



# NUCRIM

## NÚCLEO CRIMINAL

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

### Informativo do Núcleo Institucional Criminal – NUCRIM nº 06/04.10.2023

É com satisfação que apresentamos a sexta edição do Informativo do Núcleo Institucional Criminal da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul – NUCRIM. Esta edição contará com alguns julgados de relevância dos Tribunais Superiores, matérias sedimentadas e sugestões de teses jurídicas para atuação diária. Reiteramos o convite para que as(os) colegas nos enviem sugestões e suas contribuições para aprimoramento. Boa leitura a todos e todas.

## Jurisprudência favorável para Defesa Criminal:

### **1. Prisão preventiva não pode ser fundamentada apenas em indícios de traficância, diz Ministro do Supremo Tribunal Federal.**

(...) 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 (...) Na espécie, o Juízo a quo converteu o flagrante em prisão preventiva sem elucidar, à luz dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, em que medida a manutenção da prisão cautelar é providência indispensável para o adequado deslinde do feito criminal. (eDOC 2, p. 79/81). Com efeito, a avaliação empreendida pelo Juízo singular, por sua generalidade e abstração, não satisfaz a necessidade de motivação das decisões judiciais, nem demonstra a presença dos requisitos mencionados no art. 312 do CPP. (...) **Efetivamente, mesmo que presentes indícios de traficância, tais circunstâncias não bastam para a imposição da prisão preventiva, entendida como *ultima ratio*. A prevalecer tal compreensão, todos os acusados flagrados praticando tráfico de drogas deveriam responder presos à correlata ação penal, entendimento que foi enfaticamente repellido por essa Suprema Corte, no julgamento do HC 104.339 (relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe 6.12.2012), no qual se declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão liberdade provisória contida no art. 44 da Lei 11.343/2006, e se asseverou a necessidade de fundamentação individualizada para decretação de custódia preventiva, mesmo em se tratando do crime de tráfico de drogas. Na oportunidade, consolidou-se o entendimento de que a prisão cautelar deve ser embasada nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e em elementos concretos do caso. (HC**

231791/ MG - MINAS GERAIS; Relator(a): Min. EDSON FACHIN; decisão monocrática, Julgamento: 29/08/2023; Publicação: 31/08/2023.)

## **2. Rogério Schietti revoga prisão de acusado que não praticou crime com violência nem grave ameaça.**

(...) A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal. **A seu turno, a custódia provisória somente se sustenta quando, presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Na espécie, conquanto as circunstâncias descritas denotem a necessidade de algum acautelamento da ordem pública, considero não ser suficiente, em juízo de proporcionalidade, para justificar a imposição da cautela extrema. Isso porque as condutas em tese praticada se deram sem violência ou grave ameaça e não foi descrita a existência de registros pretéritos em desfavor do acusado.** Ainda, saliento que, muito embora haja menção de registros anteriores por ato infracional análogo a tráfico, não há indicação de participação do paciente em organização criminosa de forma permanente ou destacada. Reputo, portanto, que os elementos apresentados, por si só, não servem para denotar a periculosidade exacerbada do investigado na traficância, a ponto de justificar o emprego da cautela máxima. **Assim, as circunstâncias apresentadas, por si sós, não poderiam ensejar a imposição da prisão preventiva, se outras medidas menos invasivas se mostram suficientes e idôneas para os fins cautelares, especialmente a fim de evitar a prática de novas infrações penais (art. 282, I, CPP). Ao considerar, então, que o delito não envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa e avaliar as situações em que perpetrado o suposto crime em questão, reputo cabível a concessão da ordem, com a confirmação da medida de urgência anteriormente deferida. Apesar da reprovabilidade social do comportamento atribuído ao paciente - a ensejar-lhe, se demonstrada a imputação, correspondente e proporcional sanção penal -, considero ser suficiente e adequada, na hipótese, a substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares a ela alternativas.** É plenamente possível que, embora presentes os motivos ou os requisitos que tornariam cabível a prisão preventiva, o juiz - à luz do princípio da proporcionalidade e das novas alternativas fornecidas pela Lei n. 12.403/2011 - considere a opção por uma ou mais das medidas indicadas no art. 319 do Código de Processo Penal o meio suficiente e adequado para obter o mesmo resultado - a proteção do bem jurídico sob ameaça - de forma menos gravosa. (HC n. 849.472, Ministro Rogério Schietti Cruz, decisão monocrática, DJe de 30/08/2023.)

## **3. Realização de exame grafotécnico e o direito de não produzir provas contra si mesmo.**

EMENTA AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. COLETA DE MATERIAL GRAFOTÉCNICO. AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA QUANTO AO DIREITO DE NÃO PRODUIR PROVA CONTRA SI MESMO. ILICITUDE DA PROVA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição da República, em seu art. 5º, LXIII, garante que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, regra que traduz os direitos fundamentais de qualquer pessoa submetida a investigação ou persecução penal de se manter em silêncio, de não se autoincriminar e de ser advertida quanto a possuir tais prerrogativas. 2. Não havendo a autoridade policial esclarecido ao acusado que ele não era obrigado a produzir prova contra si, é ilícito o material grafotécnico colhido. 3. Agravo interno desprovido. (HC 186797 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 03/07/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-08-2023 PUBLIC 21-08-2023.)

