



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

Nº 08/ 04.12.2023

É com satisfação que apresentamos a oitava 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 e Estaduais, matérias afetadas, edição de nova súmula do STJ e etc.

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. STF afasta registro de atos infracionais e reconhece tráfico privilegiado em processo após trânsito em julgado.

(...) 16. Quanto ao fundamento referente à prática anterior de atos infracionais, observo que o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas autoriza, atendidos os demais requisitos, a diminuição da pena imposta àquele que “não se dedique às atividades criminosas”. O menor de 18 anos, no entanto, não comete crime, por ser penalmente imputável (art. 228 da Constituição da República), mas ato infracional, cujo processo e julgamento ocorre de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente e a legislação correlata.

(...) 18. Assim, existem ao menos duas razões pelas quais considero ser inadequado o afastamento da minorante do tráfico privilegiado com base na prática anterior de atos de infracionais.

19. A primeira diz respeito à dogmática penal: se **adolescente não comete crime (fato típico e ilícito praticado por agente culpável)**, contraria a lógica agravar-lhe a pena, atribuindo-lhe juízo de maior culpabilidade, em virtude de atos cometidos enquanto se encontrava fora do alcance da norma penal. 20. **A segunda razão é o especial âmbito de proteção às crianças e aos adolescentes delineado no ordenamento jurídico pátrio a partir do art. 227 da CRFB**, em cujos termos “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (...) 23. **Com efeito, afastado o fundamento referente ao registro de atos infracionais, inexistente, no título condenatório, qualquer outra circunstância impeditiva à incidência da causa de diminuição em questão. (STF. HC nº 233.898/SP, relator Ministro André Mendonça, decisão monocrática, julgado em 19/10/2023.)**



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

2. Apreensão de droga durante revista pessoal não autoriza ingresso domiciliar.

(...) Conforme se depreende dos autos, os policiais realizavam patrulhamento de rotina quando o acusado, ao ver a viatura, empreendeu fuga e dispensou uma mochila na vegetação. Os agentes realizaram a abordagem e localizaram certa quantidade de entorpecentes no interior da referida mochila (213g de cocaína, 26g de crack, 145g de maconha e 87g de maconha tipo K2). Na sequência, o réu teria admitido a prática delitiva e afirmado possuir mais substâncias ilícitas estocadas em sua residência. Então, os agentes foram até o endereço indicado, abriram a casa com as chaves encontradas com o investigado durante a revista pessoal, e obtiveram êxito em localizar o restante dos entorpecentes apreendidos (1,6kg de crack, 4,450kg de cocaína e 1,759kg de maconha), tudo com a suposta anuência do réu. **Com base nas narrativas acima, compreendo que foi lícita a busca pessoal e a apreensão dos entorpecentes localizados na mochila dispensada pelo acusado ao ver a guarnição policial, mas não havia fundadas razões acerca da prática de crime permanente a autorizar o ingresso no domicílio do paciente.** Ressalto que, segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, o fato de haverem sido apreendidas drogas com o acusado em via pública não configura fundadas razões sobre a existência de substâncias ilícitas no interior da residência. Naquela oportunidade, **a Turma decidiu, entre outros pontos, que o consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados a crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação. Ainda, adotou-se a compreensão de que a prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito. (...) Na hipótese dos autos, não houve comprovação do consentimento de nenhum morador para o ingresso em domicílio. (...) Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento válido do morador. Não houve, no entanto, preocupação em documentar esse consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo. (...) (STJ. HC n. 831.911/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, decisão monocrática, julgado em 10/10/2023.)**

