

# Material Suplementar

Atualização do 1º semestre de 2016

**Renato Brasileiro de Lima**

# Processo Penal

**Inclui**

Doutrina  
Jurisprudência  
Legislação

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)



[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050

• E-mail: [fale@editorajuspodivm.com.br](mailto:fale@editorajuspodivm.com.br)

**Copyright:** Edições JusPODIVM

**Conselho Editorial:** Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Freddie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

# SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| 1. (In) constitucionalidade da execução provisória da pena.....   | 5  |
| 2. Quebra do sigilo de dados bancários e financeiros.....   | 15 |
| 3. Suspensão de mandato eletivo como medida cautelar diversa da prisão. ....  | 26 |
| 4. Competência para a solução de conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, ou entre Ministérios Públicos de Estados diversos..... | 30 |
| 5. Provimento de apelação contra a absolvição sumária e (im) possibilidade de julgamento antecipado pelo juízo <i>ad quem</i> ...   | 34 |
| 6. (Im) possibilidade de remição pelo desempenho de atividade laborativa extramuros.....  | 35 |
| 7. Monitoramento eletrônico e presença de seguranças no interior de estabelecimento comercial e (im) possibilidade de consumação do crime de furto.....                             | 37 |
| 8. Encontro fortuito de diálogos mantidos com autoridade dotada de foro por prerrogativa de função e momento adequado para a remessa dos autos ao Tribunal competente.....          | 39 |
| 9. Princípio da cooperação e (im) possibilidade de intimação do Ministério Público para apresentação do rol de testemunhas após o oferecimento da denúncia.....                     | 41 |
| 10. Momento procedimental adequado para a realização do interrogatório no processo penal militar. ....  | 43 |
| 11. Tramitação direta dos autos de inquéritos policiais entre a Polícia e o Ministério Público.....   | 46 |
| 12. Momento adequado para a comprovação do triênio de atividade jurídica para fins de ingresso no cargo de Juiz Substituto. ....  | 51 |

|  |    |
|--|----|
| 13. Recurso de ofício e direito intertemporal. ....  | 52 |
| 14. Membros do Ministério Público e vedação ao exercício de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.....  | 54 |
| 15. (Im) possibilidade de aplicação do efeito extensivo (CPP, art. 580) fora do âmbito recursal.....   | 55 |
| 16. Designação de membro do Ministério Público do Estado como Promotor Eleitoral pelo Procurador Regional Eleitoral.....   | 57 |
| 17. Ordem de formulação do quesito absolutório genérico enquanto tese defensiva principal em relação ao quesito da desclassificação.....   | 59 |
| 18. (Des) necessidade de autorização judicial prévia para a extração de dados e de conversas registradas no <i>whatsapp</i> constantes do celular de suposto autor de fato delituoso por ocasião da prisão em flagrante. ....  | 61 |
| 19. (In) Suficiência da perícia realizada por amostragem do material apreendido e (des) necessidade de identificação dos titulares dos direitos autorais violados para fins de configuração e comprovação da materialidade do delito de violação de direito autoral..... | 62 |
| 20. “Confiar veículo a pessoa sem habilitação ou sem condições” (Lei n. 9.503/97, art. 310) como crime de perigo abstrato.....   | 65 |
| 21. (Im) possibilidade de manutenção de condenado em regime prisional mais gravoso na hipótese de falta de estabelecimento penal adequado. ....  | 66 |
| 22. Prioridade de tramitação dos processos que apuram a prática de crimes hediondos (e equiparados).....   | 68 |
| 23. Tipificação do crime de terrorismo no Brasil. ....   | 69 |
| 24. <i>Marco Legal da Primeira Infância</i> e novas hipóteses de prisão domiciliar cautelar. ....  | 71 |
| 25. (Im) possibilidade de fixação judicial de calendário anual de saídas temporárias para visitação à família do custodiado. ....  | 76 |
| 26. Natureza hedionda do crime de tráfico <i>privilegiado</i> . ....   | 78 |

Reafirmando o compromisso com o nosso público, resolvemos disponibilizar **gratuitamente** aos leitores do *Manual de Processo Penal* (4ª ed.) e do *Código de Processo Penal Comentado* uma compilação com as mais relevantes alterações jurisprudenciais e legislativas ocorridas no âmbito criminal até o dia 30 de junho de 2016.

## 1. (In) constitucionalidade da execução provisória da pena.

Proferida sentença condenatória por um juiz de 1ª instância, caberá ao respectivo Tribunal, em regra, o julgamento de eventual apelação. Proferida a decisão pelo órgão jurisdicional de segundo grau, a depender do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, poderá ser interposto pelo réu um recurso extraordinário e/ou especial. Sabendo-se que tais recursos não são dotados de efeito suspensivo, pelo menos em regra (CPP, art. 637, c/c art. 995 e 1.029, §5º, ambos do novo CPC), questiona-se acerca da possibilidade de o réu permanecer solto, enquanto aguarda o julgamento dos recursos extraordinários interpostos, e o conseqüente trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em virtude de os recursos extraordinário e especial não serem dotados de efeito suspensivo, prevaleceu ao longo dos anos o entendimento jurisprudencial segundo o qual era cabível a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, independentemente da demonstração de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva do acusado à luz do art. 312 do CPP. O fundamento legal para esse entendimento era o disposto no art. 637 do CPP (“O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”). Assim, ainda que o acusado tivesse interposto recurso

extraordinário ou especial, estaria sujeito à prisão, mesmo que inexistentes os pressupostos da prisão preventiva.<sup>1</sup>

Nessa linha, aliás, o STJ editou a súmula n. 267, segundo a qual *a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão*. Com base nesse raciocínio, portanto, mesmo que o acusado tivesse permanecido solto durante todo o processo, impunha-se o recolhimento à prisão como efeito automático de um acórdão condenatório proferido pelo órgão jurisdicional de segundo grau, ainda que a sentença condenatória não tivesse transitado em julgado em virtude da interposição dos recursos extraordinário e especial.

Ocorre que, no julgamento do *Habeas Corpus n. 84.078* no ano de 2009, o Plenário do Supremo, por maioria de votos (7 a 4), alterou sua orientação jurisprudencial até então dominante para concluir que a execução da pena só poderia ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo, a despeito de os recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo, enquanto não houvesse o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não seria possível a execução da pena privativa de liberdade, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, cuja decretação estaria condicionada à presença dos pressupostos do art. 312 do CPP.<sup>2</sup>

Todavia, em julgamento histórico realizado no dia 17 de fevereiro de 2016 (**HC 126.292**),<sup>3</sup> e novamente por maioria de votos

1. STF: "(...) A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...)". (STF, 1ª Turma, HC 91.675/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04/09/2007, Dje 157 06/12/2007).
2. HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau. Informativo n. 534 do STF – Brasília, 2 a 6 de fevereiro de 2009. Ainda no sentido de que a prisão sem fundamento cautelar, antes de transitada em julgado a condenação, consubstancia execução antecipada da pena, violando o disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição do Brasil: STF, 2ª Turma, HC 88.174/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 12/12/1996, Dje 092 30/08/2007. E também: STF, 2ª Turma, HC 89.754/BA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/02/2007, Dje 04 26/04/2007; STF, 2ª Turma, HC 91.232/PE, Rel. Min. Eros Grau, j. 06/11/2007, Dje 157 06/12/2007; STJ – HC 122.191/RJ – 5ª Turma – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – Dje 18/05/2009.
3. "(...) PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU

(7 a 4), o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância no julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, e mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar, sem que se possa objetar suposta violação ao princípio da presunção de inocência, já que é possível fixar determinados limites para a referida garantia constitucional. Assim, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não comprometeria o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade,<sup>4</sup> conquanto o acusado tivesse sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não se trata, portanto, de prisão cautelar. Cuida-se, na verdade, de verdadeira execução provisória da pena. Em seu voto, o Relator – Min. Teori Zavascki – apontou os seguintes fundamentos:

a) deve ser buscado o necessário equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade;

b) é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática

---

DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado". (STF, Pleno, HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, DJe 100 16/05/2016).

4. Para mais detalhes acerca do princípio da presunção de inocência, remetemos o leitor ao nosso Manual de Processo Penal (4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 43-48), e ao nosso Código de Processo Penal Comentado (Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 466-471).

probatória.<sup>5</sup> Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo *tribunal de apelação*, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa;

c) se houve, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faria sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o faz o art. 637 do CPP;

d) a Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010) expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado;

e) em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema;

f) a jurisprudência que assegurava a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória vinha permitindo a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, com indistintos propósitos protelatórios, visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória, já que o último marco interruptivo do prazo prescricional

---

5. As matérias fáticas que levariam apenas a um reexame da prova estão excluídas dos recursos especial e extraordinário, nos termos da súmula n. 279 do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) e da súmula n. 7 do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”). A tese de que os recursos extraordinários não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos, destinando-se, precipuamente, à tutela da Constituição Federal e da legislação federal ganhou reforço com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que passou a exigir, em relação ao recurso extraordinário, a presença de uma “repercussão geral” da questão constitucional. Também não se pode olvidar do surgimento do mecanismo do sobrestamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, para que o Tribunal julgue apenas um ou alguns recursos significativos da controvérsia.

antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (CP, art. 117, IV);<sup>6</sup>

g) quanto a eventuais equívocos das instâncias ordinárias, não se pode esquecer que há instrumentos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena, como, por exemplo, medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial (art. 1.029, §5º, do novo CPC) e o *habeas corpus*. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente o acórdão condenatório recorrível, o acusado não estaria desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. Isso seria possível, por exemplo, em situações nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.