#### **4. Requisitos para colaboração premiada da Lei nº 11.343/06 são alternativos e não cumulativos.**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 41 DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. COLABORAÇÃO PREMIADA. IDENTIFICAÇÃO DOS DEMAIS COAUTORES E RECUPERAÇÃO DO PRODUTO DO CRIME. REQUISITOS ALTERNATIVOS, NÃO CUMULATIVOS. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA E SISTEMÁTICA. ENTREGA DAS DROGAS ESCONDIDAS AOS POLICIAIS. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Diz o art. 41 da Lei n. 11.343/2006 que "O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços". Na interpretação do referido dispositivo legal, dois pontos geram especial controvérsia: a) o conceito de "produto do crime" e b) a cumulatividade ou a alternatividade dos requisitos legais. (...) **4. Naturalmente, não há como negar que a leitura do art. 41 da Lei n. 11.343/2006 aponta, ao menos à primeira vista, para a cumulatividade dos requisitos legais ali estabelecidos, em razão do emprego da conjunção coordenada aditiva "e" entre eles. Entretanto, a interpretação gramatical de um dispositivo legal, embora seja um importante ponto de partida, nem sempre reflete a mais adequada exegese para dele extrair a norma jurídica pertinente.** 4.1. Situações nas quais a literalidade do texto não é suficiente para extrair o adequado sentido da norma nele contida podem ser constatadas com frequência na legislação, em que não raro o legislador se vale da conjunção "e" quando deveria empregar a conjunção "ou", e vice-versa. Basta lembrar do novel art. 28-A do CPP, segundo o qual "[...] o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal [...], mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente". Por certo que no lugar da conjunção "e" deve ser lida a conjunção "ou", visto que as expressões são mutuamente excludentes: ou as condições elencadas são fixadas juntas (cumulativamente) ou separadas (alternativamente). 4.2. A interpretação literal também já foi descartada por esta Corte ao definir que, em certas situações, apesar de o texto legal empregar a expressão "poderá", estabelece verdadeiro direito subjetivo do acusado. É o que ocorre, por exemplo, no livramento condicional, em que o art. 83 do CP estabelece que "O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que [...]", mas a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que "O livramento condicional é direito subjetivo do reeducando" (AgInt no REsp n. 1.651.383/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 15/5/2017), de modo que, se preenchidos os requisitos legais, o juiz deverá concedê-lo ao sentenciado. 4.3. **Cumprir lembrar, por oportuno, que o atual art. 41 da Lei de Drogas tem origem no antigo art. 32, § 2º, da Lei n. 10.409/2002, o qual trazia a conjunção "ou" entre os requisitos para a colaboração premiada, ao dispor que "O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça".** 4.4. Ademais, além de não se identificar nenhuma justificativa para que tal mudança gramatical decorresse de eventual propósito deliberado do legislador, não se pode desconsiderar o advento da Lei n. 12.850/2013, que cuidou de definir, regular e sistematizar diversos aspectos relativos ao instituto da colaboração premiada, oportunidade em que, ao estabelecer seus requisitos no art. 4º, fê-lo de forma alternativa. 4.5. Essa consideração ganha dimensão ainda mais significativa se ponderado que os crimes da Lei de Organizações Criminosas são plurissubjetivos, isto é, de concurso necessário de pessoas e, mesmo assim, o legislador não impôs obrigatoriamente a identificação dos demais coautores e partícipes, de modo que não se mostra razoável exigi-lo compulsoriamente nos crimes contidos na Lei de Drogas, em que o concurso de pessoas é meramente eventual. 4.6. Trata-se, ainda, de interpretação mais consentânea ao princípio da proporcionalidade, pois não

desconsidera a relevante colaboração do réu com o Estado-acusação - para além da mera confissão -, dá maior efetividade a esse meio de obtenção de prova estabelecido pelo legislador e ainda evita a indevida confusão entre delação premiada e colaboração premiada, uma vez que a delação de comparsas é apenas uma das formas pelas quais o indivíduo pode prestar colaboração. 4.7. **Assim, tanto sob a perspectiva de uma interpretação histórica quanto à luz de uma interpretação sistemática, é mais adequado considerar alternativos, e não cumulativos, os requisitos legais previstos no art. 41 da Lei n. 11.343/2006 para a redução da pena.** 4.8. Isso não significa, frise-se, conceder ao acusado que identifica seus comparsas e ainda ajuda na recuperação do produto do crime o mesmo tratamento conferido àquele que só realiza uma dessas duas condutas, pois os distintos graus de colaboração podem (e devem) ser sopesados para definir a fração de redução da pena de um a dois terços, nos termos da lei. 5. No caso dos autos, policiais em patrulhamento de rotina suspeitaram que o réu trazia drogas consigo e o revistaram, oportunidade em que encontraram nove porções de maconha e R\$35,50. Em seguida, de acordo com os militares, o paciente haveria supostamente confessado a traficância e indicado a eles o local onde ocultava o restante das drogas, as quais foram apreendidas. 5.1. As instâncias ordinárias consideraram suficiente para a condenação o relato dos agentes públicos e o Tribunal local ainda ressaltou no acórdão que "[...] segundo se extrai das declarações do militar Maurício em juízo, não fosse a colaboração do réu, indicando o local onde ocultadas as drogas, apenas 09 (nove) porções de maconha que estavam no bolso do réu teriam sido apreendidas e, nestas condições, a comprovação da traficância muito provavelmente restaria inviabilizada, uma vez que a abordagem foi ocasional, não havia investigações em curso que apontassem o apelante como traficante e, como cediço, a quantidade e variedade das drogas é sim um fator determinante a distinguir o mercador do mero usuário" (fl. 113). 5.2. Fica evidente, portanto, que a colaboração do acusado, de acordo com a premissa fática estabelecida no acórdão, foi essencial para a comprovação do delito de tráfico em seu desfavor no caso em exame e deve ensejar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei de Drogas, tal como reconhecido pelo Magistrado de primeiro grau na sentença. 5.3. Ainda que a confissão, por haver sido valorada na condenação, já tenha sido considerada para aplicar a atenuante da confissão espontânea em favor do réu, não se trata da mesma circunstância ora analisada. Isso porque a confissão, no caso, se limita à admissão da prática do tráfico de drogas, ao passo que a colaboração foi além e indicou aos policiais a localização do restante das drogas, que estavam escondidas e, segundo os próprios agentes afirmaram, não seriam por eles encontradas sem a ajuda do réu. Trata-se de institutos distintos e que podem (e devem) ser aplicados conjuntamente, se ambos estiverem configurados. 6. Ordem de habeas corpus concedida para restabelecer em favor do paciente a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, nos termos da sentença de primeiro grau, e, por consequência, retornar sua reprimenda a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 388 dias-multa, no valor unitário mínimo. (HC n. 663.265/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 20/9/2023.)