3. Fere direito à ampla defesa impedir o acusado foragido de participar de interrogatório.

(...) **Observo, de início, que o fato de o paciente não se apresentar à Justiça para cumprimento de seu mandado de prisão não implica renúncia tácita ao direito de participar da audiência virtual ou dos demais atos processuais, nem ao direito de defesa.** Em verdade, a relação de causa e efeito estabelecida pela autoridade coatora entre réu que não se apresenta para a prisão cautelar e renúncia ao direito de defesa não está prevista em lei. Ainda que estivesse, a meu ver, não se coadunaria com o sistema constitucional vigente, segundo o qual processo penal deve ser instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais (LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 65), mormente do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV). **Não bastasse, no caso concreto, o réu compareceu à audiência de instrução realizada por meio de videoconferência. Desse modo, competiria ao juiz interrogá-lo, nos moldes do art. 185 do CP, que assim dispõe “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.** Ademais, considerando que a fundamentação de decisões pressupõe logicidade e harmonia argumentativa, há aparente contradição interna no decisor de 1º grau, pois, no mesmo ato em que reconhece a existência de pedido expresso do réu de ser interrogado, - tanto que o indeferiu - argumenta que houve “renúncia tácita”, ao exercício de tal direito. Dessa forma, em um juízo perfunctório do feito, próprio da



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

presente etapa processual, se me afigura incompatível a subsistência de ambas as situações jurídicas narradas, de forma concomitante pelo decisum (pedido expresso de participação no ato processual indeferido em contraposição ao reconhecimento de renúncia tácita). (...) (STF. HC nº 233.191/SP, relator Ministro Edson Fachin, decisão monocrática, julgado em 05/10/2023.)

4. Distinguishing no crime de estupro de vulnerável – consideração do desvalor da conduta humana e a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, para aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍTIMA COM 12 ANOS E RÉU COM 19 ANOS AO TEMPO DO FATO. NASCIMENTO DE FILHO DA RELAÇÃO AMOROSA. 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 n. 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que 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 uma filha, devidamente reconhecida, 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 n. 126.272/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1º/6/2021, DJe 15/6/2021). 4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial o fato de a vítima viver maritalmente com o acusado desde o nascimento da filha do casal, denota 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 entidade familiar constitucionalmente protegida" (REsp n. 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021.) 6. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp n. 2.015.310/MG, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 21/9/2023.)

5. É dever do Judiciário questionar pessoa transexual sobre sua preferência para cumprimento de detenção em convívio geral ou alas específicas.

(...) A Resolução n. 366 de 20/1/2021 do CNJ alterou o art. 7º da Resolução CNJ nº 348/2020, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. (...) Como se vê, a determinação do local do cumprimento da pena da pessoa trans não é um exercício de livre discricionariedade do julgador, mas sim uma análise substancial das circunstâncias que tem por objeto resguardar a liberdade sexual das pessoas, e a integridade física e a vida das mulheres transgênero presas, haja vista que a resolução determina que a referida decisão "será proferida após questionamento da preferência da pessoa presa". **Então, o órgão estatal judicial responsável pelo acompanhamento da execução da pena não deve ter por objeto resguardar supostos constrangimentos das agentes carcerárias, pois, para isso, o Estado tem outros órgãos e outros instrumentos, que, inclusive, utilizam a força e a violência; e, por**



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

isso, é objetivo do Judiciário resguardar a vida e a integridade físicas das pessoas presas, respeitando a diversidade de gênero e a liberdade sexual. É, em razão da diversidade de gênero e da igualdade material, que o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2019, havia concedido medida cautelar na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527**, para que pessoas presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam escolher cumprir a pena em estabelecimentos prisionais femininos ou masculinos. Assim também determina o **art. 8º da Resolução CNJ nº 348/2020 (...)** Portanto, é dever do Judiciário indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas (...) (STJ. HC nº 861.817/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato, decisão monocrática, julgado em 18/10/2023.)

6. Se revela desproporcional a escolha de regime de pena mais gravoso com base tão somente nos maus antecedentes.

(...) No presente caso, não houve a devida compatibilização, pois a imposição do regime inicial prisional mais grave que o *quantum* da pena aplicado, com arrimo tão somente nos maus antecedentes, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime de cumprimento de pena que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de subtrair um aparelho celular avaliado em R\$ 150,00. Sobressai, neste exame, a pequena significação da conduta pela qual fora condenado o paciente. Ainda, à exceção dos antecedentes, as demais circunstâncias judiciais lhes são favoráveis. Em abono a esse entendimento: HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO. Diante desse quadro, e considerando que os vetores para a substituição da pena são basicamente os mesmos para o estabelecimento do regime prisional, igualmente é cabível a conversão da reprimenda corporal por outras restritivas de direito. Nesse sentido, julgado da Primeira Turma (HC 137217, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 28/8/2018) (...) (STF. HC nº 232.921/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato, decisão monocrática, julgado em 18/10/2023.)

