domiciliar.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, submetido à sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento 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" 2. O Ministro Rogerio Schietti Cruz, ao discorrer acerca da controvérsia objeto desta irresignação no REsp n. 1.574.681/RS, bem destacou que "a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar" (SEXTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 30/5/2017). 3. **No caso em tela, o ingresso na casa onde foram apreendidas as drogas -16g (dezesseis grammas) de maconha e 1g (um grama) de cocaína - e o rádio comunicador não teve fundadas razões, ao contrário, porquanto a expedição de mandado de busca e apreensão de menor não autoriza o ingresso no domicílio e a realização de varredura no local.** 4. Cumpre consignar, por oportuno, que o art. 283, § 2º, do CPP determina, expressamente, que em cumprimento de mandado de prisão - ou busca e apreensão de menor, como no caso em tela -, "[a] prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio", o que demonstra a ilegalidade da presente diligência porquanto os próprios agentes policiais informaram que perceberam a presença do rádio comunicador quando já estavam dentro da residência. 5. "Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador" (HC n. 685.593/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 19/10/2021, grifei.) 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 2.009.839/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 16/5/2023).

10. Gravidade genérica do crime de roubo não justifica prisão preventiva.

(...) Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime, da presença de indícios suficientes da autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. **Exige-se, ainda, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.** (...) No caso, verifica-se que não foram apresentados fundamentos idôneos aptos a demonstrar que a conduta, em tese, praticada apresenta gravidade que extrapole o tipo penal abstratamente previsto. Foi imputado ao paciente o crime inscrito no art. 157, caput, do Código Penal (roubo simples), não havendo qualquer elemento concreto que confira especial reprovação ao delito. Outrossim, trata-se de acusado primário, sem antecedentes criminais, inexistindo circunstâncias específicas que demonstrem sua periculosidade. Ora, a prisão provisória – que não deve se confundir com a prisão-pena (carcer ad poenam) – não detém o objetivo de atribuir punição ao agente que, em tese, praticou uma conduta típica. Assim, afirmações abstratas sobre a gravidade genérica do delito não são bastantes para justificar a custódia preventiva, caso não haja o apontamento de algum elemento concreto que a fundamente. (...) Em outras palavras, configura constrangimento ilegal a decretação da prisão preventiva de modo genérico, sem apoio de elementos empíricos colhidos da conduta do acusado, com base apenas na gravidade abstrata do delito. (STJ, HC 831.194, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, decisão monocrática de 15.06.2023).

11. Abordagem policial não pode ser fundamentada em razão da mudança de direção ante a presença de guarnição policial.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. DECISÃO CONCESSIVA DA ORDEM. BUSCA PESSOAL ILEGAL BASEADA SOMENTE NA MUDANÇA DE DIREÇÃO DO AGRAVADO AO AVISTAR A VIATURA POLICIAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A respeito da legitimidade do agravante, importa destacar que "não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro Celso de Mello, 'indiscutível relevo jurídico-constitucional' (RCL-AGR n. 7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema" (AgRg nos EREsp n. 1.256.973/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, relator p/ acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 27/8/2014, DJe 6/11/2014). 2. **Consta do acórdão recorrido que os policiais foram ao local da busca realizada em resposta a uma notícia de violência doméstica e lá notaram que o agravado mudou repentinamente de direção. Diante de tal situação, por acreditarem que se tratava do autor do delito citado, realizaram a abordagem.** 3. **O art. 244 do Código de Processo Penal prevê que "a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar".** 4. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Recurso em Habeas Corpus n. 158.580/BA, apreciou a matéria referente à busca pessoal e/ou veicular prevista no art. 244 do CPP e firmou entendimento de que o referido artigo "não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata". 5. **A busca pessoal foi realizada sem nenhum elemento concreto que justificasse a abordagem, o que não se coaduna com o previsto no Recurso em Habeas Corpus n. 158.580/BA, e o encontro fortuito de pouca droga -31,48g (trinta e um gramas e quarenta e oito centigramas) e dinheiro não convalidam a medida.** 6. Agravo

regimental desprovido. (AgRg no HC n. 810.971/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 15/6/2023).