## **5. O consentimento da vítima para aproximação afasta a incidência do crime previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha.**

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA (ART. 24-A DA LEI N. 11.340/2006). APROXIMAÇÃO DO RÉU COM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE LESÃO OU AMEAÇA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **O consentimento da vítima para aproximação do réu afasta eventual ameaça ou lesão ao bem jurídico tutelado pelo crime capitulado no art. 24-A, da Lei n. 11.340/2006.** 2. **No caso, restando incontroverso nos autos que a própria vítima permitiu a aproximação do réu, autorizando-o a residir com ela no mesmo lote residencial, em casas distintas, é de se reconhecer a atipicidade da conduta.** 3. **"Ainda que efetivamente tenha o acusado violado cautelar de não aproximação da vítima, isto se deu com a autorização dela, de modo que não se verifica efetiva lesão e falta inclusive ao fato**

dolo de desobediência" (HC n. 521.622/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/11/2019, DJe de 22/11/2019). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.330.912/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023.)

## **6. Superior Tribunal de Justiça concede salvo-conduto para cultivo de Cannabis Sativa com fins medicinais, independente de regulamentação da ANVISA.**

HABEAS CORPUS. CULTIVO DOMÉSTICO DA PLANTA CANNABIS SATIVA PARA FINS MEDICINAIS. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS TURMAS CRIMINAIS. RISCO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO A SAÚDE PÚBLICA E A MELHOR QUALIDADE DE VIDA. REGULAMENTAÇÃO. OMISSÃO DA ANVISA E DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA. 1. O Juiz de primeiro grau concedeu o habeas corpus preventivo, porque, analisando o conjunto probatório, entendeu que o uso medicinal do óleo extraído da planta encontra-se suficientemente demonstrado pela documentação médica e, especialmente, pelo fato de que o paciente obteve autorização da ANVISA para importar o medicamento derivado da substância, o que indica que sua condição clínica fora avaliada com crivo administrativo, que reconheceu a necessidade de uso do medicamento. 2. **O entendimento da Quinta Turma passou a corroborar o da Sexta Turma que, na sessão de julgamento do dia 14/6/2022, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Especial n. 1.972.092-SP do Ministério Público, e manteve a decisão do Tribunal de origem, que havia concedido habeas corpus preventivo. Então, ambas as turmas passaram a entender que o plantio e a aquisição das sementes da Cannabis sativa, para fins medicinais, não se trata de conduta criminosa, independente da regulamentação da ANVISA.** 3. Após o precedente paradigma da Sexta Turma, formou-se a jurisprudência, segundo a qual, "uma vez que o uso pleiteado do óleo da Cannabis sativa, mediante fabrico artesanal, se dará para fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado, chancelado pela ANVISA na oportunidade em que autorizou os pacientes a importarem o medicamento feito à base de canabidiol - a revelar que reconheceu a necessidade que têm no seu uso - , não há dúvidas de que deve ser obstada a iminente repressão criminal sobre a conduta praticada pelos pacientes/recorridos" (REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022). 4. **Os fatos, ora apresentados pelo impetrante, não podem ser objeto da sanção penal, porque se tratam do exercício de um direito fundamental garantido na Constituição da República, e não há como, em matéria de saúde pública e melhor qualidade de vida, ignorar que "a função judicial acaba exercendo a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado aos mesmos, concretizando-os, e até dando um alcance maior ao texto constitucional, bem como julgando os atos das outras funções do Poder Público que interpretam estes mesmos princípios"** (DUTRA JÚNIOR, José Felício. Constitucionalização de fatos sociais por meio da interpretação do Supremo Tribunal Federal: Análise de alguns julgados proativos da Suprema Corte Brasileira. Revista Cadernos de Direito, v. 1, n. 1, UDF: Brasília, 2019, pags. 205-206). 5. **Habeas corpus concedido, a fim de reestabelecer a decisão de primeiro grau que garantiu ao paciente o salvo-conduto, para obstar que qualquer órgão de persecução penal turbe ou embarace o cultivo de 15 (quinze) mudas de cannabis sativa para uso exclusivo próprio e enquanto durar o tratamento.** Oficie-se à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e ao Ministério da Saúde. (HC n. 802.866/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 3/10/2023.)

## **7. Crime sem violência intencional admite a substituição da prisão preventiva.**

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. **CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRONÚNCIA. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. SUFICIÊNCIA, PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO. AGRAVO PROVIDO.** 1. A regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Na espécie, tal como afirmado na decisão agravada, não há falar em *decisum* desprovido de fundamentação, pois invocou o Juízo de primeiro grau a gravidade concreta da conduta, já que "o acusado dirigia em alta velocidade, no momento da colisão não parou o carro; pelo contrário, arrastou as vítimas, além de não ter prestado socorro", "além do fato do mesmo ter tentado fugir do local". 3. Todavia, **mostra-se excepcionalmente suficiente, para os fins acautelatórios pretendidos, a imposição de medidas outras que não a prisão. É que se está diante de crime praticado sem violência intencional ou grave ameaça e que não revela, ao menos num primeiro momento, uma periculosidade acentuada do agente, sobretudo porque se trata de réu primário e portador de bons antecedentes, o qual se encontra custodiado desde 18/4/2021, ou seja, há mais de dois anos.** 4. Agravo regimental provido tão somente para substituir a custódia preventiva do agravante por medidas cautelares diversas da prisão, dentre as quais, suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor e proibição de frequentar bares e restaurantes, sem prejuízo da fixação de outras medidas pelo Juízo de primeiro grau. (AgRg no HC n. 811.814/ES, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.)