7. Cheiro de droga em pertences de passageiro não basta para incriminar motorista.

(...) A instrução processual, com vistas à obtenção de condenação em ação penal, é dever do Estado, personificado no Ministério Público. Em outras palavras, **não é a defesa que deve provar a inocência, mas a acusação que está obrigada a provar a culpa, pois, nos termos do art. 156 do CPP, "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer".** Nesse diapasão, sustentar concurso de pessoas, na forma estabelecida no art. 29 do Código Penal, entendendo provado o liame subjetivo apenas pelo cheiro exalado pela droga no interior do veículo, o qual deveria ter sido reconhecido pelo paciente, pois já condenado em ação penal anterior pelo crime de tráfico, é assombroso das mais diferentes formas. O acórdão impugnado consagrou, a um só tempo, a responsabilidade penal objetiva, por estar o paciente conduzindo alguém que possuía drogas em seu veículo, e o direito penal do inimigo, por rotulá-lo como criminoso apenas pela sua condição de reincidente específico, ambas teorias não admitidas no direito penal pátrio, prestando um desserviço à justiça criminal.. (...) (STJ. HC nº 827.104/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, decisão monocrática, julgado em 07/11/2023.)

8. Condição de estrangeiro(a) não é fundamental para aplicação de prisão preventiva.

(...) Da atenta análise dos trechos transcritos, observa-se que a situação narrada demonstra a suficiência de medidas alternativas à prisão, como forma de evitar a reiteração delitiva e preservar a instrução criminal, **até porque os crimes não foram cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa e não foram apontados outros elementos, além da condição de estrangeiros e da possibilidade de se evadirem do país.** Assim, suficientes e adequadas as seguintes medidas alternativas à prisão: a) comparecimento mensal em Juízo para informar e justificar suas atividades; b) proibição de se ausentarem da comarca e do país sem autorização



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

judicial, mediante entrega de passaporte; c) monitoramento eletrônico. (...) (STJ. HC nº 869.339/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, decisão monocrática, julgado em 14/11/2023.)

9. Tribunal da Cidadania autoriza leis distintas para progressão de pena por crimes hediondo e comum.

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DUAS CONDENAÇÕES. MESMA EXECUÇÃO PENAL. CRIME COMUM E CRIME HEDIONDO. APLICAÇÃO DA REDAÇÃO ANTERIOR DO ART. 112, LEP, AO CRIME COMUM, E DA TESE FIXADA NO TEMA 1084, COM BASE NO PACOTE ANTICRIME (LEI 13.964/2019), AO CRIME HEDIONDO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. JULGAMENTO EM TURMA. SÚMULAS 126, STJ, E 283, STF. NÃO CABIMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL ATINGIDA DE MODO REFLEXO. SÚMULA 83, STJ. NÃO INCIDÊNCIA. CONTROVÉRSIA MAIS AMPLA DO QUE A TESE JULGADA NO TEMA 1084. MATÉRIAS DISTINTAS REUNIDAS EM UM SÓ DISPOSITIVO. NATUREZA OBJETIVA DO REQUISITO DE PROGRESSÃO DE REGIME. MENS LEGIS. TRATAMENTO DISTINTO AOS CRIMES COMUNS E HEDIONDOS. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, DA ISONOMIA E DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE COMBINAÇÃO DE LEIS. DISCIPLINAS AUTÔNOMAS. (...) IV - **É lícita a aplicação do requisito objetivo para a progressão de regime previsto na antiga redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, em relação ao crime comum, e a aplicação retroativa do Pacote Anticrime para reger apenas a progressão do crime hediondo, quando ambos os delitos compõem uma mesma execução penal e foram praticados em momento anterior à edição da Lei n. 13.964/2019.** V - **A incidência retroativa do art. 112 da Lei de Execução Penal, somente em relação a incisos mais benéficos à progressão de regime, não importa em cumulação de leis porque cada crime mantém sua natureza na fase de execução da pena.** Precedentes da Sexta Turma. VI - **A reunião de dois temas distintos em um único dispositivo de lei, por alteração legislativa superveniente, não afasta o tratamento autônomo que deve ser dado aos crimes comuns e hediondos em sede de execução penal.** Posição anterior da Quinta Turma. Precedente da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. VII - **A mens legis é de que os crimes hediondos recebam tratamento distinto dos crimes comuns, ainda que, por questões práticas, o legislador tenha optado por reunir os temas em um mesmo dispositivo de lei.** VIII - **A aplicação retroativa do Pacote Anticrime para reger a progressão de regime de crimes hediondos e comuns, indistintamente, viola o princípio da não retroatividade da lei penal, porquanto o crime comum será regido por norma mais rigorosa, que leva em consideração parâmetros não contemplados na lei anterior, como a reincidência e o cometimento de violência à pessoa ou grave ameaça.** IX - Os princípios da individualização da pena e da isonomia recomendam que os delitos comuns e hediondos recebam tratamentos distintos. Em sendo o requisito temporal para a progressão de regime de ordem objetiva, causa perplexidade a adoção de um critério que permite que coautores sejam tratados de modo diferente no curso da execução penal, a despeito de terem cometido o mesmo fato, apenas em razão de uma eventualidade envolvendo a sucessão de leis no tempo. X - **As condenações por fatos distintos devem observar os princípios da individualização da pena e da irretroatividade da lei maléfica.** Precedente da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. XI - **In casu, o recorrido havia sido condenado por lesão corporal em contexto de violência doméstica (crime comum) e homicídio qualificado tentado (crime hediondo), motivo pelo qual o Tribunal de origem autorizou a adoção do requisito objetivo de 1/6, previsto na antiga redação do 112 da Lei de Execução Penal, e da tese estabelecida no Tema 1084, que autoriza a aplicação de 40% para as progressões na hipótese de crime hediondo e reincidência genérica.** XII - Em que pesem os argumentos do recorrente e os precedentes da Quinta Turma em sentido contrário, a decisão recorrida não merece reparos, pois não há combinação de leis. Recurso especial desprovido. (STJ. REsp nº 2.026.837/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 13/11/2023.)