12. Sem justificativa para busca pessoal, deve-se reconhecer nulidade probatória.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA PESSOAL SEGUIDA DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADA SUSPEITA. INEXISTÊNCIA. PROVA ILÍCITA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PEDIDO REFERENTE À DOSIMETRIA DA PENA PREJUDICADO. I - Ao interpretar o art. 244 do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a justa causa para a busca pessoal deve ser aferida objetivamente, cabendo às autoridades apontar, de forma concreta e fundamentada, os elementos considerados para se chegar ao juízo de probabilidade de que determinada pessoa esteja na posse de drogas, armas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito. II - O ordenamento jurídico não ampara diligências arbitrárias, deflagradas a partir de impressões subjetivas ou justificadas de forma genérica, como é o caso dos autos, em que nenhum dos documentos produzidos pelas instituições de persecução penal descreve com precisão qual seria a atitude suspeita ostentada pelo réu no momento da busca pessoal, o que prejudica, inclusive, a aferição da validade do ato realizado. III - Na hipótese dos autos, o agravante foi alvo de busca pessoal por estar olhando lojas em um shopping em atitude descrita como suspeita, foi preso em flagrante por portar comprimidos contendo substância lícita e, em seguida, teve seu domicílio revistado sem expedição de mandado judicial. IV - Da análise dos autos, não ficou claro o motivo pelo qual a atitude do agravante foi considerada suspeita em primeiro lugar, nem porque os policiais acataram a percepção subjetiva do segurança do shopping para, com base nela, efetuar busca pessoal e, não satisfeitos com a prisão realizada, entenderam pela licitude de uma busca domiciliar empreendida em outro município, a mais de vinte e dois quilômetros do local onde ocorrera a primeira abordagem, sem requerer para tanto a expedição de mandado judicial. V - Em sendo o ato de circular e observar lojas perfeitamente esperado no contexto de um shopping center, deveriam as autoridades públicas justificar o motivo da abordagem realizada, não sendo suficiente a mera alegação genérica de que o réu estava "em atitude suspeita". VI - As circunstâncias do caso apontam para o perverso fenômeno da criminalização da pobreza, em que a ação dos agentes de segurança pública é dirigida a cidadãos vulneráveis, não porque tenham efetivamente externalizado determinada conduta, mas porque apresentam características que despertam toda sorte de preconceitos. VII - Conquanto tenham sido encontrados entorpecentes da residência do agravante, os fatos que antecederam a busca domiciliar são eivados de flagrante ilegalidade e, portanto, não podem ser utilizados para justificar as diligências posteriores, consoante preconiza o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal. VIII - Em reiteradas ocasiões, o Superior Tribunal de Justiça assentou a impossibilidade de convalidação de diligências ilegais, ainda que tenham resultado na elucidação de crimes. Trata-se da reprovação de um raciocínio puramente consequencialista e que, se generalizado, representa grave risco para as liberdades e para os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. IX - Conforme reiteradamente afirmado por esta Corte, o testemunho dos policiais é dotado de credibilidade e de fé pública. Nada obstante, a discussão acerca da liberalidade do consentimento fornecido pela avó do agravante ao permitir o ingresso dos policiais em sua residência, além de ser inviável diante do óbice da Súmula n.º 7, STJ, mostra-se irrelevante para o deslinde da controvérsia, na medida em que, àquela altura dos acontecimentos, a diligência já havia sido contaminada pela ilicitude da busca pessoal ocorrida no shopping. X - Diante do reconhecimento do caráter ilícito da busca pessoal e de todas as diligências posteriores, a absolvição do agravante, por insuficiência de provas, é medida que se impõe. XI - A absolvição prejudica a análise do pedido atinente à dosimetria da pena. Ainda que não fosse o caso, a defesa não apresentou argumentos capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada nesse ponto, o que inviabiliza o conhecimento do mérito por ofensa ao princípio da dialeticidade, nos termos da Súmula n.º 182/STJ. Agravo regimental conhecido em parte e, na parte conhecida, provido para reconhecer a nulidade da busca pessoal e das diligências dela derivadas, com a consequente absolvição do agravante, nos termos