#### **8. Posse de aparelho celular durante execução de jornada de trabalho em regime semiaberto não configura falta grave.**

(...) Da leitura dos autos, vê-se que, em que pese a apreensão do aparelho celular na empresa que em o paciente presta serviço na modalidade externa, não há que se falar em desobediência dos deveres previstos em lei, nos termos do que consta do art. 50, VII, da Lei de Execução Penal, uma vez que a conduta ora praticada não se amolda na referida previsão legal. Como bem ressaltado pelo Ministério Público Federal, "A conduta de ter consigo aparelho celular durante a realização de trabalho externo não se amolda à sanção disciplinar prevista no artigo 50, VII, da LEP2, razão pela qual é atípica a conduta do ora Paciente. Tal dispositivo legal disciplina tão somente a conduta consistente na "[...] comunicação entre os presos ou destes com o meio externo, mormente dos chefes de organizações criminosas, em atenção aos reclamos sociais para punir e coibir as crescentes práticas criminosas dentro de tais estabelecimentos"3. Não é o caso dos autos." (fls. 98-99). (...) Ante o exposto, concedo o habeas corpus a EDIVAN LOPES DO NASCIMENTO para afastar a falta grave.(...) (HC n. 839.099, Ministro Jesuíno Rissato, decisão monocrática, (Desembargador Convocado do TJDF), DJe de 04/09/2023.)

#### **9. Período de recolhimento noturno pode ser detraído da pena, por comprometer o status de liberdade do acusado.**

(...) Quanto ao tema, o art. 42 do Código Penal, ao regulamentar a detração penal, prevê que seja computado da pena privativa de liberdade o tempo que o agente houver sido mantido preso provisoriamente ou internado. (...) Não se pode dizer que o artigo supra seja *numerus clausus*, pois se deve considerar como parte do cumprimento da pena, para o fim de detração, o lapso de tempo em que fica o réu privado de sua liberdade, por prisão provisória, da qual são espécies: a prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP); a prisão temporária (Lei n. 7.960/1989); a prisão preventiva (arts. 311 a 316); a prisão resultante da pronúncia (arts. 282 e 408, §1º); e a prisão por sentença condenatória recorrível (art. 393, I); por prisão administrativa, transgressão militar, ou, até mesmo, internação em hospital de custódia. Por outro lado, quando a privação da liberdade não é essencial para a realização do

processo ou como garantia de seus resultados, o art. 319 do Código de Processo Penal prevê a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, sem o rigor do encarceramento; que consistem em uma ou várias obrigações cumulativas impostas pelo juiz em desfavor do indiciado ou do réu, dependendo da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do acautelado. (...) **Tais medidas cautelares surgem como intermediárias entre a liberdade plena e o encarceramento provisório, restringindo, de certa forma, garantias e direitos do acusado, que, ainda que de longe, ficam equiparados à situação de um preso cumprindo pena restritiva de direito ou em regime de semiliberdade. Dessa forma, embora não exista previsão legal quanto ao instituto da detração para medidas cautelares alternativas à prisão, entendo que, no caso concreto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem. Ressalto que a matéria foi objeto do Tema n. 1.155, firmado pela Terceira Seção em 23/11/2022, no julgamento do REsp n. 1.977.135/SC consoante o rito dos recursos repetitivos (relator Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 28/11/2022), estabelecendo-se as seguintes teses: "1) O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem. 2) O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento. 3) As horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada."** (...) No caso dos autos, o Tribunal de origem adotou entendimento contrário à jurisprudência desta Corte Superior, ao cassar a decisão de primeiro grau que deferiu o cômputo, para fins de detração, do período no qual a paciente permaneceu em liberdade provisória, cumprindo, no entanto, medida cautelar de recolhimento noturno. Nesse contexto, verifico constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem, de ofício. Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Todavia, concedo a ordem, para que para reestabelecer a decisão de primeiro grau. (STJ, HC 851.614/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, decisão monocrática, julgado em 05/09/2023, DJe 08/09/2023.)

#### **10. STJ reafirma entendimento acerca da atipicidade da conduta de reeducando que teve droga interceptada em presídio.**

(...) Da leitura dos trechos acima transcritos, verifica-se que o ora paciente não praticou qualquer conduta que pudesse ser considerada como início do iter criminis do delito de tráfico de entorpecentes. Nesse contexto, a interceptação da droga pelos agentes penitenciários, antes de ser entregue ao destinatário, impede a ocorrência da conduta típica do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 na modalidade "adquirir" que viria, em tese, a ser praticada por este. Evidencia-se, portanto, a atipicidade da conduta imputada ao reeducando, na medida em que não praticou as condutas previstas no art. 28 ou 33 da Lei n. 11343/2006, pois o iter criminis do delito sequer foi iniciado. (...) Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço do habeas corpus. Todavia, concedo a ordem, de ofício, para absolver o paciente. (...) (HC n. 809.366, Ministro Joel Ilan Paciornik, decisão monocrática, DJe de 05/09/2023.)

#### **11. Tribunal da Cidadania anula sentença baseada em reconhecimento pessoal sem observância dos requisitos legais.**

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. NULIDADE.

AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. ABSOLVIÇÃO. 1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (relator Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. 2. Nesse sentido, a Sexta Turma desta Corte, evoluindo no entendimento já exarado por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC, fixou posicionamento no HC n. 712.781/RJ, no sentido da impossibilidade de refazimento do procedimento viciado, pela tendência, por vezes até mesmo inconsciente, de a vítima confirmar o ato, tornando comprometida a prova. 3. **No caso, verifica-se que a única prova judicializada da autoria delitiva - depoimento da vítima - decorreu de atos viciados de reconhecimento fotográfico, em desacordo com o art. 226 do CPP, os quais, mesmo submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, não podem ser aproveitados para embasar a condenação.** 4. Habeas corpus concedido. (HC n. 835.651/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 11/9/2023.)

**12. Prisão de acusado na posse de radiotransmissor em local dominado por facção criminosa não se mostra suficiente para fundamentar condenação no disposto do art. 35 da Lei de Drogas.**

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS CONCEDIDO. CRIME DO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. CONDENAÇÃO POR PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1 - As razões trazidas no regimental não são suficientes para infirmar a decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos. 2 - **No caso, além de o paciente ter sido denunciado sozinho, houve apenas presunção para o reconhecimento da associação para o tráfico, sob o argumento de que foi preso com radiotransmissor em local dominado por facção criminosa, sem comprovação da estabilidade e permanência, inerentes ao tipo penal.** 3 - Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC 825.936/RJ, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, por unanimidade, julgado em 11/09/2023, DJe 14/09/2023.)

**13. O valor da *res furtiva*, restituída à vítima, no percentual de 12% do salário mínimo, aliado à primariedade, permite, excepcionalmente, a incidência do princípio da insignificância.**

(...) 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. As hipóteses de aplicação do princípio da insignificância se revelam com mais clareza no exame da punibilidade concreta - possibilidade jurídica de incidência da pena -, que atribui conteúdo material e sentido social a um conceito integral de delito como fato típico, ilícito, culpável e punível, em contraste com a estrutura tripartite (formal) tradicionalmente adotada, conforme expus de maneira mais aprofundada no julgamento do REsp n. 1.864.600/MG, ocorrido em 15/9/2020. Por oportuno, ressalto que, por se tratar de categorias de conteúdo absoluto, a tipicidade e a ilicitude não comportam dimensionamento do grau de ofensa ao bem jurídico tutelado, compreendido a partir da apreciação dos contornos fáticos da conduta delitiva e dos condicionamentos sociais em que se inserem o agente e a vítima. Nesse contexto, o diálogo entre a política criminal e a dogmática na jurisprudência sobre a bagatela deve também ser informado pelos elementos subjacentes ao crime, que se compõem do valor dos bens subtraídos e do comportamento social do acusado nos últimos anos. Na espécie, o valor da *res furtiva* - restituída à vítima -, avaliada em R\$ 151,48, o que equivale a 12% do salário mínimo vigente à época dos



fatos (R\$ 1.302,00 em fevereiro de 2023), aliado à primariedade da paciente permite a incidência do princípio da insignificância ao caso. (...) (STJ, HC 856.666/RJ, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, decisão monocrática, julgado em 25/09/2023, DJe 27/09/2023.)

## Jurisprudência dos Tribunais Estaduais/Regionais

### **14. Tribunal de Justiça do Ceará rejeita decisão de pronúncia fundamentada apenas em inquérito policial.**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO SIMPLES. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO. DOLO EVENTUAL NÃO EVIDENCIADO. ACOLHIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O art. 413, do CPP, estabelece que o juízo de admissibilidade para a remessa do julgamento ao Tribunal do Júri demanda o convencimento da materialidade fática quanto ao crime cuja competência é atribuída àquele órgão jurisdicional, isto é, que esteja configurado delito doloso contra a vida, bem como esteja caracterizada a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. 2. No caso dos autos, os únicos depoimentos relacionados ao excesso de velocidade, bem como à suposta prática de "racha", pelo recorrente, foram prestados por Francisco Valber Raquel Sousa, conhecido como "Novo", e Jhonatan Martins de Oliveira, exclusivamente em sede inquisitorial, motivo pelo qual a suposição inicial não restou confirmada por elementos concretos colhidos em juízo, a fim de justificar a pronúncia do recorrente. 3. **Acerca do tema, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, entendeu, por unanimidade, pela impossibilidade de pronúncia do réu com base apenas em provas produzidas em sede inquisitorial, sob pena de igualar-se à decisão de recebimento da denúncia.** 4. **Deste modo, conclui-se que não há elementos nos autos suficientes que demonstrem, inequivocamente, que o recorrente perpetrou a conduta imbuída da convicção de que o resultado lesivo poderia ocorrer e mesmo assim decidiu agir desconsiderando as consequências negativas.** A submissão do réu a julgamento pelo Tribunal do Júri somente deve ocorrer quando restar estreme de dúvidas que o agente agiu com dolo eventual. **No caso concreto, restou evidenciado que o recorrente agiu com culpa, ao trafegar em via pública, sem a devida atenção, cautela e prudência.** 5. Recurso conhecido e provido, para desclassificar o crime, para o previsto no art. 302, do CTB. ACORDAM os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso, para DAR-LHE PROVIMENTO, tudo em conformidade com o voto do relator. (Recurso em Sentido Estrito - 0000603-75.2009.8.06.0047, Rel. Desembargador(a) FRANCISCO CARNEIRO LIMA, 1ª Câmara Criminal, data do julgamento: 29/08/2023, data da publicação: 30/08/2023.)

### **15. TJSP assevera que Guarda Municipal não tem atuação ostensiva.**

Tráfico de drogas – Nulidade da apreensão de entorpecentes realizadas por guardas municipais – Agentes públicos que atuaram fora de sua competência constitucional – Ausência de indícios concretos quanto à situação de flagrância – Precedente do C. STJ – Nulidade que se estende aos elementos de prova que amparam a condenação – Absolvição. Recurso a que se dá provimento. (TJSP; Apelação Criminal 1500288-81.2019.8.26.0526; Relator (a): Amable Lopez Soto; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Salto - 1ª Vara; Data do Julgamento: 30/08/2023; Data de Registro: 30/08/2023.)