10. Intuição do Ministério Público não é suficiente para comprovar tráfico de drogas.

(...) É imperioso o registro de que a Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

problemática na lei anterior (n. 6.368/1976) - e que continua na legislação atual. (...) De igual modo, faço menção ao fato de que as **condutas** imputadas pelo Ministério Público em sua denúncia – dentre as várias previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) – foram a de **adquirir, guardar, transportar e trazer consigo, as quais também estão previstas no tipo descrito no caput do art. 28 da Lei n. 11.343/2006**. Diante de tais considerações, entendo que **o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar o tráfico de drogas**. O que se tem dos elementos coligidos aos autos é **apenas a intuição** acerca de eventual traficância praticada pelo paciente. (STJ. HC nº 860.586/AC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, decisão monocrática, julgado em 10/11/2023.)

11. A superveniência de sentença condenatória não enseja prejuízo de habeas corpus que discute nulidade de provas.

(...) Conforme se observa do excerto, o Tribunal de origem julgou prejudicado o habeas corpus, diante da notícia da superveniência da sentença condenatória. Todavia, **a tese de invalidade da busca pessoal, se reconhecida, acarreta a nulidade da prova dela obtida e as demais dependentes, sendo de rigor, portanto, a apreciação do tema pela Corte estadual, a fim de se evitar eventual coação à liberdade de locomoção do agente, amparada em uma condenação ilegal**. Nesse contexto, é necessário que o pleito seja analisado sob o enfoque em que foi apresentado na inicial do habeas corpus quanto à ocorrência de ilegalidade das provas em razão da busca pessoal sem justa causa, sob pena de negativa de prestação jurisdicional. (...) (STJ. HC nº 858.115/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, decisão monocrática, julgado em 02/10/2023.)

12. Silêncio parcial é garantia à não autoincriminação e deve ser observado pelo(a) Magistrado(a) e Ministério Público.

(...) Com efeito, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal: "A proibição da autoincriminação resguarda o direito de o acusado não produzir provas contra si mesmo, sendo conhecido como princípio do nemo tenetur se detegere - princípio da vedação à autoincriminação ou direito ao silêncio -, consagrado no inciso LXIII do art. 5º da Constituição da República, também é garantido pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), conhecida com Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário." (AgRg no HC n. 738.493/AL, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 24/10/2022)." (AgRg no AREsp n. 1.917.106/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 17/3/2023). **O fato de o juiz conduzir o interrogatório não significa que o réu está impossibilitado de responder apenas a algumas perguntas, em especial às da Defesa, fazendo uso assim do silêncio seletivo, uma vez que o direito ao silêncio é consectário do princípio nemo tenetur se detegere, tratando-se, portanto, de garantia à não autoincriminação.** (...) (STJ. AREsp 2400257/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, decisão monocrática, julgado em 23/10/2023.)