Em diversos pontos dos votos dos Ministros do STF assinalou-se a gravidade do quadro de “desarrumação” do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a perene postergação do juízo definitivo de condenação, mercê do manejo de inúmeros recursos previstos na legislação processual penal. Sob tal perspectiva é possível assimilar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica que interfira com a liberdade, uma visão também objetiva dos direitos fundamentais, a qual não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos

6. Como exemplo do uso abusivo do direito de recorrer com a nítida intenção de procrastinar o trânsito em julgado de sentença condenatória podemos citar o caso do ex-Senador L. E., condenado a 31 anos de reclusão pela prática dos crimes de peculato, estelionato, corrupção ativa, uso de documento falso e associação criminosa – os dois últimos delitos acabaram prescrevendo. Desde 2006, quando foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o ex-Senador já havia interposto mais de 35 (trinta e cinco) recursos, obstando, assim, o trânsito em julgado. Com a mudança de orientação jurisprudencial do STF acerca do assunto, o ex-Senador foi, enfim, recolhido à prisão, em data de 8 de março de 2016.

direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais.<sup>7</sup>

Com a devida vênia à maioria dos Ministros do STF que admitiram a execução provisória da pena, parece-nos que a decisão proferida no julgamento do HC 126.292 contraria flagrantemente a Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) até o *trânsito em julgado de sentença condenatória* (art. 5º, LVII), assim como o art. 283 do CPP, que só admite, no curso da investigação ou do processo – é dizer, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória –, a decretação da prisão temporária ou preventiva por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Não negamos que se deva buscar uma maior eficiência<sup>8</sup> no sistema processual penal pátrio. Mas, a nosso juízo, essa busca não pode se sobrepor à Constituição Federal, que demanda a formação de coisa julgada para que possa dar início à execução de uma prisão de natureza penal. E só se pode falar em trânsito em julgado quando a decisão se torna imutável, o que, como sabemos, é obstado pela interposição dos recursos extraordinários, ainda que desprovidos de efeito suspensivo. Não há, portanto, margem exegética para que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, seja interpretado no sentido de que o acusado é presumido ino-

7. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, EDcl no REsp 1.484.415/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 3/3/2016, DJe 14/4/2016. A Corte Especial do STJ também vem entendendo que, pendente o trânsito em julgado de acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução imediata da pena, ainda que ausentes os pressupostos da prisão cautelar: STJ, Corte Especial, QO na APn 675/GO, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 6/4/2016, DJe 26/4/2016.

8. Na linha do ensinamento de Antônio Scarance Fernandes, o vocábulo *eficiência* aqui empregado “é usado de forma ampla, sendo afastada, contudo, a ideia de eficiência medida pelo número de condenações. Será eficiente o procedimento que, em tempo razoável, permita atingir um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do processo legal”. (*Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. Coordenação Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 10).

cente (ou não culpável) até a prolação de acórdão condenatório por Tribunal de 2ª instância.

Por mais que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, n. 2)<sup>9</sup> estenda o princípio da presunção de inocência até a comprovação legal da culpa, o que ocorre com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso – lembre-se que a mesma Convenção Americana assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, §2º, “h”) –, não se pode perder de vista que a Constituição Federal é categórica ao afirmar que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de não culpabilidade de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável.

Não bastasse a Constituição Federal, é fato que a legislação infraconstitucional também não dá acolhida à decisão do Supremo proferida nos autos do HC 126.292. Explica-se: apesar de o art. 637 do CPP autorizar a execução provisória de acórdão condenatório pelo fato de os recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo, este dispositivo foi tacitamente revogado pela Lei n. 12.403/11, que conferiu nova redação ao art. 283 do CPP (“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, *em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado* ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”).

O art. 283 do CPP é categórico ao estabelecer as hipóteses em que pode haver restrição à liberdade de locomoção no processo penal: a) prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva:

9. “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

são as únicas espécies de prisão cautelar passíveis de decretação no curso da investigação ou do processo; b) prisão penal (*carcer ad poenam*): a prisão penal só pode ser objeto de execução com o trânsito em julgado de sentença condenatória. Há, portanto, um requisito de natureza objetiva para o início do cumprimento da reprimenda penal, qual seja, a formação da coisa julgada, que é obstada pela interposição de todo e qualquer recurso, seja ele ordinário ou extraordinário, seja ele dotado de efeito suspensivo ou não.

Logo, o caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena. Isso porque o caráter “extraordinário” desses recursos não afeta o conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido pelo art. 283 do CPP como marco final do processo para fins de execução da pena.

Por mais que a Lei n. 12.403/11, responsável pela nova redação do art. 283 do CPP, não tenha feito qualquer referência ao art. 637 do CPP, é no mínimo estranho admitirmos que um dispositivo legal autoriza a execução da pena tão somente com o trânsito em julgado de sentença condenatória, enquanto outro a autoriza pelo fato de não outorgar efeito suspensivo aos recursos extraordinários. É bem verdade que o art. 9º da LC 95/98, com redação dada pela LC n. 107/01, determina que a cláusula de revogação de lei nova deve enumerar, expressamente, as leis e disposições revogadas, o que não ocorreu na hipótese sob comento. No entanto, a falta de técnica por parte do legislador – que, aliás, tem se tornado uma rotina –, não pode justificar a convivência de normas jurídicas incompatíveis entre si, tratando do conceito de execução da pena de maneira conflitante. Por consequência, como se trata de norma posterior que tratou da matéria em sentido diverso, parece-nos que a nova redação do art. 283 do CPP conferida pela Lei n. 12.403/11 revogou tacitamente o art. 637 do CPP, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Estranhamente, não consta do HC 126.292 nenhuma referência ao art. 283 do CPP, nem tampouco uma decisão fundamentada de

sua inconstitucionalidade. Logo, se o referido dispositivo legal não foi declarado inconstitucional pelo Supremo, parece-nos que não se pode negar aplicação a seus ditames. Enfim, de duas uma: ou o dispositivo legal sob comento é inconstitucional e assim precisa ser expressamente declarado pelo Supremo, ou a decisão proferida no HC 126.292 viola direta e frontalmente o quanto disposto no art. 283 do CPP, devendo, pois, ser reformada no julgamento de eventuais embargos de declaração. O que não se pode admitir é que execuções provisórias de acórdãos condenatórios sejam levadas adiante sem que o tema da (in) constitucionalidade do art. 283 do CPP seja explicitamente enfrentado pela Corte Suprema, sob pena de incontáveis prejuízos à liberdade de locomoção dos acusados.<sup>10</sup>

Destarte, pelo menos por ora, o ideal é concluir que a decisão proferida pelo Plenário do STF no julgamento do HC 126.292 não é dotada de efeitos vinculantes. A uma porque a nova orientação jurisprudencial do Supremo acerca da possibilidade de execução provisória da pena não foi proferida no controle concentrado de constitucionalidade,<sup>11</sup> nem tampouco objeto de súmula vinculante. A duas porque, o Plenário do STF não se manifestou no sentido da inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que autoriza a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente no curso da investigação ou do processo exclusivamente quando se tratar de prisão preventiva ou

10. O art. 283 do CPP não foi o único dispositivo legal desprezado pelo Supremo no julgamento do HC 126.292. Deveras, a Suprema Corte também se olvidou do disposto no art. 105 da Lei de Execução Penal ("*Transitando em julgado* a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento *para a execução*").
11. Como observa Pedro Lenza (*Direito constitucional esquematizado*, 19ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015, p. 333), a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade (transcendência da *ratio decidendi*) é bastante sedutora e interessante, porquanto vem ao encontro de princípios como celeridade, economia processual, atendendo, em última análise, à força normativa da Constituição (Konrad Hesse). Porém, para a maioria dos Ministros do STF (RCL 4.335), não há amparo constitucional para a sua implementação, a não ser que se entenda que o art. 52, X, da Constituição Federal, teria sido objeto de mutação constitucional. O efeito *erga omnes* da decisão está presente apenas para as hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade e para a súmula vinculante e, em se tratando de controle difuso, tão somente após atuação discricionária e política do Senado Federal, *ex vi* do art. 52, X, da CF.

temporária. Logo, como o Senado Federal ainda não se dispôs a suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal – até mesmo porque, como exposto anteriormente, o Plenário do STF sequer fez referência ao art. 283 do CPP –, temos que seus dizeres continuam válidos e eficazes. É dizer, a única espécie de prisão passível de decretação pela autoridade judiciária competente antes do trânsito em julgado de sentença condenatória continua sendo apenas a prisão cautelar (preventiva ou temporária), sendo descabido, portanto, cogitar-se de execução provisória de acórdão condenatório *recorrível* proferido por Tribunal de 2ª instância.<sup>12</sup>

A solução para a “desarrumação” do sistema punitivo brasileiro deve passar, portanto, por uma mudança legislativa – e não jurisprudencial, como feita pelo STF no julgamento do HC 126.292 – para que seja antecipado o momento do trânsito em julgado de acórdãos condenatórios proferidos pelos Tribunais de 2ª instância, hipótese em que os recursos extraordinários obrigatoriamente teriam que ter sua natureza jurídica alterada para sucedâneos recursais externos.<sup>13</sup>

De todo modo, pelo menos enquanto não sobrevém essa mudança legislativa – se é que um dia virá –, cabe aos Tribunais maior rigor na verificação de eventuais excessos por parte da defesa no tocante ao exercício abusivo do direito de recorrer. Em outras palavras, quando restar evidenciado o intuito meramente protelatório dos recursos, apenas para impedir o exaurimento da

12. A propósito, em data de 4 de julho de 2016, o Min. Celso de Mello – que votou vencido no HC 126.292 – concedeu liminar nos autos do HC 135.100 para fins de suspender a execução de mandado de prisão expedido pelo TJ/MG em desfavor de L. C. R. C., que teve seu recurso de apelação desprovido pela corte mineira. Para o Decano do STF, não seria dado ao TJ/MG a possibilidade de invocar o quanto decidido no HC 126.292, porquanto referida decisão foi proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, logo, desprovida de eficácia vinculante, consoante disposto no arts. 102, §2º, e 103-A, *caput*, ambos da Constituição Federal.
13. A expressão “sucedâneos recursais”, introduzida por Frederico Marques (*Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 4, p. 377 e segs.), ora é utilizada para identificar o conjunto de meios não recursais de impugnação, ora é utilizada em acepção estrita, para referir apenas aos meios de impugnação que nem são recurso nem são ação autônoma.

prestação jurisdicional e o conseqüente início do cumprimento da pena, incumbe aos Tribunais determinar o imediato início da execução mesmo antes do trânsito em julgado, haja vista o exercício irregular e abusivo do direito de defesa e do duplo grau de jurisdição e a conseqüente violação ao princípio da cooperação, previsto no art. 6º do novo CPC, ao qual também se sujeitam as partes. Nessa linha, como já havia se pronunciado o Supremo em momento anterior ao HC 126.292, “a reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos seus pressupostos, evidencia o intuito meramente protelatório. A interposição de embargos de declaração com finalidade meramente protelatória autoriza o imediato cumprimento da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da publicação do acórdão”.<sup>14</sup>

## **2. Quebra do sigilo de dados bancários e financeiros.**

O sigilo bancário e financeiro<sup>15</sup> é um dever jurídico imposto às instituições financeiras para que estas não divulguem informa-

14. STF, 1ª Turma, RMS 23.841 AgR-ED-ED/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 18/12/2006, DJ 16/02/2007. No sentido de que a utilização indevida das espécies recursais, consubstanciada na interposição de inúmeros recursos contrários à jurisprudência como mero expediente protelatório, desvirtua o próprio postulado constitucional da ampla defesa: STF, 2ª Turma, AI 759.450 ED/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01/12/2009, DJe 237 17/12/2009. Na mesma linha: STF, Pleno, AO 1.046 ED/RR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/11/2007, DJe 31 21/02/2008. Para o STJ, quando verificada a oposição de recursos manifestamente protelatórios apenas para se evitar o exaurimento da prestação jurisdicional, tem sido admitida a baixa imediata dos autos, para o início da execução penal: STJ, 5ª Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.142.020/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07/10/2010, DJe 03/11/2010. E ainda: STJ, 5ª Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 862.591/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/09/2009, DJe 05/10/2009. O abuso do direito de recorrer no processo penal, com o escopo de obstar o trânsito em julgado da condenação e, por consequência, de se alcançar a prescrição da pretensão punitiva, autoriza inclusive a determinação monocrática de baixa imediata dos autos por Ministro de Tribunal Superior, independentemente de publicação da decisão. Nessa linha: STF, Pleno, RE 839.163 QO/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 05/11/2014.
15. Tecnicamente, revela-se mais correto falar em *sigilo financeiro* do que em *sigilo bancário*, porquanto esta expressão não oferece a abrangência adequada do instituto. É nesse sentido a lição de Maurício Zanoide de Moraes (*Sigilo financeiro: LC 105, de 10.01.2001*. In: Alberto Silva Franco e Rui Stoco [org.], *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2001, vol. 2, p. 2.797.