### **16. Juíza extingue punibilidade de réu acusado de ameaça, ante a ausência de dados cadastrais corretos e atualizados da vítima.**

(...) Em análise dos autos, verifico que se trata de delito de ação pública condicionada a representação, capitulado no artigo 147 do Código Penal Brasileiro. **Constato que não foi possível a intimação da vítima para que diga se mantém o interesse na persecução penal, uma vez que o endereço informado aos autos não é o correto, conforme certidão de ID 9815736485. Assim sendo, considerando que é dever do ofendido manter seus dados cadastrais corretos e atualizados perante o cartório criminal, e na impossibilidade de comunicação com o mesmo, reputo que houve renúncia tácita ao direito de representação. (Processo nº 5010613-85.2023.8.13.0701, 1ª Unidade jurisdicional da Comarca de Uberaba/MG – Juíza Cintia Fonseca Nunes Junqueira de Moraes.)**

### **17. Corte Mineira anula decisão de pronúncia por ausência de pronunciamento do Juízo sobre nulidades suscitadas pela defesa.**

APELAÇÕES CRIMINAIS - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO SUMARIANTE SOBRE NULIDADES SUSCITADAS PELA DEFESA EM RESPOSTA À ACUSAÇÃO E REITERADAS EM ALEGAÇÕES FINAIS. Havendo supressão de acesso à jurisdição, quando o Judiciário se abstém de se manifestar acerca de teses sustentadas pela defesa em alegações finais, necessário se faz o reconhecimento do cerceamento de defesa, com conseqüente refazimento do ato viciado e de todos os atos dele decorrentes. **O fato de o artigo 413 do Código de Processo Penal determinar que o juízo analise materialidade e autoria, a fim verificar se a acusação pode ser admitida e o acusado remetido a julgamento pelo Júri Popular não retira do Judiciário o dever de se manifestar acerca das nulidades alegadas, especialmente se o acolhimento delas resvalar no trato acerca de materialidade e autoria delitivas. (TJMG - Apelação Criminal 1.0175.20.000875-3/001, Relator(a): Des.(a) Guilherme de Azeredo Passos, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 30/08/2023, publicação da súmula em 01/09/2023.)**

### **18. Tribunal de Justiça de São Paulo tranca ação penal ante narrativa genérica do querelante.**

Habeas corpus. Ação penal privada. **Queixa-crime que traz narrativa genérica, sem imputação de fatos concretos ao querelado – inépcia verificada. Crimes contra a honra cujas penas, somadas, ultrapassam a alçada dos Juizados Especiais Criminais – incompetência do JECrim. Constrangimento ilegal verificado. Ordem concedida. Ação penal trancada. (Habeas Corpus Criminal nº 0100051-02.2023.8.26.9059, da Comarca de Itanhaém. Colégio Recursal. Relator(a) Andréa Aparecida Nogueira Amaral Roman, julgamento em 30/08/2023.)**

## **Jurisprudência desfavorável para Defesa Criminal:**

### **19. Conselho Nacional do Ministério Público pode editar resolução com regras sobre interceptação telefônica.**

(...) **Decisão:** O Tribunal, por maioria, conheceu da ação e, no mérito, julgou o pedido improcedente, com fixação da seguinte tese de julgamento: **“É constitucional o estabelecimento, por resolução do CNMP, de cautelas procedimentais para proteção de dados sigilosos e**

garantia da efetividade dos elementos de prova colhidos via interceptação telefônica”, tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Cristiano Zanin e Dias Toffoli. (ADI n. 5.315, relator Ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, Sessão Virtual de 25.8.2023 a 1.9.2023.)

## **20. Vítima de violência doméstica pode impetrar Mandado de Segurança contra arquivamento de Inquérito Policial.**

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO. DEVER DE DEVIDA DILIGÊNCIA INVESTIGATIVA. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS POSSÍVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INCONSISTENTE PARA O ARQUIVAMENTO. NEGLIGÊNCIA NA APURAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL. ATO JUDICIAL QUE VIOLOU DIRETO LÍQUIDO E CERTO. GARANTIAS JUDICIAIS. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ. PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO. ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA MELHOR ANÁLISE. NECESSIDADE. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO PARA CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA 1. Por ausência de previsão legal, a jurisprudência majoritária no Superior Tribunal de Justiça compreende que a decisão do Juiz singular que, a pedido do Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito policial, é irrecorrível. Todavia, **em hipóteses excepcionálíssimas, nas quais há flagrante violação a direito líquido e certo da vítima, esta Corte Superior tem admitido o manejo do mandado de segurança para impugnar a decisão de arquivamento. A admissão do mandado de segurança na espécie encontra fundamento no dever de assegurar às vítimas de possíveis violações de direitos humanos, como ocorre nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o direito de participação em todas as fases da persecução criminal, inclusive na etapa investigativa, conforme determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenação proferida contra o Estado brasileiro.** 2. O exercício da ação penal em contextos de violência contra a mulher constitui verdadeiro instrumento para garantir a observância dos direitos humanos, devendo ser compreendido, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como parte integrante da obrigação do Estado brasileiro de garantir o livre e pleno exercício destes direitos a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição e de assegurar a existência de mecanismos judiciais eficazes para proteção contra atos que os violem, conforme se extrai dos arts. 1.º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n. 678/92) e do art. 7.º, alínea b, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto n. 1.973/1996) 3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao proferir condenação contra o Brasil no caso Favela Nova Brasília v. Brasil, reforçou que os países signatários da Convenção Americana tem o dever de, diante da notícia de violações de direitos humanos, agir com a devida diligência para promover uma investigação séria, imparcial e efetiva do ocorrido, no âmbito das garantias do devido processo. Em especial quanto ao arquivamento de inquéritos sem que houvesse prévia investigação empreendida com a devida diligência, a Corte Interamericana censurou a conduta do Poder Judiciário brasileiro que, naquele caso, "não procedeu a um controle efetivo da investigação e se limitou a manifestar estar de acordo com a Promotoria, o que foi decisivo para a impunidade dos fatos e a falta de proteção judicial dos familiares". 4. No caso Barbosa de Souza e outros v. Brasil, a Corte Interamericana novamente fez uma alerta ao Poder Judiciário brasileiro, destacando que "a ineficácia judicial frente a casos individuais de violência contra as mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de fatos de violência em geral" e "envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como sua persistente desconfiança no sistema de administração de justiça". 5. **No**