13. Associação para o tráfico exige prova de vínculo permanente e estável entre duas ou mais pessoas.

(...) Para a caracterização do crime de associação criminosa, é imprescindível a **demonstração concreta do vínculo permanente e estável entre duas ou mais pessoas**, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, caput e § 1º e/ou do art. 34, da Lei de Drogas (HC 354.109/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/9/2016, DJe 22/9/2016; HC 391.325/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 25/5/2017). Na hipótese, à mingua de um exame aprofundado do conteúdo probatório, verifica-se que a instância ordinária não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o animus associativo entre o paciente e outros agentes. A condenação pelo delito do art. 35 da Lei nº 11.343/2006 está amparada no simples fato de que por ter sido o paciente preso em



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

flagrante com **140 pequenos sacos de plástico incolor de cocaína (84,7g)**, contendo a inscrição “PÓ R\$ 5 COMPLEXO DO MUQUIÇO”, 1 rádio de comunicação ligado na frequência de tráfico local, em região conhecida como ponto de venda de drogas e dominado pela facção criminosa Terceiro Comando, dela seria integrante. Todavia, a subsunção ao tipo penal de associação ao tráfico tem como amparo mera presunção de que ele seria integrante de determinada facção criminosa. Não há conjunto probatório que aponte a sua participação nas atividades criminosas habituais do Terceiro Comando. Ademais, como se verifica, o paciente foi o único denunciado pelo delito de associação para o tráfico, embora o crime seja de concurso necessário. Portanto, sendo flagrantemente ilegal a condenação pelo delito de associação, em decorrência da falta de comprovação de pressuposto legal – pluralidade de agentes –, **a absolvição do paciente é medida que se impõe. (STJ. HC nº 864.503/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, decisão monocrática, julgado em 26/10/2023.)**

14. Não cabe decisão monocrática para negar seguimento de agravo interno, decide STJ em HC impetrado pela DPE/MS.

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARTEFATO EXPLOSIVO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. Ordem concedida nos termos do dispositivo. (STJ. HC nº 766.125/MS, relator Ministro Sebastião Reis, decisão monocrática, julgado em 20/11/2023.)

Jurisprudência dos Tribunais Estaduais.

15. TJMG reconhece remição ficta em favor de apenado impossibilitado de estudar no período pandêmico da COVID-19.

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - REMIÇÃO FICTA - ESTUDO - PERÍODO PANDÊMICO - **COMPROVAÇÃO DE ESTUDO ANTERIOR À PANDEMIA - VIABILIDADE** - 1. Não cabe remição ficta fora da hipótese prevista no artigo 126, §4º, da Lei de Execução Penal. - 2. **A situação de suspensão das atividades de estudo, em razão da pandemia de Covid-19, faz com que seja feita a distinção ao caso concreto em relação à remição ficta da pena.** - 3. **Apenas nas situações em que o reeducando já estudava em período imediatamente anterior à ocorrência da pandemia da Covid-19, caberá a concessão da remição ficta.** - 4. Aplicável ao caso o precedente vinculante do Tema 1120 do Superior Tribunal de Justiça (obrigatório). (TJMG - **Agravo de Execução Penal 1.0188.08.068306-6/005, Relator(a): Des.(a) Richardson Xavier Brant (JD Convocado)**, Câmara Justiça 4.0 - Especiali, julgamento em 07/08/2023, publicação da súmula em 08/08/2023.)