do art. 386, inciso VII, do CPP. Sem prejuízo, determinada a expedição de ofício, com cópia dos autos, ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais e à Secretaria de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais para ciência dos fatos e adoção das medidas que entenderem pertinentes, em especial no que diz respeito à apuração de eventual responsabilidade dos agentes públicos que realizaram as diligências. (AgRg no REsp n. 2.011.289/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023).

13. Constrangimento ilegal da inclusão em polo passivo de ação penal.

(...) É certo que não se confundem os requisitos para o recebimento da denúncia – providência baseada em juízo de mera delibação, jamais de cognição exauriente -, com o juízo de procedência da imputação criminal, realizado tão somente ao final do processo-crime, após encerrada a instrução criminal. **Contudo, a submissão do paciente ao processo-crime, sem que haja narrativa embasada no respectivo suporte probatório mínimo, acarreta, para além do constrangimento ilegal da inclusão em polo passivo de ação penal, efeitos negativos sobre a personalidade da pessoa acusada, implicando dúvidas a respeito, por exemplo, da própria reputação, do nome e da imagem, elementos que compõem o patrimônio inalienável do ser humano.** (STF, HC 211.853, Rel. Min. André Mendonça, decisão monocrática de 02.06.2023).

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

14. Tribunal de Justiça de São Paulo entende que quantidade de droga apreendida e histórico do autuado não são suficientes para decretação de prisão preventiva.

Habeas Corpus – Tráfico de drogas – Não se observa a invasão de domicílio alegada – Paciente devidamente representado em Audiência de Custódia – **Indícios de autoria e materialidade presentes, contudo, houve decreto prisional com fundamentação relacionada apenas à gravidade abstrata do delito – Motivação insuficiente – Vedação à inovação ou correção sobre decisão de Primeira Instância – Precedentes jurisprudenciais superiores – Liminar confirmada, mantendo-se as medidas cautelares anteriormente fixadas – ORDEM CONCEDIDA.** (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2107489-62.2023.8.26.0000; Relator (a): Heitor Donizete de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 25/05/2023; Data de Registro: 25/05/2023).

15. Subjetividade policial não justifica revista pessoal, decide Tribunal de Justiça do Paraná.

APELANTES 1 E 2. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS EM RAZÃO DA BUSCA PESSOAL. ACOLHIMENTO. VERIFICADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PALAVRA DOS POLÍCIAS MILITARES NÃO SEGURA NOS AUTOS. RELEVANTE DÚVIDA EM RELAÇÃO AS CIRCUNSTÂNCIAS DA ABORDAGEM POLICIAL. PRECEDENTES DO STJ. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. RECONHECIMENTO QUE SE IMPÕE. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DOS RÉUS. RECURSOS CONHECIDOS, PRELIMINARES ACOLHIDAS, EXAME DO MÉRITO DOS APELOS, PREJUDICADOS (VENCIDO DESEMBRAGADOR JORGE WAGIH MASSAD) (Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira. Desembargadora. Processo: 0002332-44.2022.8.16.0196. Órgão Julgador: 5ª Câmara Criminal Data Julgamento: 15/06/2023).