caso, a decisão que homologou o arquivamento do inquérito foi proferida sem que fosse empregada a devida diligência na investigação e com inobservância de aspectos básicos do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, em especial quanto à valoração da palavra da vítima, corroborada por outros indícios probatórios, que assume inquestionável importância quando se discute violência contra a mulher. 6. O encerramento prematuro das investigações, aliada às manifestações processuais inconsistentes nas instâncias ordinárias, denotam que não houve a devida diligência na apuração de possíveis violações de direitos humanos praticadas contra a Recorrente, em ofensa ao seu direito líquido e certo à proteção judicial, o que lhe é assegurado pelo art. 1.º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, c.c. o art. 7.º, alínea b, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. 7. Recurso ordinário parcialmente provido para conceder em parte a segurança, a fim de cassar a decisão que homologou o arquivamento do inquérito e determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, nos termos do art. 28, caput, do Código Penal. (RMS n. 70.338/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 30/8/2023.)

## **21. STJ segue entendimento do Supremo Tribunal Federal e passa a deferir execução imediata de condenação proferida pelo Tribunal do Júri.**

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. LIMINAR, CONFIRMADA NO MÉRITO, PARA AFASTAR O ART. 482, I, "E", DO CPP. RECLAMAÇÃO. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO. DESCABIMENTO DE REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE REAVALIA A LIMINAR. SÚMULA N. 691 DO STF. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREJUDICIALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS JULGADO PREJUDICADO. 1. Esse habeas corpus foi impetrado contra liminar proferida por Desembargador. **A Sexta Turma concedeu a ordem para, ratificada a tutela de urgência, afastar a execução imediata de condenação imposta em julgamento do Tribunal do Júri. Em reclamação, o Supremo Tribunal Federal cassou a ordem e determinou o reexame do writ, com a observância do disposto na Súmula Vinculante 10 como condição para a contrariedade ou negativa de vigência ao art. 492, I, "e", do CPP.** 2. **Em nova decisão, indeferiu-se o pleito de antecipação da tutela, pois, se não cabe à Sexta Turma afastar a incidência do art. 492, I, "e", do CPP, também ao relator, monocraticamente e em juízo perfunctório, não é recomendável fazê-lo, o que significaria realizar o controle de constitucionalidade e desconsiderar, por vias transversas, o quanto decidido na Reclamação n. 57.257/MG.** 3. Haja vista a natureza da deliberação, ainda provisória, "é incabível agravo regimental contra decisão de relator que, fundamentadamente, indefere pedido de medida liminar em habeas corpus" (AgRg nos EDcl no HC n. 452.461/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 27/5/2020). 4. Além disso, na hipótese de habeas corpus contra liminar de Desembargador, é correta a declaração de prejudicialidade do pedido de superação da Súmula n. 691 do STF se sobrevém o julgamento de mérito da impetração requerida ao Tribunal de Justiça. O acórdão denegatório da ordem desafia impugnação própria, não sendo mais necessária a subversão à regular ordem de competências. Precedentes. 6. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus declarado prejudicado. (AgRg no HC n. 737.749/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023.)

## **22. Condenação não é prova de prejuízo em inversão da ordem de interrogatório.**

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DE INTERROGATÓRIO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. VÍCIO NÃO ALEGADO OPORTUNAMENTE. PRECLUSÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, ao acompanhar o

entendimento firmado pela Suprema Corte, no julgamento do HC n. 127.900/AM, de relatoria do Ministro DIAS TOFFOLI, tem decidido que "o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado. Em razão da modulação dos efeitos da decisão, a nova compreensão somente é aplicada aos processos em que a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (11/3/2016)" (HC 390.707/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017). 2. **O reconhecimento de nulidade por inversão da ordem do interrogatório do réu, prevista no art. 400 do CPP, exige a demonstração de prejuízo, que não se confunde com a própria condenação.** Além disso, o inconformismo da defesa deve ser manifestado na própria audiência em que ocorrido o alegado vício, com o registro na ata respectiva, sob pena de preclusão. 3. **Cumpra registrar que "a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento da RvCr n. 5563/DF, reafirmou o entendimento de que a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório - prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal - está sujeita à preclusão e demanda a demonstração de prejuízo, sendo esta a orientação do Supremo Tribunal Federal."** (AgRg no AREsp n. 1.895.902/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022). Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.946.048/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 12/9/2023.)