16. Corte Paulista entende que tentar atirar em vítima com arma sem munição caracteriza crime impossível.

LATROCÍNIO TENTADO. CRIME COMPLEXO. ROUBO CONSUMADO. HOMICÍDIO TENTADO. PEDIDO PARA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA ROUBO. ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL. ARMA DESCARREGADA. CRIMINOSOS SUBTRAÍRAM ARMA DA VÍTIMA, QUE DURANTE O EMBATE RETIROU O CARREGADOR. EM SEGUIDA TENTARAM SUBTRAIR SEU O VEÍCULO, UTILIZANDO A ARMA DE FOGO DESCARREGADA. VÍTIMA SE RECUSOU A SAIR DO VEÍCULO E O ROUBADOR TENTOU EFETUAR DISPAROS EM SUA DIREÇÃO, SEM SUCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSUMAÇÃO DO HOMICÍDIO. INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO EMPREGADO. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE. REVISÃO CRIMINAL DEFERIDA. 1. Por se tratar de crime complexo, envolvendo subtração (roubo) e morte (homicídio) é possível que uma delas se aperfeiçoe e a outra não. **Verifica-se que quando iniciada a execução da tentativa de homicídio, ou seja, quando o peticionário, posicionado próximo à porta da vítima, tentou efetuar o primeiro disparo, a arma já estava sem o carregador, sendo impossível o resultado morte dessa conduta, independentemente de quantas vezes se repetisse.** 2. O



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumir o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal. 3. Cabe a desclassificação do delito de latrocínio tentado para roubo consumado quando verificada a ineficácia absoluta do meio empregado para tentar matar a vítima, se tratando de arma desmuniçada. 4. Revisão criminal deferida, estendidos os efeitos para o corréu. (TJSP; Revisão Criminal 2238549-61.2023.8.26.0000; Relator (a): Nogueira Nascimento; Órgão Julgador: 6º Grupo de Direito Criminal; Foro de Salto - 3ª Vara; Data do Julgamento: 31/10/2023; Data de Registro: 31/10/2023.)

17. Prisão Preventiva não pode ser justificada por fato apurado em processo diverso.

(...) No caso dos autos, as mensagens reproduzidas pelos Promotores de Justiça oficiantes nos autos de nº 1027717-14.2023.8.26.0050 estão relacionadas a supostos atos ilícitos envolvendo estabelecimento hospitalar localizado no Estado do Paraná, não havendo, ao menos por ora, comprovação de que eventual conduta praticada pelo paciente naquele Estado seja desdobramento da organização criminosa apurada nos autos nº 1011978-35.2022.8.26.0050, que tramita perante a 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores desta Comarca. Além disso, **embora sérias e graves as mensagens intimidatórias juntadas aos autos, é bem de ver que elas foram dirigidas a pessoas que não estão diretamente associadas à ação penal em que se determinou a prisão preventiva aqui em análise, nada indicando, na hipótese, que se for colocado em liberdade o paciente apresentará risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, cumprindo observar, neste ponto, não haver notícias de instauração de ação penal para apuração dos supostos crimes aqui relatados, ressaltando-se nem mesmo ter havido o descumprimento das medidas cautelares impostas por este Juízo.** Sendo assim, nos termos do parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça, cabe conceder a ordem para revogar a prisão preventiva do paciente e restabelecer a concessão da liberdade provisória sob condições, observado que, caso venha a descumprir qualquer das medidas cautelares impostas, poderá ver a sua segregação cautelar determinada. (...) (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2248138-77.2023.8.26.0000; Relator (a): Mário Devienne Ferraz; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital; Data do Julgamento: 06/11/2023; Data de Registro: 06/11/2023.)

18. Sem individualização em ofensas não há tipicidade nos crimes de calúnia ou injúria.

CALÚNIA E INJÚRIA – Ausência de descrição dos fatos supostamente criminosos – Alegações genéricas inaptas à tipificação do art. 138, CP – Precedentes do STJ – Absolvção com fulcro no art. 386, III, CPP – Bem afastada no piso imputação do delito do art. 140, CP – **Ofensas não individualizadas, dirigidas aos políticos em geral – Conduta atípica** – Recurso dos querelantes desprovido e do querelado provido (voto nº 47787). (TJSP; Apelação Criminal 1007262-68.2022.8.26.0048; Relator (a): Newton Neves; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Atibaia - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/09/2023; Data de Registro: 12/09/2023.)

Jurisprudência desfavorável para Defesa Criminal.