ções acerca das movimentações financeiras de seus clientes, tais como aplicações, depósitos, saques etc. Pode ser compreendido, portanto, como o dever jurídico de sigilo das entidades atuantes no sistema financeiro nacional. Tal imposição legal deriva do art. 1º, *caput*, da LC n. 105/2001, que assim dispõe: “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

A quebra do sigilo financeiro, por sua vez, pode ser conceituada em sede processual penal como meio de obtenção de prova, funcionando como ferramenta adequada para a revelação das informações referentes à utilização dos serviços disponibilizados pelas instituições financeiras.

Em síntese, podem ser apontados como fundamentos para a proteção do sigilo financeiro:

a) **direito à intimidade do cliente e de possíveis terceiros envolvidos nas operações efetuadas pelas instituições financeiras (CF, art. 5º, X):** a depender do caso concreto, os dados financeiros de uma pessoa podem revelar detalhes da intimidade de uma pessoa, como, por exemplo, lojas, hotéis e restaurantes por ela frequentados, viagens realizadas, hábitos diurnos e noturnos, enfim, um leque enorme de informações estritamente pessoais e excluídas do domínio público;

b) **dever de sigilo do profissional:** o exercício de certas profissões demanda a transmissão de dados íntimos, ou até mesmo confidenciais, até mesmo como mecanismo para otimizar a prestação desse serviço. Logo, não se pode negar que o profissional que atua com a intermediação de crédito funciona como verdadeiro confidente necessário, consistindo o sigilo financeiro em modalidade de segredo profissional.

Na dicção da doutrina,<sup>16</sup> esse dever de sigilo estende-se a todos os funcionários da instituição financeira cientes das informações de clientes e de terceiros no exercício de sua atividade, os quais

16. BELLORQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 68.

podem vir a responder penal e disciplinarmente. Por eventuais danos materiais e morais causados pela revelação indevida, a própria pessoa jurídica atuante no sistema financeiro também pode ser responsabilizada de maneira solidária, porém exclusivamente no âmbito cível, já que não se admite a responsabilização criminal do ente fictício por suposta violação do sigilo. Noutra giro, uma vez determinada a quebra do sigilo bancário para fins de instrução processual penal, os destinatários das informações (v.g., juiz, promotor e advogados) também passam a ter o dever de zelar pela proteção desse sigilo.

De acordo com o art. 5º, §1º, do referido diploma normativo, consideram-se operações financeiras: I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques; III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV – resgates em contas de depósito à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V – contratos de mútuo; VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII – aplicações em fundos de investimentos; IX – aquisições de moeda estrangeira; X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII – operações com ouro, ativo financeiro; XIII – operações com cartão de crédito; XIV – operações de arrendamento mercantil; e XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

Simple dados cadastrais não estão abrangidos pela proteção oferecida pelo sigilo financeiro, porquanto não constituem informações atinentes à intimidade dos clientes das operações financeiras. Como observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior, deve se partir da premissa de que a inviolabilidade dos dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos conviventes. Nas palavras do autor, “os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relação de convivência privadas: a proteção é para elas, não para

eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.), não são protegidos”.<sup>17</sup>

Não por outro motivo, a nova Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13, art. 15) e a Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98, art. 17-B, acrescentado pela Lei n. 12.683/12) dispõem expressamente que o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, *exclusivamente aos dados cadastrais* do investigado que informem exclusivamente a sua qualificação pessoal (nome, nacionalidade, naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, número de carteira de identidade e número de registro no cadastro de pessoas físicas da Receita Federal), filiação (indicação do nome do pai e da mãe) e o endereço (residencial e do trabalho) mantidos, dentre outros órgãos, por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito.

Este acesso é exclusivo aos dados cadastrais que informam *qualificação pessoal, filiação e endereço*. Nada mais. Logo, no tocante às instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, o acesso estará restrito aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereços utilizados para abertura de contas correntes, aplicações financeiras ou solicitações de cartões de créditos. Devem ser excluídas, portanto, eventuais informações quanto à data de abertura da conta corrente, operações com cartão de crédito, listagem das contas corrente de origem e de destino de operações financeiras, aplicações em fundos de investimentos, transferência de moeda e outros valores para o exterior, etc. Como esses dados estão protegidos pelo sigilo bancário de que trata a Lei Complementar n. 105/01 (art. 5º, §1º), o acesso a tais informações depende, em regra, de prévia autorização judicial.

Firmada a premissa de que o sigilo bancário e financeiro tem como fundamento constitucional a tutela do direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), impõe-se analisar as hipóteses legais em que tais informações podem ser validamente acessadas para fins de investigação ou instrução processual penal:

17. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito. São Paulo: USP, vol. 88, 1993, p. 449.

**a) fornecimento voluntário dos dados bancários e financeiros:** à evidência, se os dados forem fornecidos voluntariamente pelo próprio investigado, não se revela necessária prévia autorização judicial. Na visão dos Tribunais Superiores, tanto as instituições financeiras quanto a Administração Pública Direta ou Indireta não estão autorizadas a fornecer dados financeiros e/ou fiscais que detenham em razão do exercício de suas atividades e funções, salvo, conforme autorização do art. 5º, XII, da CF, mediante autorização judicial devidamente motivada. A elas se impõe, portanto, a obrigatoriedade de proteção do sigilo bancário e fiscal. Logo, se o próprio indivíduo forneceu voluntariamente seus dados financeiros, não há por que se exigir prévia autorização judicial. A propósito, a Lei Complementar n. 105/01 determina que não constitui violação do dever de sigilo a revelação de informações sigilosas com o *consentimento expreso dos interessados* (art. 1º, §3º, V);<sup>18</sup>

**b) Comissões Parlamentares de Inquérito:** de acordo com o art. 58, §3º, da Carta Magna, as comissões parlamentares de inquérito, que terão *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, *para a apuração de fato determinado* e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a

18. Acerca do assunto, a 5ª Turma do STJ (RHC 34.799/PA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17/3/2016, DJe 20/4/2016) concluiu recentemente que não configura quebra de sigilo bancário e fiscal o acesso do MP a recibos e comprovantes de depósitos bancários entregues espontaneamente pela ex-companheira de investigado, os quais foram voluntariamente deixados sob a responsabilidade dela pelo agente. Na visão daquele colegiado, o caso não se refere a sigilo bancário e/ou fiscal, não estando, pois, abrangido pelo direito fundamental consagrado no art. 5º, XII, da CF. Isso porque não houve, em momento algum, quebra ilegal de sigilo bancário e/ou fiscal pelo *Parquet*, pois os dados fornecidos não se encontravam mais sob a tutela de instituições financeiras e/ou da Administração Pública. Noutro julgado (RHC 66.520/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 02/02/2016, DJe 15/2/2016), a 5ª Turma do STJ concluiu que os dados bancários entregues à autoridade fiscal pela sociedade empresária fiscalizada, após regular intimação e independentemente de prévia autorização judicial, também podem ser utilizados para subsidiar a instauração de inquérito policial para apurar suposta prática de crime contra a ordem tributária.

responsabilidade civil ou criminal dos infratores. A denominada *cláusula de reserva de jurisdição* não se estende à quebra do sigilo de dados bancários e financeiros. Destarte, assiste competência às Comissões Parlamentares de Inquérito para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. Para tanto, deve ser demonstrada, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional, justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento. A propósito, o art. 4º, §1º, da LC 105/01, preceitua que as comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários;<sup>19</sup>

c) **Ministério Público:** o poder de requisição ministerial constante do art. 129, VIII, da Constituição Federal, não lhe confere poderes para determinar diretamente a quebra do sigilo financeiro, é dizer, sem prévia autorização judicial. Como já decidiu a 2ª Turma do STF, “se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a Constituição Federal consagra em seu art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa”.<sup>20</sup> Todavia, não são nulas as provas obtidas por meio de requisição do Ministério Público de informações bancárias de *titularidade de órgãos públicos* para fins de apurar supostos

- 
19. Admitindo a quebra do sigilo financeiro por Comissão Parlamentar de Inquérito: STF, Pleno, MS 23.639/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/11/2000, DJ 16/02/2001. E também: STF – MS 23.652/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 16/02/2001. As Casas Legislativas dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, também são dotadas de função fiscalizadora, mas só podem investigar os fatos que se inserirem no âmbito de suas respectivas competências legislativas e materiais. Daí por que concluiu o Supremo que, ainda que seja omissa a Lei Complementar n. 105/01, é possível que uma CPI estadual determine a quebra de sigilo de dados bancários, com base no art. 58, §3º, da Constituição: STF, ACO 730/RJ, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 11.11.2005, p. 5.
20. STF, 2ª Turma, RE 215.301/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/04/1999, DJ 28/05/1999.

crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública. É pacífico na doutrina pátria e na jurisprudência dos Tribunais Superiores que o sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade/privacidade, consagrado no art. 5º, X e XII, da CF. No entanto, as contas públicas, ante os princípios da publicidade e da moralidade (art. 37 da CF), não possuem, em regra, proteção do direito à intimidade/privacidade e, em consequência, não são protegidas pelo sigilo bancário. Na verdade, a intimidade e a vida privada de que trata a Lei Maior referem-se à pessoa humana, aos indivíduos que compõem a sociedade e às pessoas jurídicas de direito privado, inaplicáveis tais conceitos aos entes públicos;<sup>21</sup>

**d) Autoridade judiciária competente:** consoante disposto no art. 3º, *caput*, da LC 105/01, serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo *Poder Judiciário*, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão se servir para fins estranhos à lide. Diversamente da regulamentação conferida à interceptação das comunicações telefônicas, que proíbe a adoção dessa medida na apuração de crimes apenas no máximo com pena de detenção (Lei n. 9.296/96, art. 2º, III), não há qualquer restrição desta espécie no tocante à quebra de sigilo financeiro. O art. 1º, §4º, da LC n. 105/01, traz um rol *exemplificativo* de infrações penais que admitem a quebra do sigilo financeiro, que pode ocorrer em qualquer fase da investigação ou do processo judicial;