16. Tribunal de Justiça do Ceará absolve réu por revista e ingresso domiciliar indevidos.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 LEI ANTIDROGAS). RECURSO DEFENSIVO. ANÁLISE DO PROCESSO. APLICAÇÃO DOS STANDARDS PROBATÓRIOS NECESSÁRIA CONFIABILIDADE DAS PROVAS COLHIDAS. ART. 244 DO CPP. **BUSCA PESSOAL QUE NECESSITA DE FUNDADAS SUSPEITAS. NECESSÁRIA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. MATERIALIDADE CORPORIFICADA DOCUMENTALMENTE. DEPOIMENTOS DOS AGENTES QUE DEMONSTRAM AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIAS PRÉVIAS E ATUAÇÃO MERAMENTE POR IMPRESSÕES.** EVIDENTE ILEGALIDADE DA MEDIDA. INTERROGATÓRIO E TESTEMUNHOS. INCURSÃO DOMICILIAR SEM RESPALDO. MERAS DENÚNCIAS ANÔNIMAS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS AUSÊNCIA DE PROVAS INDEPENDENTES. NULIDADES CONSTATADAS. ARCABOUÇO PROBATÓRIO TÍBIO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. 1-Por força do Art. 244 da Lei de Ritos Penais, a busca pessoal requer, para ser regularmente efetivada, as chamadas fundadas suspeitas. **No caso em tela, os depoimentos dos agentes públicos carecem de substrato para legitimar a medida. A atuação se deu baseada meramente em impressões e denúncias anônimas. Por ter o condão de incidir em Direitos Fundamentais, as diligências precisam ser precedidas de investigações, de modo a afastar subjetivismos. Ademais disso, quando ouvidos em Juízo, o Réu e a sua companheira relataram, ainda, que sua casa foi invadida pelos agentes em atitude destituída de respaldo fático e legal. Outra vez fala-se na urgente proteção aos Direitos Fundamentais e na necessidade de uma averiguação pretérita capaz de subsidiar concretamente eventuais medidas. Não foi o que se deduziu do caso em tela.** 2- Enfraquecimento do conjunto probatório que ocasiona a nulidade das diligências e das provas dela decorrentes. A inexistência de provas independentes também denota a incapacidade do presente arcabouço de ensejar a pretendida condenação. Aplicação da Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados. Absolvição que se impõe. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes Autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE), em que figura as partes acima indicadas, por unanimidade, em conhecer do Recurso e dar-lhe provimento, com absolvição do Acusado, por insuficiência probatória, nos termos do Voto da Relatora. Fortaleza/CE, Data da Assinatura Eletrônica do Sistema. Sílvia Soares de Sá Nóbrega Desembargadora-Relatora (Apelação Criminal - 0200187-41.2022.8.06.0121, Rel. Desembargador(a) SILVIA SOARES DE SÁ NOBREGA, 1ª Câmara Criminal, data do julgamento: 30/05/2023, data da publicação: 31/05/2023).

17. Injúria homofóbica é forma de racismo e não retira a titularidade do Ministério Público, decide TJSP.

Recurso em Sentido Estrito - Crime de racismo – Denúncia – Injúria racial em razão da orientação sexual – Motivação homofóbica – Legitimidade do Ministério Público – Bem jurídico tutelado pela norma: igualdade – A honra subjetiva da pessoa – Exordial que descreve os fatos satisfatoriamente e cumpre os requisitos do art. 41 do CPP – Art. 140, § 3º, do CP – Recebimento que se impõe – **Entendimento A conduta narrada na exordial é, de fato, apta a lesionar o bem jurídico tutelado pela norma – a igualdade – a honra subjetiva do indivíduo, sendo, efetivamente, o processamento do crime de competência do Ministério Público. A exclusão do presente caso do âmbito de proteção da norma disposta no art. 140, § 3º, do CP, atos atentatórios à dignidade humana das pessoas que sofrem ofensa a sua honra subjetiva, em razão de sua orientação sexual, viola, com efeito, o princípio constitucional da proporcionalidade.** A proteção seria deficiente. Presente está a justa causa para o seu regular prosseguimento. Presentes indícios suficientes de autoria, o recebimento da denúncia oferecida, que inclusive está regular no aspecto formal e preenche os requisitos legais previstos no art. 41

do CPP, mostra-se, portanto, de rigor. (TJSP; **Recurso em Sentido Estrito 0012439-40.2022.8.26.0562**; **Relator (a): Grassi Neto**; **Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal**; **Foro de Santos - 1ª Vara Criminal**; **Data do Julgamento: 27/05/2023**; **Data de Registro: 27/05/2023**).



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
3ª Edição – Junho/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