19. Restituição de bem furtado, isoladamente, não justifica reconhecimento do princípio da insignificância.

RECURSO ESPECIAL ADMITIDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO SUBMETIDO À **SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS**. FURTO. RESTITUIÇÃO IMEDIATA E INTEGRAL DOS BENS SUBTRAÍDOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS VETORES FIXADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONSOLIDADO PELA



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. REITERAÇÃO DELITIVA EM CRIMES PATRIMONIAIS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de exigir o preenchimento simultâneo de quatro condições para que se afaste a tipicidade material da conduta. São elas: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social na ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Saliente-se que o Direito Penal não deve se ocupar de condutas que, diante do desvalor do resultado produzido, não representem prejuízo relevante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 2. **No caso, as peculiaridades do caso concreto - o réu apresenta condições subjetivas desfavoráveis, havendo, em seu desfavor, outras 3 ações pelo mesmo delito -, demonstram significativa reprovabilidade do comportamento, não se podendo qualificá-lo como de reduzida ofensividade e periculosidade, considerando que ficou demonstrada pela instância antecedente a contumácia do réu em crimes patrimoniais, o que é suficiente ao afastamento da incidência do princípio da insignificância.** 3. Recurso especial desprovido, com a fixação da seguinte tese: a restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância. (REsp n. 2.062.095/AL, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 25/10/2023, DJe de 30/10/2023.)

20. Ministro do Supremo Tribunal Federal nega habeas corpus sob o fundamento de que ANPP deve ser requerido antes da decretação da sentença.

(...) O art. 28-A, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público “poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições”. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal, porém não suficientes para concretizá-lo, pois mesmo que presentes, poderá o Ministério Público entender que, na hipótese específica, o acordo de não persecução penal não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Repito, trata-se de importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro, não constituindo direito subjetivo do acusado. **Na presente hipótese, é inviável a aplicação do acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal), pois, conforme destacado pelo Ministério Público Federal, a denúncia foi recebida em 19/05/2017, antes da entrada em vigor da Lei que incluiu o artigo em questão no CPP (em 23/01/2020). Ademais, a possibilidade de aplicação do ANPP foi levantada apenas após o acórdão em apelação, que confirmou, em segundo grau, a condenação do embargante, de forma a levar o Ministério Público à impossibilidade de ofertar à defesa, no ANPP.** Não há, portanto, qualquer ilegalidade a ser sanada. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa. (...) (STF. HC nº 233.147/SP, relator Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgado em 28/09/2023.)

21. STF referenda dispositivos da Lei de Organizações Criminosas.

Constitucionalidade de dispositivos da Lei 12.850/2013: necessidade de implementação de instrumentos processuais penais modernos no combate às organizações criminosas. Não viola o princípio constitucional da legalidade (CF/1988, art. 5º, II e XXXIX) a norma penal incriminadora do § 1º do art. 2º da Lei 12.850/2013, na qual apresentadas as condutas delituosas de “impedir” e de “embaraçar” a investigação de infração penal a envolver organização criminosa. É compatível com o princípio da proporcionalidade, em sua acepção substancial, a previsão normativa de perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e da interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 anos subsequente ao cumprimento da pena, no caso em que funcionário público esteja envolvido com organizações criminosas (Lei 12.850/2013, art. 2º, § 6º). É possível a designação de membro do Ministério Público para acompanhar as investigações que envolvam policiais em crime de organização criminosa (Lei 12.850/2013, art. 2º, § 7º). O § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013 deve ser interpretado no sentido de que o colaborador opta por deixar de exercer o direito fundamental ao silêncio, e



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

não que renuncia à titularidade do direito fundamental. Não viola o princípio constitucional da legalidade (CF/1988, art. 5º, II e XXXIX) a norma penal incriminadora do § 1º do art. 2º da Lei 12.850/2013, na qual apresentadas as condutas delituosas de “impedir” e de “embaraçar” a investigação de infração penal a envolver organização criminosa. (...) (STF. Informativo 1117. ADI 5567 / DF. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 20/11/2023 (Virtual).)