**e) Administração tributária:** de acordo com o art. 5º, *caput*, da LC 105/01, o Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus

21. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, HC 308.493/CE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/10/2015, DJe 26/10/2015. Também há precedentes do STF no sentido de que as "operações financeiras que envolvam *recursos públicos* não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal". (MS 33.340-DF, Primeira Turma, DJe de 3/8/2015).

serviços. Por sua vez, o art. 6º, *caput*, da LC 105/01, estabelece que as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A constitucionalidade desses dispositivos legais sempre foi alvo de intensa controvérsia, justamente pelo fato de permitirem que a administração tributária tenha acesso direto aos dados bancários e financeiros, é dizer, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

De um lado, há quem entenda que a regra seria assegurar a privacidade das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, sendo possível a mitigação por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. A imprescindibilidade de autorização judicial prévia visa resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz).<sup>22</sup>

No âmbito do STJ, era dominante, até pouco tempo, a tese no sentido de que esses dados obtidos pela Receita Federal com fundamento no art. 6º da LC 105/2001, mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial, não poderiam ser utilizados em uma persecução penal, quer para sustentar um decreto conde-

22. Com esse entendimento: STF, Pleno, RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, DJe 86 09/05/2011. Para o Supremo, o Tribunal de Contas da União também não detém legitimidade para requisitar diretamente informações que importem quebra de sigilo bancário (Lei 4.595/64, art. 38 e LC 105/2001, art. 13): STF, 2ª Turma, MS 22.934/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17/04/2012. Maurício Zanoide de Moraes (Op. cit. p. 3.043) confere destaque a dois fundamentos de inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105/01: a parcialidade do Fisco, que, na atividade de fiscalização, tem interesse na obtenção do maior número de informações sobre os contribuintes, e o fato de a violação do sigilo financeiro deslocar-se da exceção à regra, sendo que sequer uma emenda constitucional poderia produzir tal resultado.

natório, quer para dar base à ação penal. Para ambas as Turmas Criminais do STJ, afigura-se decorrência lógica do respeito aos direitos à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF) a proibição de que a administração fazendária afaste, por autoridade própria, o sigilo bancário do contribuinte, especialmente se considerada sua posição de parte na relação jurídico-tributária, com interesse direto no resultado da fiscalização. Apenas o Judiciário, desinteressado que é na solução material da causa e, por assim dizer, órgão imparcial, estaria apto a efetuar a ponderação imprescindível entre o dever de sigilo – decorrente da privacidade e da intimidade asseguradas aos indivíduos em geral e aos contribuintes, em especial – e o também dever de preservação da ordem jurídica mediante a investigação de condutas a ela atentatórias. Nesse contexto, na hipótese de quebra do sigilo financeiro realizada diretamente pela autoridade fiscalizadora sem prévia autorização judicial impunha-se o reconhecimento da ilicitude das provas assim obtidas, com o conseqüente desentranhamento dos autos, nos termos do art. 157 do CPP.<sup>23</sup>

Sempre prevaleceu, todavia, o entendimento no sentido de que a transferência de informações sigilosas da entidade bancária ao órgão de fiscalização tributária federal sem prévia autorização judicial (LC n. 105/201, Lei n. 10.174/2001 e Decreto n. 3.724/2001) não configura quebra de sigilo ou da privacidade, mas sim hipótese de transferência de dados sigilosos de um órgão, que tem o dever de sigilo, para outro, o qual deverá manter essa mesma obrigação, sob pena de responsabilização na hipótese de eventual divulgação desses dados. Afinal, se a Receita Federal tem acesso à declaração do patrimônio total de bens dos contribuintes, conjunto maior, não haveria razão de negá-lo quanto à atividade econômica, à movimentação bancária, que seria um conjunto menor.<sup>24</sup>

Pondo um fim à controvérsia, o Plenário do Supremo concluiu, recentemente, o julgamento de 4 (quatro) Ações Diretas

23. STJ, 6ª Turma, RHC 41.532/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11/02/2014; STJ, 5ª Turma, REsp 1.361.174/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 3/6/2014.

24. Nesse contexto: STF, Pleno, AC 33 MC/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24/11/2010, DJe 27 09/02/2011.

de Inconstitucionalidade para concluir que o acesso direto – sem prévia autorização judicial – aos dados bancários e financeiros pelos órgãos públicos previsto nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001 não viola o direito à intimidade.

Aos olhos do STF, não haveria, *in casu*, *quebra de sigilo financeiro*, mas, ao contrário, a afirmação desse direito. Outrossim, seria clara a confluência entre os deveres do contribuinte – o dever fundamental de pagar tributos – e os deveres do Fisco – o dever de bem tributar e fiscalizar. Nesse sentido, para se falar em “quebra de sigilo bancário” pelos preceitos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias obtidas pelo Fisco. A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistiria nos dispositivos questionados, que consagrariam, de modo expreso, a permanência no sigilo das informações obtidas com base em seus comandos. O que ocorreria não seria propriamente a quebra de sigilo, mas a *transferência de sigilo* dos bancos ao Fisco. Nessa transmutação, inexistiria qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que pudesse apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras – muitas das quais de natureza privada – se manteria, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos à mais estrita legalidade. Em síntese, a LC 105/2001 possibilitara o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte. Não permitiria, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida íntima do correntista. E esse resguardo se tornaria evidente com a leitura sistemática da lei em questão. Essa seria, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancários do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco. Além de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco exigiria a existência de processo administrativo – ou procedimento fiscal. Isso, por si, já atrairia para o contribuinte todas as garantias da Lei 9.784/1999 – dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da mo-

tivação, da proporcionalidade e do interesse público –, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal. No entanto, a Corte ressaltou que os Estados-Membros e os Municípios somente poderiam obter as informações previstas no art. 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria de forma análoga ao Decreto 3.724/2001, observados os seguintes parâmetros: a) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; b) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões; c) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; d) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e, finalmente, e) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.<sup>25</sup>

Por fim, não se pode confundir sigilo financeiro com sigilo fiscal. Este último funciona como um dever de segredo e confidencialidade da situação tributária dos contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas. Está amparado pelo art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN), que dispõe que é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. Enquanto o sigilo financeiro deve ser preservado pelas instituições financeiras elencadas pelo art. 1º, §1º, da LC n. 105/01, pelas empresas de *factoring* (art. 1º, §2º, da LC n. 105/01) e pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 2º, *caput*, e §3º, da LC n. 105/01), o sigilo fiscal tem como destinatários a Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e seus agentes.

25. STF, Pleno, ADI 2.390/DF, ADI 2.386/DF, ADI 2.397/DF, ADI 2.859/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24/02/2016. Com entendimento semelhante: STF, Pleno, RE 601.314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 24/02/2016. No sentido da constitucionalidade das normas que permitem o acesso direto da Receita Federal à movimentação financeira dos contribuintes (LC 105/2001, artigos 5º e 6º; Decreto 3.724/2001; e Decreto 4.489/2002): STF, 2ª Turma, RHC 121.429/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/04/2016.

Não constitui quebra do sigilo fiscal a requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça, nem tampouco as solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa (CTN, art. 198, §1º, incisos I e II). Também não é vedada a divulgação de informações relativas a representações fiscais para fins penais, inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública e parcelamento ou moratória (CTN, art. 198, §3º, incisos I, II e III). Para além disso, consoante disposto no art. 199 do CTN, a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.<sup>26</sup>

### **3. Suspensão de mandato eletivo como medida cautelar diversa da prisão.**

Com as mudanças produzidas pela Lei n. 12.403/11, o Código de Processo Penal passou a prever, dentre as medidas cautelares diversas da prisão, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Trata-se de medida cautelar específica, cuja utilização está voltada, precipuamente, a crimes praticados por funcionário público contra a administração pública (v.g., peculato, concussão, corrupção

26. A jurisprudência pátria também admite a requisição de informações ao Fisco por parte de Comissões Parlamentares de Inquérito no desenvolvimento de suas investigações, não podendo ser invocado o sigilo fiscal como óbice ao dever de obediência a tais requisições, desde que haja decisão fundamentada nesse sentido. Nessa linha: STF, Pleno, ADI 2.225/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21/08/2014, DJe 213 29/10/2014. Por outro lado, os Tribunais Superiores entendem que as prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos diretamente ao Fisco. Nesse contexto: STJ, 5ª Turma, RHC 20.329/PR, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 04/10/2007, DJ 22/10/2007, p. 312.

passiva, etc), e crimes contra a ordem econômico-financeira (v.g., lavagem de capitais, gestão temerária ou fraudulenta de instituição financeira).

Face a pobreza do teor do art. 319, inciso VI, do CPP, há controvérsias na doutrina acerca da possibilidade de aplicação dessa medida cautelar no caso de *funções públicas decorrentes de mandatos eletivos*. Há quem se posicione contrariamente, já que, como o CPP não estabelece o prazo máximo de sua duração, essa medida poderia ser utilizada como um mecanismo para uma cassação, de fato, do mandato eletivo.<sup>27</sup>

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que a função pública a que se refere o art. 319, inciso VI, abrange toda e qualquer atividade exercida junto à Administração Pública, seja em cargo público, seja em mandatos eletivos. De mais a mais, se considerarmos que há precedentes do STJ e do Supremo admitindo inclusive a prisão preventiva de Governador de Estado,<sup>28</sup> seria de se estranhar que uma medida de tal porte pudesse ser utilizada, negando-se, porém, a possibilidade de suspensão da função pública, a qual, a depender do caso concreto, pode revelar-se igualmente eficaz para assegurar a eficácia do processo, só que com grau de lesividade bem menor. Logo, se se admite a aplicação de medida

27. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 249.

28. No curso de inquérito instaurado contra o então Governador do Distrito Federal J.R.A., diante da tentativa deste de frustrar a instrução criminal mediante corrupção de testemunha e falsidade ideológica de documento privado, a Corte Especial do STJ (Inq. 650/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 11/02/2010, DJe 15/04/2010) deliberou pela decretação de sua prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal. Entendeu-se que os Governadores dos Estados e do Distrito Federal não gozam de imunidade à prisão cautelar, prerrogativa extraordinária garantida somente ao Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado (reserva de competência da União Federal). Concluiu-se, ademais, que a apreciação do pedido de prisão preventiva pelo STJ não estaria condicionada à prévia autorização da Câmara Distrital, tendo em vista a natureza cautelar da prisão preventiva, bem como o suposto envolvimento de membros da Casa Legislativa no esquema de corrupção. A validade dessa prisão foi confirmada pelo STF: Pleno, HC 102.732, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/03/2010, DJe 081 06/05/2010.

mais gravosa (prisão cautelar), não há restrição para a aplicação de medidas menos gravosas.