### **23. STJ excepciona o próprio entendimento e permite pronúncia por testemunho indireto.**

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (POR TRÊS VEZES). GRUPO DE EXTERMÍNIO. PLEITO PELA IMPRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA EXCLUSIVA DE TESTEMUNHOS DE "OUVIR DIZER". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA SOB O ENFOQUE EM QUESTÃO. CONDENAÇÃO PERANTE O PLENÁRIO DO JÚRI. PREJUDICIALIDADE. MÉRITO. TESTEMUNHOS AFIRMANDO QUE A COMUNIDADE POSSUI PAVOR DOS DENUNCIADOS POR CONSTITUÍREM GRUPO DE EXTERMÍNIO COM ATUAÇÃO HABITUAL NA COMUNIDADE. DISTINGUISHING. EXCEPCIONALIDADE QUE JUSTIFICA A INEXISTÊNCIA DE DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS OCULARES DO DELITO. 1. A alegação referente à impossibilidade de a pronúncia estar embasada apenas em testemunhos de "ouvir dizer" não foi decidida no acórdão ora impugnado. Com efeito, a ausência de debate da ilegalidade aventada na Corte de origem, sob o enfoque suscitado, indica supressão de instância, circunstância que, por si só, obsta a análise da presente insurgência nesta Corte. 2. Das informações prestadas pelo Juízo singular, verifica-se que já houve sessão plenária do Júri, ocasião em que o paciente foi condenado à pena de 72 anos e 8 meses de reclusão. Ora, a jurisprudência deste eg. Tribunal Superior é firme no sentido de que "O recurso contra a decisão que pronunciou o acusado encontra-se prejudicado, na linha da jurisprudência dominante acerca do tema, quando o recorrente já foi posteriormente condenado pelo Conselho de Sentença" (AgRg no AREsp n. 1.412.819/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 17/8/2021) - (AgRg no HC n. 693.382/PE, Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador convocado do TJDFT, Quinta Turma, DJe 28/10/2021). 3. **Adentrando ao mérito, verifica-se que apesar de nenhuma testemunha ocular ter sido ouvida perante o juízo, diante das peculiaridades do caso, entendo não assistir razão à defesa, isso porque, extrai-se dos autos que todas as pessoas da comunidade tinham medo ou pavor dos denunciados, que integravam um grupo extremamente temido pela comunidade, visto que agiam, habitualmente, como grupo de extermínio, matando "sem medo nenhum de represália por parte da polícia", de "cara limpa".** 4. Ademais, consta dos autos, que uma testemunha, atuando como policial civil, esteve no local dos fatos no dia seguinte aos assassinatos e que escutou de diversas pessoas que os acusados foram os autores do delito, o que se confirmou no decorrer das investigações, porém, em razão do medo generalizado na comunidade do referido grupo de extermínio, nenhuma das

testemunhas oculares prestou depoimento na delegacia. Ressalta que várias pessoas sabiam da autoria delitiva, mas que todas tinham medo ou pavor dos acusados, razão pela qual se negaram a prestar depoimento. 5. **Apesar da jurisprudência desta Corte entender pela insuficiência do testemunho indireto para consubstanciar a decisão de pronúncia, entendo, excepcionalmente, que o presente caso, em razão de sua especificidade, merece um distinguishing, pois extrai-se dos autos que a comunidade tem pavor dos denunciados, tendo em vista que eles constituem um grupo de extermínio com atuação habitual no local, razão pela qual não se prestaram a depor perante as autoridades policial e judicial.** 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 810.692/RJ, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 14/9/2023.)

## Novas súmulas aprovadas no STJ

3ª Seção do STJ aprovou cinco novas súmulas sobre questões penais. Confira:

- **Súmula 658:** O crime de apropriação indébita tributária pode ocorrer tanto em operações próprias como em razão de substituição tributária.
- **Súmula 659:** A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.
- **Súmula 660:** A posse, pelo apenado, de aparelho celular ou de seus componentes essenciais constitui falta grave.
- **Súmula 661:** A falta grave prescinde da perícia do celular apreendido ou de seus componentes essenciais.
- **Súmula 662:** Para a prorrogação do prazo de permanência no sistema penitenciário federal, é prescindível a ocorrência de fato novo; basta constar, em decisão fundamentada, a persistência dos motivos que ensejaram a transferência inicial do preso.

## Afetou nos Tribunais Superiores

O Superior Tribunal de Justiça, em observância ao disposto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ, afetou o julgamento do REsp n. 2.058.971/MG à Terceira Seção, conforme dispõe o art. 256-E, II, do RISTJ, para **definir se há obrigatoriedade ou não de redução proporcional da pena-base quando o tribunal de segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, afastar circunstância judicial negativa reconhecida na sentença. Veja-se:**

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA-BASE. (DES) NECESSIDADE. 1. **Delimitação da controvérsia: obrigatoriedade ou não de redução proporcional da pena-base quando o tribunal de segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, afastar circunstância judicial negativa reconhecida na sentença.** 2. Afetação do recurso especial ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ. (ProAfR no REsp n. 2.058.971/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 29/8/2023, DJe de 6/9/2023.)

A Corte Constitucional de Justiça reconheceu o caráter constitucional e a repercussão geral controversia trazida no RE n. 1450100 RG/DF, submetendo o tema para fixação de tese acerca da **constitucionalidade da concessão de indulto natalino, com base no art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 11.302/2022.**

Ementa Constitucional e Penal. Indulto natalino. Ato discricionário do Presidente da República. Art. 84, XII, da Constituição Federal. Observância aos limites materiais do texto constitucional. Análise quanto à compatibilidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022 com a Carta Política. ADI 7.390/DF. Questão constitucional. Potencial multiplicador da controversia. Repercussão geral reconhecida. 1. **Possui índole constitucional e repercussão geral a controversia relativa à constitucionalidade da concessão de indulto natalino, com fundamento no art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto Presidencial 11.302/2022, às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.** 2. **Repercussão geral reconhecida. (RE 1450100 RG, Relator(a): MINISTRA PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 11-09-2023 PUBLIC 12-09-2023.)**



**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.

**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**  
6ª Edição – Setembro/2023

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

**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](mailto:nucrim@defensoria.ms.def.br)