22. STJ fixa tese de que a falta de assinatura de perito em laudo definitivo constitui mera irregularidade.

RECURSO ESPECIAL ADMITIDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. TRÁFICO DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DEFINITIVA. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. MERA IRREGULARIDADE. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO PELA PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.544.057/RJ, pacificou o entendimento de que o laudo toxicológico definitivo, de regra, é imprescindível à comprovação da materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes. Sem o referido exame, é forçosa a absolvição do acusado. Porém, em situações excepcionais, admite-se que a materialidade do crime seja atestada por laudo de constatação provisório, entendimento corroborado no julgamento do HC n. 686.312/MS. 2. No caso, além de haver dados concretos e idôneos a identificar o perito responsável pelo laudo definitivo, a materialidade do crime também pode ser atestada pelo laudo de constatação provisório e pelo auto de apreensão. 3. **Fixação da seguinte tese: a simples falta de assinatura do perito encarregado pela lavratura do laudo toxicológico definitivo constitui mera irregularidade e não tem o condão de anular a prova pericial na hipótese de existirem outros elementos que comprovem a sua autenticidade, notadamente quando o expert estiver devidamente identificado e for constatada a existência de substância ilícita.** 4. Recurso especial provido para cassar o aresto que absolveu os réus Weverton Fagundes Melo e Lucas da Silva Severino da prática do delito de tráfico de drogas, e considerar válido o laudo toxicológico definitivo para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas, determinando-se, por conseguinte, o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais para que prossiga na análise das demais teses defensivas suscitadas no recurso de apelação interposto pela defesa de Lucas da Silva Severino. (REsp n. 2.048.422/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 22/11/2023, DJe de 27/11/2023.)

23. Embriaguez voluntária não afasta crime de injúria racial.

Apelação. Injúria racial. Sentença condenatória. Irresignação defensiva. 1. Pretendida absolvição por ausência de dolo decorrente de estado de embriaguez: descabimento. Estado de embriaguez culposa que não tem o condão de afastar a responsabilidade penal da agente. Apelante que, voluntariamente, colocou-se em estado de intensa embriaguez, durante evento denominado "Virada Cultural". Progressão de condutas antissociais que culminou com a perpetração do crime de injúria racial. Actio libera in causa. Inteligência do artigo 28, inciso II, do Código Penal. Materialidade e autoria incontroversas. Condenação bem delineada. 2. Configuração do crime de injúria racial: O Brasil ratificou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, consoante o Decreto nº 10.932/22. O Estado brasileiro assumiu compromisso quanto à prevenção, eliminação, proibição e punição do racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância. Exegese constitucional e convencional do artigo 2-A, caput, da Lei nº 7.716/89. Conduta da apelante [injúria racial] que adquire dimensão de prática de racismo e constitui ato de intolerância, a atrair a aplicação da lei penal. 3. Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas: ODS "10" Redução das desigualdades e ODS "16" Paz, justiça e instituições eficazes, preservados. 4. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Criminal 1517682-83.2023.8.26.0228; Relator (a): Luís Geraldo Lanfredi; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 9ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/10/2023; Data de Registro: 17/10/2023)



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

Nova súmula aprovada no Superior Tribunal de Justiça

Súmula 664 – É inaplicável a consunção entre o delito de embriaguez ao volante e o de condução de veículo automotor sem habilitação.

Afetou nos Tribunais Superiores

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

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

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

A Terceira Seção acolheu a proposta de afetação do REsp n. 2.072.978/MS ao rito dos recursos repetitivos, a fim de uniformizar o entendimento a respeito da seguinte controvérsia: **"verificar a possibilidade de agentes da Polícia Federal criarem sites/fóruns de internet para apuração de crimes, de identificação e de localização de pessoas que compartilhem arquivos pedopornográficos".**



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

NÚCLEO INSTITUCIONAL CRIMINAL - NUCRIM

Rua da Paz, nº 14, Jardim dos Estados, em Campo Grande/MS – telefone 67 3317-4300.
E-mail: nucrim@defensoria.ms.def.br



DEFENSORIA PÚBLICA - MS

NUCRIM

NÚCLEO CRIMINAL

Informativo Periódico do Núcleo Institucional Criminal - NUCRIM

8ª Edição – Novembro/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

NÚCLEO INSTITUCIONAL CRIMINAL - NUCRIM

Rua da Paz, nº 14, Jardim dos Estados, em Campo Grande/MS – telefone 67 3317-4300.

E-mail: nucrim@defensoria.ms.def.br