A única ressalva à suspensão da função pública nos casos de mandatos eletivos fica por conta daquelas pessoas que possuem imunidade absoluta à prisão preventiva. Logo, se o Presidente da República não pode ser preso em hipótese alguma, também não pode ser suspenso de suas atividades.<sup>29</sup>

O ideal, portanto, é admitir a possibilidade de aplicação dessa medida cautelar a todos aqueles que podem ser presos, vedando-se sua aplicação apenas àqueles que possuem imunidade absoluta à prisão preventiva. Assim, apesar de promotores e juízes serem dotados de imunidade relativa, já que só podem ser presos em flagrante de crime inafiançável, é de se admitir a possibilidade de suspensão das funções, porquanto se admite a decretação da prisão preventiva e temporária de tais autoridades. Ademais, a própria LC n. 35/79 prevê que, a depender da natureza ou gravidade da infração penal, se se tornar aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado, o Tribunal, ou seu órgão especial, poderá, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros, determinar o afastamento do cargo do magistrado denunciado (art. 29).

Recentemente, o tema foi objeto de análise pelo Plenário do Supremo Tribunal. Por reputar que os elementos fáticos e jurídicos teriam demonstrado que a presença de parlamentar na função de Presidente da Câmara dos Deputados representaria risco para as investigações penais sediadas no Supremo Tribunal Federal, o Plenário daquela Corte confirmou a suspensão do exercício do mandato do Deputado Federal E. C. Na visão do STF, a denúncia descrevera diversos fatos supostamente criminosos praticados com desvio de finalidade, sob a atuação direta do referido parlamentar que estaria a utilizar o cargo de deputado federal e a função

---

29. Eugênio Pacelli de Oliveira comunga do mesmo entendimento: *Atualização do processo penal. Lei n. 12.403/11 – capítulo a ser incorporado à obra Curso de processo penal*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 21.

de Presidente da Câmara dos Deputados para fins ilícitos e, em especial, para obtenção de vantagens indevidas. Depoimentos de testemunhas, documentos e mensagens em telefones celulares demonstraram a atuação do parlamentar que, de forma reiterada, agiria com aparente desvio de finalidade e para o alcance de fins ilícitos, entre eles o recebimento ilícito de valores expressivos. Ainda, teria o parlamentar colocado seus aliados em cargos-chaves de importante CPI para fins de constranger colaboradores, bem como para evitar que ele próprio fosse investigado, além de desqualificar pessoas, empresas e políticos que se disponibilizaram a colaborar com a elucidação dos crimes. A decretação da medida cautelar do art. 319, inciso VI, do CPP, serviria, portanto, a dois interesses públicos indivisíveis: a) a preservação da utilidade do processo (pela neutralização de uma posição de poder que possa tornar o trabalho de persecução mais acidentado); e b) a preservação da finalidade pública do cargo (pela eliminação da possibilidade de captura de suas competências em favor de conveniências particulares sob suspeita). Some-se a isso o fato de que o cumprimento de qualquer diligência investigatória na Câmara dos Deputados deve ser precedido de autorização de sua Mesa Diretora, que, a época, era presidida pelo parlamentar em questão. Ou seja, a produção de provas em relação a eventuais ilícitos praticados pelo Presidente da Câmara dependeria de prévia autorização do próprio investigado. Ainda que a perfeita interação entre os Poderes seja a situação idealizada como padrão pela Constituição, que deles exige harmonia, isso se manifesta claramente impossível quando o investigado é, como no caso, o próprio Presidente da Mesa Diretora. Ainda que não seja o momento de se formular juízo definitivo acerca dos fatos narrados, há indícios de que o requerido, na condição de parlamentar e, mais ainda, na de Presidente da Câmara dos Deputados, tem meios e é capaz de efetivamente obstruir a investigação e a colheita de provas, intimidar testemunhas e impedir, ainda que, indiretamente, o regular trâmite da ação penal em curso no STF, assim como das diversas investigações existentes nos inquéritos regularmente instaurados, enfim, articulou uma rede de obstrução

contra as instâncias de apuração dos pretensos desvios de conduta que lhe são imputados.<sup>30</sup>

#### **4. Competência para a solução de conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, ou entre Ministérios Públicos de Estados diversos.**

Por conflito de atribuição entende-se a “divergência estabelecida entre membros do Ministério Público acerca da responsabilidade ativa para a persecução penal, em razão da matéria ou das regras processuais que definem a distribuição das atribuições ministeriais, a partir do cometimento de fato supostamente definido como crime”.<sup>31</sup>

O conflito de atribuições não se confunde com o conflito de competência. Cuidando-se de ato de natureza jurisdicional, o conflito será de competência; tratando-se de controvérsia entre órgãos do Ministério Público sobre ato que caiba a um deles praticar, ter-se-á um conflito de atribuições. Assim, quando se tratar de um inquérito policial ou de procedimento investigatório com tramitação na Justiça, eventual pedido de declinação de competência formulado pelo órgão do Ministério Público será levado à apreciação do juízo. Remetidos os autos a outro juízo, caso haja dissenso sobre a competência, este dissenso estaria estabelecido em nível jurisdicional, a ser sanado por meio de um conflito de competência, na forma do art. 113 e seguintes do Código de Processo Penal. Portanto, se juízes de comarcas situadas em Estados-membros diversos, acolhendo manifestações dos respectivos membros do Ministério

30. STF, Pleno, AC 4.070/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 05/05/2016. A 5ª Turma do STJ tem precedente admitindo a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão aos detentores de mandato eletivo – no caso concreto, um Prefeito –, seja durante as investigações, seja durante a fase processual. Outrossim, também concluiu que, à luz da garantia constitucional da razoável duração do processo, o afastamento do cargo por mais de um ano acaba se revelando excessivo, notadamente se a denúncia sequer tiver sido oferecida: STJ, 5ª Turma, HC 228.023/SC, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, j. 19/06/2012.

31. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 59.

Público, decidem no sentido da incompetência dos seus Juízos, o que se configura é um conflito de competência e não de atribuições entre órgãos do Ministério Público de Estados diferentes.<sup>32</sup>

Destarte, cuidando-se de inquérito policial ou de procedimento investigatório que estejam tramitando perante o Poder Judiciário, a palavra final do Ministério Público será obrigatoriamente avaliada pelo juiz; portanto, ou o juiz acatará a posição do Parquet, declinando da competência, ou dele discordará, hipótese em que estará afirmando sua competência, dando ensejo ao denominado arquivamento indireto, com a consequente aplicação subsidiária do art. 28 do CPP. Portanto, se houve a intervenção de órgão do Poder Judiciário, não se trata de conflito de atribuições, mas sim de conflito de competência. Lado outro, se o procedimento investigatório criminal não estiver tramitando perante o Poder Judiciário, não haverá reconhecimento de (in) competência por parte de um dos juízos envolvidos, daí por que o conflito será tão somente de atribuições.<sup>33</sup>

A competência para dirimir conflitos de atribuição entre órgãos do MP pode ser sintetizada da seguinte forma:

1) **Órgãos do Ministério Público pertencentes ao mesmo Estado da Federação:** a competência para dirimir o conflito recairá sobre o Procurador-Geral de Justiça (Lei n. 8.625/93, art. 10, X);

2) **Órgãos do Ministério Público Federal:** se o conflito ocorrer no âmbito do Ministério Público Federal, ou seja, entre dois Procuradores da República, caberá à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal seu processo e julgamento, com recurso para o Procurador-Geral da República, nos exatos termos dos arts. 49, VIII, e 62, VII, da Lei Complementar n. 75/93;

32. STF, Pleno, Pet 623 QO/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27/09/1996.

33. Nesse sentido: STF, ACO 1.179/PB, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11/09/2008, DJe 206 30/10/2008. Em sentido diverso, concluindo que, na hipótese de os magistrados se limitarem a remeter os autos a outro juízo a requerimento dos representantes do Ministério Público *sem proferir qualquer decisão jurisdicional*, não há falar em conflito de competência e sim em conflito de atribuições: STF – Pet 3.631/SP – Tribunal Pleno – Rel. Min. Cezar Peluso – Dje 041 06/03/2008.

3) **Órgãos do Ministério Público Militar:** se o conflito de atribuições ocorrer entre órgãos do Ministério Público Militar (Promotor da Justiça Militar da União em São Paulo *versus* Promotor da Justiça da União em Brasília), a competência será da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, com recurso para o Procurador-Geral da Justiça Militar (LC n. 75/93, art. 136, VI, *c/c* art. 124, VI);

4) **Órgãos de ramos diversos do Ministério Público da União:** caso o conflito se dê entre integrantes de ramos diferentes do Ministério Público da União (lembre-se que integram o MPU o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e o Ministério Público Militar), a competência para dirimi-lo será do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público da União (LC n. 75/93, art. 26, VII).

5) **Órgãos do Ministério Público Federal e do Ministério Público dos Estados, ou entre Ministérios Públicos de estados diversos:** inicialmente, prevalecia o entendimento de que a competência para processar e julgar este conflito de atribuições seria do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque, de acordo com a letra “d” do inciso I do art. 105 da Magna Carta, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os conflitos entre juízes vinculados a tribunais diversos. Havendo um conflito de atribuições entre um Promotor de Justiça e um Procurador da República, transparece um **conflito virtual de competência** entre os juízos estadual e federal perante os quais funcionam os órgãos do Parquet em divergência. Tal situação estaria a impor uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional acima referido, de sorte a fixar a competência do STJ para solucionar o dissenso.<sup>34</sup>

Posteriormente, todavia, esse entendimento foi alterado. Por influência do Supremo Tribunal Federal, passou a prevalecer a orientação no sentido de que a competência para dirimir um

34. Com esse entendimento: STF – Pet 1.503/MG – Tribunal Pleno – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 14/11/2002. E também: STF – ACO 756 – Tribunal Pleno – Rel. Min. Carlos Britto – DJ 31/03/2006.

conflito de atribuições entre Procurador da República e Promotor de Justiça, ou mesmo entre Promotores de Justiça de Estados diferentes, seria do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102, I, “f”, da Carta Magna. Explica-se: a controvérsia entre membros de Ministérios Públicos de Estados distintos, ou entre membros do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos Estaduais, acarreta não um conflito entre diferentes *Parquet’s*, mas sim entre os Estados a que estes pertencem, ou entre a União e o Estado-membro, razão pela qual o conflito deveria ser dirimido pela Suprema Corte.<sup>35</sup>

Mais recentemente, porém, o Plenário do STF alterou novamente seu entendimento acerca da matéria, para fins de concluir que não compete ao Supremo julgar conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos Estados. Na visão da Corte, a questão não é jurisdicional – não se trata de conflito federativo –, mas sim administrativa. Logo, deve ser dirimida pelo Procurador-Geral da República, que, *na condição de chefe do Ministério Público*, deve decidi-los como entender de direito. Pesou muito o fato de o Supremo não ter condições de dar vazão à miríade de conflitos de atribuições que vinham chegando àquela corte, o que vinha dando ensejo à prescrição diante da demora involuntária na solução.<sup>36</sup>

Com a devida vênia ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, não nos parece acertada a conclusão no sentido de que eventual conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos Estados deva ser dirimido pelo Procurador-Geral

- 
35. No sentido da competência do Supremo para dirimir conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual: STF – ACO 853/RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 004 26/04/2007. Firmando a competência do Supremo para deliberar sobre conflito de atribuições envolvendo órgãos de Ministério Público de Estados diversos: STF – ACO 889/RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Ellen Gracie – DJe 227 27/11/2008.
36. STF, ACO 924/ ACO 1.394/ PET 4.706/ PET 4.863. Perceba o leitor que o Plenário do STF não se posicionou expressamente acerca da competência para a solução do conflito de atribuições entre Ministérios Públicos de Estados diversos. Não obstante, se considerarmos os argumentos usados nos precedentes aqui citados, é bem provável que a solução seja idêntica, é dizer, a competência deverá recair sobre o Procurador-Geral da República.

da República. Ora, como já se manifestou o próprio Plenário do STF,<sup>37</sup> o Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do *Parquet* Estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, §1º), a Chefia do Ministério Público da União. Logo, se o Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, como se pode admitir a sujeição de Promotores de Justiça dos Estados a uma decisão definitiva do PGR?

Portanto, *de lege ferenda* pensamos que tais conflitos devam ser dirimidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, ou, se considerados como *conflitos virtuais de competência*, pelo Superior Tribunal de Justiça, conclusão que nos parece inclusive mais interessante, porquanto, nesse caso, por se tratar de decisão emanada de um órgão jurisdicional superior, ter-se-ia força vinculante em relação aos órgãos jurisdicionais perante os quais atuam os respectivos órgãos ministeriais.

## **5. Provimento de apelação contra a absolvição sumária e (im) possibilidade de julgamento antecipado pelo juízo *ad quem*.**

Quando se pensa no princípio do duplo grau de jurisdição, costuma-se pensar que referido princípio abrange apenas a possibilidade de um reexame integral da decisão do juízo *a quo*, seja quanto à matéria fática, seja quanto às questões de direito, a ser confiado a órgão jurisdicional diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. Porém, não se pode perder de vista que o duplo grau de jurisdição também significa que, à exceção das hipóteses de competência originária dos Tribunais, o processo deve ser examinado uma vez no primeiro grau de jurisdição e reexaminado uma segunda vez em sede recursal pelo Tribunal. Em outras palavras, o duplo grau visa a assegurar que as questões fáticas e jurídicas possam ser reexaminadas, isto é, examinadas no

37. STF, Pleno, RE 593.727/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2015, Dje 175 04/09/2015.

primeiro grau e reexaminadas no segundo grau. Portanto, não se pode admitir que o Tribunal faça o exame direto de determinada matéria pela primeira vez, sob pena de supressão do primeiro grau de jurisdição, o que também seria causa de violação ao duplo grau de jurisdição.

Destarte, por ocasião do julgamento de apelação interposta pela acusação contra sentença de absolvição sumária (CPP, art. 397), não se admite que o Tribunal analise, de plano, o mérito da ação penal para condenar o acusado, devendo, pois, na hipótese de provimento do recurso, determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de viabilizar o prosseguimento do feito. Na esteira do entendimento da 6ª Turma do STJ, o enfrentamento antecipado do mérito da ação penal pela segunda instância afrontaria a competência do Juízo de primeiro grau, com clara supressão de instância, em violação ao princípio do juiz natural – pois ninguém poderá ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, CF) –, violando, ademais, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.<sup>38</sup>

## **6. (Im) possibilidade de remição pelo desempenho de atividade laborativa extramuros.**

De acordo com o art. 126, caput, da LEP, o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

O referido dispositivo não fez nenhuma distinção ou referência, para fins de remição de parte do tempo de execução da pena, quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laborativa, de modo que se mostra indiferente o fato de o trabalho ser exercido dentro ou fora do ambiente carcerário. Na verdade, a lei exige apenas que o condenado esteja cumprindo a pena em regime fechado ou semiaberto.

38. STJ, 6ª Turma, HC 260.188/AC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 08/03/2016, DJe 15/03/2016.

Se o condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto pode remir parte da reprimenda pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, não há razões para não considerar o trabalho extramuros de quem cumpre pena em regime semiaberto, como fator de contagem do tempo para fins de remição. Em homenagem, sobretudo, ao princípio da legalidade, não cabe restringir a futura concessão de remição da pena somente àqueles que prestam serviço nas dependências do estabelecimento prisional, tampouco deixar de recompensar o apenado que, cumprindo a pena no regime semiaberto, exerça atividade laborativa, ainda que extramuros.

A inteligência da Lei de Execução Penal direciona-se a premiar o apenado que demonstra esforço em se ressocializar e que busca, na atividade laboral, um incentivo maior à reintegração social. A ausência de distinção pela lei, para fins de remição, quanto à espécie ou ao local em que o trabalho é realizado, espelha a própria função ressocializadora da pena, inserindo o condenado no mercado de trabalho e no próprio meio social, minimizando suas chances de recidiva delitiva. Ausentes, por deficiência estrutural ou funcional do Sistema Penitenciário, as condições que permitam a oferta de trabalho digno para todos os apenados aptos à atividade laborativa, não se há de impor ao condenado que exerce trabalho extramuros os ônus decorrentes dessa ineficiência.

Nesse caso, a supervisão direta do próprio trabalho deve ficar a cargo do patrão do apenado, cumprindo à administração carcerária a supervisão sobre a regularidade do trabalho.

Ora, se o Juízo das Execuções Criminais concedeu ao condenado a possibilidade de realização de trabalho extramuros, mostra-se, no mínimo, contraditório o Estado-Juiz permitir a realização dessa atividade fora do estabelecimento prisional, com vistas à ressocialização do apenado, e, ao mesmo tempo, ilidir o benefício da remição.<sup>39</sup>

39. Nesse sentido: STJ, 3ª Seção, REsp 1.381.315/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 13/5/2015, DJe 19/5/2015.

Com base nesse entendimento, em data de 24 de junho de 2016, a 3ª Seção do STJ deliberou pela aprovação do enunciado da **súmula n. 562**, com os seguintes dizeres: “É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros”.

## **7. Monitoramento eletrônico e presença de seguranças no interior de estabelecimento comercial e (im) possibilidade de consumação do crime de furto.**

De acordo com o art. 17 do Código Penal, não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime. A redação confusa do dispositivo em questão transmite, à primeira vista, a impressão de que o crime impossível funcionaria como causa de isenção de pena no crime tentado. Porém, é dominante o entendimento no sentido de que sua verdadeira natureza jurídica é de causa de exclusão da tipicidade, vez que o fato praticado pelo agente não se enquadra em nenhum tipo penal.

Há duas espécies de crime impossível:

a) **por ineficácia absoluta do meio de execução do delito:** a ineficácia absoluta estará caracterizada quando o meio de execução utilizado pelo agente, quer por sua natureza, quer por sua essência, for incapaz de produzir o resultado, por mais reiterado que seja o seu emprego. É indispensável que o meio seja inteiramente ineficaz. Se a ineficácia for relativa, haverá tentativa punível. Os exemplos clássicos citados pela doutrina de crime impossível em virtude da ineficácia absoluta do meio são os da tentativa de homicídio por envenenamento com o uso de farinha ao invés de veneno, ou do agente que aciona o gatilho, porém a arma estava descarregada;

b) **por absoluta impropriedade do objeto:** o “objeto” a que se refere o art. 17 do CP é o objeto material do delito, é dizer, a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta delituosa. O objeto material será considerado absolutamente impróprio quando inexis-

tente antes do início da execução do delito, ou mesmo quando, nas circunstâncias em que se encontrava, tornava impossível a sua consumação, a exemplo do que ocorre nas manobras abortivas em mulher que não estava grávida ou no disparo de armas de fogo, com *animus necandi*, em cadáver. Mais uma vez, se a impropriedade do objeto for meramente relativa, o *conatus* estará presente.

Especificamente quanto ao crime de furto, sabemos que é relativamente comum a instalação de sistemas de vigilância eletrônica associada à presença de seguranças em estabelecimentos comerciais de modo a dificultar a prática de crimes patrimoniais. Daí, todavia, não se pode concluir que eventual tentativa de furto deva ser considerada atípica em virtude da ineficácia absoluta do meio. Ora, embora tais elementos dificultem a empreitada criminosa, é inegável que subsiste uma margem para que o agente ludibrie a segurança e conclua o seu intento, é dizer, cuida-se de ineficácia relativa do meio, logo, incapaz de levar ao reconhecimento de crime impossível. É exatamente nesse sentido o enunciado da **súmula n. 567 do STJ**, aprovado pela 3ª Seção do STJ em data de 24 de fevereiro de 2016 (“Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto”).<sup>40</sup>

40. Como já se pronunciou o STJ, “(...) embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Assim, não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito, etc. Conquanto se possa crer, sob a perspectiva do que normalmente acontece em situações tais, que na maior parte dos casos não logrará o agente consumir a subtração de produtos subtraídos do interior do estabelecimento comercial provido de mecanismos de vigilância e de segurança, sempre haverá o risco de que tais providências, por qualquer motivo, não frustrem a ação delitiva. (...) Recurso especial representativo de controvérsia provido para: a) reconhecer que é relativa a inidoneidade da tentativa de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastar a alegada hipótese de crime impossível; b) julgar contrariados, pelo acórdão impugnado, os arts. 14, II, e 17, ambos do Código Penal; c) determinar que

## 8. Encontro fortuito de diálogos mantidos com autoridade dotada de foro por prerrogativa de função e momento adequado para a remessa dos autos ao Tribunal competente.

Pela própria natureza da interceptação telefônica, que, ao monitorar diretamente a comunicação verbal entre pessoas, necessariamente acaba por envolver terceiros, em regra não investigados, no campo de sua abrangência, é relativamente comum que a autoridade responsável pela investigação casualmente encontre elementos de informação pertinentes à outra infração penal, ou atinentes a indivíduo diverso, que não estavam na linha de desdobramento normal daquela técnica especial de investigação.

Trabalha-se, nesse caso, com a denominada teoria do encontro fortuito de provas (**serendipidade**).<sup>41</sup> Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, a prova não deve ser considerada válida; se não houve desvio de finalidade, a prova é válida.

Dentre as pessoas que podem ter suas conversas fortuitamente captadas durante uma interceptação telefônica deferida em primeiro grau de jurisdição estão aquelas dotadas de foro por prerrogativa de função (v.g., Deputado Federal). Nesse caso, partindo-se da premissa de que o prosseguimento das investigações em relação a tais indivíduos pressupõe prévia autorização do Tribunal competente (STF, Pleno, Inq. 2.411 QO/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 74 24/04/2008), discute-se acerca da necessidade de imediata remessa dos autos àquele juízo.

---

o Tribunal de Justiça estadual prossiga no julgamento de mérito da apelação". (STJ, 3ª Seção, REsp 1.385.621/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 27/05/2015, DJe 02/06/2015).

41. Segundo Gomes (*Legislação criminal especial*, op. cit. p. 474), "essa estranha palavra significa algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa. Vem do inglês serendipity, onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso. Serendip era o antigo nome da ilha do Ceilão (atual Sri Lanka). A palavra foi cunhada em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, no conto de fadas *Os três príncipes de Serendip*, que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam".

O ideal é concluir que a captação fortuita de diálogos mantidos por autoridade com prerrogativa de foro não impõe, por si só, a remessa imediata dos autos ao Tribunal competente para processar e julgar a referida autoridade, sem que antes se avalie a idoneidade e a suficiência dos dados colhidos para se firmar o convencimento acerca do possível envolvimento do detentor de prerrogativa de foro com a prática de crime.

Com efeito, uma simples conversa, um encontro casual ou mesmo sinais claros de amizade e contatos frequentes de indivíduo sob investigação com uma autoridade pública não pode, por si só, redundar na conclusão de que esta última participaria do esquema criminoso objeto da investigação. Nem mesmo a referência a favores pessoais, a contatos com terceiros, a negociações suspeitas implica, de per si, a inarredável conclusão de que se está diante de práticas criminosas merecedoras de imediata apuração. Dito de modo mais específico, a simples captação de diálogos de quem detém foro especial com alguém que está sendo investigado por práticas ilícitas não pode conduzir, tão logo surjam conversas suspeitas, à conclusão de que a referida autoridade é participante da atividade criminosa investigada ou de outro delito qualquer, sendo mister um mínimo de avaliação quanto à idoneidade e à suficiência de dados para desencadear o procedimento esperado da autoridade judiciária responsável pela investigação. Em verdade, há de se ter certo cuidado para não se extraírem conclusões precipitadas ante a escuta fortuita de conversas.

Nesse contexto, como se pronunciou a 6ª Turma do STJ, a remessa imediata de toda e qualquer investigação em que noticiada a possível prática delitiva de detentor de prerrogativa de foro ao órgão jurisdicional competente não só pode implicar prejuízo à investigação de fatos de particular e notório interesse público, como também representar sobrecarga acentuada aos tribunais, a par de, eventualmente, engendrar prematuras suspeitas sobre pessoa cujas honorabilidade e respeitabilidade perante a opinião pública são determinantes para a continuidade e o êxito de sua carreira. Portanto, é possível afirmar que, tão somente em um claro contexto fático do qual se possa com segurança depreender, a partir dos diálogos dos investigados com pessoa detentora de foro

especial, que há indícios concretos de envolvimento dessa pessoa com a prática de crime(s), será imperativo o envio dos elementos de informação ao tribunal competente.<sup>42</sup>

## **9. Princípio da cooperação e (im) possibilidade de intimação do Ministério Público para apresentação do rol de testemunhas após o oferecimento da denúncia.**

De acordo com o art. 41 do CPP, “a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o *rol das testemunhas*”.

A própria redação do dispositivo legal em questão deixa transparecer que a apresentação do rol de testemunhas não é um requisito essencial da peça acusatória. Afinal, há situações em que a prova do fato delituoso é eminentemente documental, sendo desnecessária a oitiva de quaisquer testemunhas (v.g., crimes contra a ordem tributária).

Porém, como esse é o momento processual oportuno para a apresentação do rol de testemunhas pela parte acusadora, caso não o faça, haverá preclusão temporal.

Não obstante, no dia-a-dia do fórum, na hipótese de o Promotor de Justiça ter se esquecido de arrolar testemunhas por ocasião do oferecimento da peça acusatória, é relativamente comum que seja atravessado um pedido ao magistrado para que tais pessoas sejam ouvidas como testemunhas do juízo, *ex vi* do art. 209, *caput*, c/c art. 156, inciso II, ambos do CPP.

42. STJ, 6ª Turma, HC 307.152/GO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 19/11/2015, DJe 15/12/2015. Para a 2ª Turma do STF, se houver simples menção ao nome de um parlamentar federal, em depoimentos prestados por investigados, sem maiores elementos acerca de seu envolvimento no fato delituoso, não há falar em necessidade de remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para o processamento do inquérito: STF, 2ª Turma, HC 82.647/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25/04/2003.

Recentemente, todavia, a 5ª Turma do STJ concluiu que não há qualquer óbice à intimação do Ministério Público para que proceda à juntada do rol de testemunhas mesmo após o oferecimento da denúncia, conquanto o faça antes da citação do acusado e apresentação da resposta à acusação, sem que se possa objetar eventual nulidade absoluta por violação ao sistema acusatório. *In casu*, é perfeitamente possível a aplicação subsidiária ao processo penal do quanto disposto no art. 321 do novo CPC, que dispõe que, na eventualidade de a petição inicial não preencher os requisitos legais, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, o juiz pode terminar que o autor a emende ou a complete no prazo de 15 (quinze) dias, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado, devendo indeferir a petição inicial tão somente quando o vício não for saneado.

Na visão daquele colegiado, nosso sistema processual é informado pelo **princípio da cooperação**, sendo o processo, portanto, um produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, no qual todos devem buscar a justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto, não podendo o magistrado se limitar a ser mero fiscal de regras, devendo, ao contrário, quando constatar deficiências postulatórias das partes, indicá-las, precisamente, a fim de evitar delongas desnecessárias e a extinção do processo sem a análise de seu mérito. Assim, ainda que não observado o referido momento processual adequado para a indicação das provas que pretendia produzir, o que, em tese, pode levar ao reconhecimento da preclusão na prática do referido ato processual, o certo é que o magistrado, verificando a irregularidade na denúncia que pode levar ao seu indeferimento por ser inepta, tem o poder-dever de determinar a intimação da parte para que proceda à correção da petição inicial, sob pena de, não o fazendo, ter que reconhecer nulidade posterior, ensejando o desnecessário ajuizamento de nova ação penal. Como o juiz se limitou a intimar o *Parquet* para que esclarecesse sua pretensão de produzir provas em juízo, indicando-as em caso positivo, não haveria violação ao sistema acusatório, porquanto em nenhum momento teria havido indicação, por parte do juízo, acerca de quais provas deveriam ser produzidas

pela acusação. É dizer, sua atividade foi de prevenção de extinção do processo sem julgamento de mérito e não de substituição da atividade probatória das partes.<sup>43</sup>

## 10. Momento procedimental adequado para a realização do interrogatório no processo penal militar.

Com as modificações trazidas pela reforma processual penal de 2008, e na esteira do que já previa a Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 81),<sup>44</sup> o interrogatório passou a ser realizado ao final da instrução processual. Segundo a nova redação do art. 400, *caput*, do CPP, “na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, *interrogando-se, em seguida, o acusado*”. No âmbito do procedimento do júri, o interrogatório também passa a ser realizado após a colheita de toda a prova oral, seja na primeira fase (CPP, art. 411, *caput*), seja no plenário do júri (CPP, art. 474, *caput*).<sup>45</sup>

43. STJ, 5ª Turma, RHC 37.587/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/2/2016, DJe 23/2/2016. Advertimos o leitor para o fato de que há precedente da 6ª Turma do STJ no sentido da impossibilidade de o Juiz determinar a intimação do *Parquet* para que proceda à inclusão das testemunhas quando verificada a ausência de indicação do respectivo rol e do protesto pela produção das provas na denúncia: STJ, 6ª Turma, RHC 45.921/SP, Rel. Min. 45.921/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/12/2014, DJe 29/05/2015.

44. De acordo com o art. 81, *caput*, da Lei n. 9.099/95, “aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, *interrogando-se a seguir o acusado*, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença”.

45. A partir do momento em que a Lei n. 11.719/08 entrou em vigor, o interrogatório passou a ser realizado, no âmbito do procedimento comum, ao final da audiência una de instrução e julgamento, nos termos do art. 400, *caput*, do CPP. Não se pode objetar que o art. 196 do CPP autoriza que o momento do interrogatório fique ao arbítrio do juiz. Na verdade, o art. 196 do CPP apenas confere ao juiz a possibilidade de reinterrogar o

Apesar da nova posição topográfica do interrogatório no curso do procedimento comum previsto no CPP, não se pode olvidar que, em certos procedimentos especiais, ainda há previsão legal de que o interrogatório seria o primeiro ato da instrução probatória. É o que acontece, por exemplo, no procedimento originário dos Tribunais (Lei n. 8.038/90, art. 7º), no procedimento ordinário do processo penal militar (CPPM, art. 302, c/c art. 404, caput), no procedimento da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06, art. 57) e no procedimento especial da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93, art. 104).

Em relação ao procedimento originário dos Tribunais, o art. 7º da Lei n. 8.038/90 estabelece que, recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso. Portanto, *pelo menos de acordo com o teor do referido dispositivo*, o interrogatório seria o primeiro ato da instrução, daí por que a citação deveria ser feita para que o acusado fosse interrogado.

Portanto, se se trata de feito da competência originária dos Tribunais, dever-se-ia observar o quanto previsto na Lei n. 8.038/90, a qual prevê procedimento especial em relação ao comum ordinário previsto no CPP, cujas regras, em razão do princípio da especialidade, devem ser afastadas. Logo, se o art. 7º da Lei n. 8.038/1990 prevê momento específico para a inquirição do acusado – após o recebimento da denúncia ou queixa – e, constatado não haver quanto a isso lacuna ou omissão nessa lei especial, não há falar em aplicação do art. 400 do CPP, que prevê a realização do interrogatório ao final da instrução processual.<sup>46</sup>

Entretanto, no julgamento de Agravo Regimental na Ação Penal n. 528, o Plenário do Supremo entendeu que a Lei n. 11.719/08, que alterou o momento em que efetuado o interrogatório, transferindo-o para o final da instrução criminal, incide nos feitos de competência

---

réu, de ofício ou a pedido das partes, mas não lhe confere o direito de estabelecer, a seu critério, o momento em que entende conveniente a realização do interrogatório. Nessa linha: STJ, HC 123.958/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26/04/2011.

46. STJ, 5ª Turma, HC 121.171/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/03/2011.

originária do STF, cujo mencionado ato processual ainda não tenha sido realizado. Para a Suprema Corte, a nova redação do art. 400 do CPP deveria suplantar o estatuído no art. 7º da Lei 8.038/90, haja vista possibilitar ao réu o exercício de sua defesa de modo mais eficaz. Aduziu-se que essa mudança concernente à designação do interrogatório conferiria ao acusado a oportunidade para esclarecer divergências e incongruências que eventualmente pudessem surgir durante a fase de consolidação do conjunto probatório. Registrou-se, tendo em conta a interpretação sistemática do Direito, que o fato de a Lei 8.038/90 ser norma especial em relação ao CPP não afetaria a orientação adotada, porquanto inexistiria, na hipótese, incompatibilidade manifesta e insuperável entre ambas as leis. Ademais, assinalou-se que a própria Lei 8.038/90 dispõe, em seu art. 9º, sobre a aplicação subsidiária do CPP.<sup>47</sup>

Em recente julgado, o Plenário do Supremo concluiu que a exigência de realização do interrogatório ao final da instrução criminal também é aplicável no âmbito de processo penal militar. Na visão do Plenário, revela-se mais condizente com o contraditório e a ampla defesa a aplicabilidade da nova redação do art. 400 do CPP ao processo penal militar. Entretanto, o Plenário ponderou ser mais recomendável frisar que a aplicação do art. 400 do CPP no âmbito da justiça castrense não incide para os casos em que já houvera interrogatório. Assim, para evitar possível quadro de instabilidade e revisão de casos julgados conforme regra estabelecida de acordo com o princípio da especialidade, a referida tese fixada deveria ser observada a partir da data de publicação da ata do julgamento, o que ocorreu em data de 10 de março de 2016.<sup>48</sup>

47. STF, Pleno, AP 528 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24/03/2011, DJe 109 07/06/2011. Para a 5ª Turma do STJ, a previsão do interrogatório como último ato processual, nos termos do disposto no art. 400 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.719/2008, por ser mais benéfica à defesa, também deve ser aplicada às ações penais originárias nos tribunais, afastada, assim, a regra específica prevista no art. 7º da Lei n. 8.038/1990: STJ, 5ª Turma, HC 205.364/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/12/2011, DJe 19/12/2011.

48. STF, Pleno, HC 127.900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/03/2016, DJe 10/03/16. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 115.530/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/06/2013, DJe 158 13/08/2013; STF, 1ª Turma, HC 115.698/AM, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/06/2013, DJe 158 13/08/2013.

Sem embargo das decisões proferidas pelo Supremo no tocante ao procedimento originário dos Tribunais e ao procedimento previsto no CPPM, há precedentes de ambas as Turmas Criminais do STJ no sentido de que, em se tratando de crimes de tráfico de drogas, é legítimo que o interrogatório do réu seja realizado antes da oitiva das testemunhas. Segundo regra contida no art. 394, § 2º, do CPP, o procedimento comum será aplicado no julgamento de todos os crimes, salvo disposições em contrário do próprio CPP ou de lei especial. Logo, se para o julgamento dos delitos disciplinados na Lei 11.343/2006 há rito próprio (art. 57, da Lei 11.343/2006), no qual o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento, é de se afastar o rito ordinário (art. 400 do CPP) nesses casos, em razão da especialidade. Também há precedentes da 2ª Turma do Supremo no sentido de que o rito previsto no art. 400 do CPP – com a redação conferida pela Lei 11.719/2008 – não se aplica à Lei de Drogas, de modo que o interrogatório do réu processado com base na Lei 11.343/2006 deve observar o procedimento nela descrito (artigos 54 a 59).<sup>49</sup> De todo modo, com o objetivo de se evitar ulterior arguição de nulidade, tem sido relativamente comum nos procedimentos envolvendo tráfico de drogas que os magistrados realizem o interrogatório no início do procedimento, tal qual previsto no art. 57 da Lei n. 11.343/06, questionando o acusado, ao final da instrução probatória, se ele teria interesse em ser reinterrogado, tal qual disposto no art. 400 do CPP.

## **11. Tramitação direta dos autos de inquéritos policiais entre a Polícia e o Ministério Público.**

Pela leitura do art. 10, §1º, do CPP, percebe-se que, uma vez concluída a investigação policial, os autos do inquérito policial devem ser encaminhados primeiramente ao Poder Judiciário, e somente depois ao Ministério Público.

49. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 275.070/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/2/2014; STJ, 6ª Turma, HC 245.752/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/2/2014; STF, 2ª Turma, HC 121.953/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 10/06/2014.

A despeito do teor referido dispositivo, por conta da adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal, outorgando ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, não há como se admitir que ainda subsista essa necessidade de remessa inicial dos autos ao Poder Judiciário. Há de se entender que essa tramitação judicial do inquérito policial prevista nos arts. 10, §1º, e 23, do CPP, não foi recepcionada pela Constituição Federal.

Ora, tendo em conta que o Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal pública (CF, art. 129, I), logo, o destinatário final das investigações levadas a cabo no curso do inquérito policial, considerando, ademais, que o procedimento investigatório é destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação persecutória do órgão ministerial, e diante da desnecessidade de controle judicial de atos que não afetam diretos e garantias fundamentais do indivíduo, deve-se concluir que os autos da investigação policial devem tramitar diretamente entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário, a não ser para o exame de medidas cautelares (v.g., prisão preventiva, interceptação telefônica, busca domiciliar, etc.).

Essa tramitação direta dos autos entre a Polícia e o Ministério Público, ressalvada a hipótese em que sejam formulados pedidos cautelares, além de assegurar um procedimento mais célere, em respeito ao direito à razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), contribuindo para o fim da morosidade da persecução penal, também é de fundamental importância na preservação da imparcialidade do órgão jurisdicional, porquanto afasta o magistrado de qualquer atividade investigatória que implique formação de convencimento prévio a respeito do fato noticiado e sob investigação.

Valores importantes como a celeridade, a eficiência, a desburocratização e a diminuição dos riscos da prescrição recomendam, pois, que as peças investigatórias sejam remetidas diretamente ao titular da ação penal, salvo se houver necessidade de medidas cautelares, eliminando-se, assim, o intermediário que não tem competência ou atribuição para interferir na produção de diligências inquisitoriais.

Daí por que diversas portarias de Tribunais de Justiça vêm determinando que os autos da investigação policial devam ser remetidos diretamente ao órgão ministerial (centrais de inquéritos).<sup>50</sup>

No âmbito da Justiça Federal, aliás, vale a pena destacar que o Conselho da Justiça Federal, por meio da Resolução n. 63, de 26 de junho de 2009, também regulamentou a matéria. De acordo com a referida Resolução, os autos de inquérito policial somente serão admitidos para registro, inserção no sistema processual informatizado e distribuição às Varas Federais com competência criminal quando houver: a) comunicação de prisão em flagrante efetuada ou qualquer outra forma de constrangimento aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República; b) representação ou requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público Federal para a decretação de prisões de natureza cautelar; c) requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público Federal de medidas constritivas ou de natureza acautelatória; d) oferta de denúncia pelo Ministério Público Federal ou apresentação de queixa crime pelo ofendido ou seu representante legal; e) pedido de arquivamento deduzido pelo Ministério Público Federal; f) requerimento de extinção da punibilidade com fulcro em qualquer das hipóteses previstas no art. 107 do Código Penal ou na legislação penal extravagante.

Ainda segundo a Resolução n. 63 do Conselho da Justiça Federal, afora as hipóteses acima mencionadas, os autos de inquérito policial, concluídos ou com requerimento de prorrogação de prazo para o seu encerramento, quando da primeira remessa ao Ministério Público Federal, serão previamente levados ao Poder Judiciário

---

50. No julgamento da ADI 2.886/RJ, o Plenário do Supremo julgou procedente, em parte, pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade formal do inciso IV art. 35 da Lei Complementar 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro (“Art. 35. No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público: ... IV – receber diretamente da Polícia Judiciária o inquérito policial, tratando-se de infração de ação penal pública”). O Tribunal reconheceu o caráter procedimental do inquérito e afastou a apontada ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). Entretanto, entendeu violado o § 1º do art. 24 da CF, porquanto o ato atacado dispõe de forma diversa do que estabelecido pela norma geral editada pela União sobre a matéria, qual seja, o § 1º do art. 10 do CPP. (STF, Pleno, ADI 2.886/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/04/2014).

tão-somente para o seu registro, que será efetuado respeitando-se a numeração de origem atribuída na Polícia Federal. A Justiça Federal deverá criar rotina que permita apenas o registro desses inquéritos policiais, sem a necessidade de atribuição de numeração própria e distribuição ao órgão jurisdicional com competência criminal. Após o registro do inquérito policial na Justiça Federal, os autos serão automaticamente encaminhados ao Ministério Público Federal, sem a necessidade de determinação judicial nesse sentido, bastando a certificação, pelo servidor responsável, da prática aqui mencionada. Os autos de inquérito já registrados, na hipótese de novos requerimentos de prorrogação de prazo para a conclusão das investigações policiais, serão encaminhados pela Polícia Federal diretamente ao Ministério Público Federal.

Por sua vez, os autos de inquérito policial que contiverem requerimentos mera e exclusivamente de prorrogação de prazo para a sua conclusão, efetuados pela autoridade policial, serão encaminhados pela Delegacia de Polícia Federal diretamente ao Ministério Público Federal para ciência e manifestação, sem a necessidade de intervenção do órgão do Poder Judiciário Federal competente para a análise da matéria.

A mesma Resolução prevê em seu art. 5º que os advogados e os estagiários de Direito regularmente inscritos na OAB terão direito de examinar os autos do inquérito, devendo, no caso de extração de cópias, apresentar o seu requerimento por escrito à autoridade competente.<sup>51</sup>

---

51. Na visão do TRF da 4ª Região, embora seja juridicamente possível que o magistrado, no livre exercício da atividade jurisdicional, sopesando princípios como economia processual, instrumentalidade, eficiência e celeridade, determine a tramitação direta de inquéritos sob sua jurisdição entre a polícia e o *parquet*, tal não pode ser imposto por resoluções administrativas, atos infralegais, como, por exemplo, a Resolução n. 63 do Conselho da Justiça Federal. Inexistindo na lei determinação de que o Juiz estabeleça a tramitação direta de inquérito policial entre Autoridade Policial e o Ministério Público Federal, e sendo certo que resoluções administrativas não têm o condão de arrear o disposto no art. 10, §3º, do CPP, interferindo no livre exercício da jurisdição, eventual indeferimento dessa tramitação direta não caracteriza inversão tumultuária dos atos para fins de interposição de correição parcial. Nessa linha: TRF4, COR 2009.04.00.044743-5, Oitava Turma, Relator Guilherme Beltrami, D.E. 03/02/2010.

Na visão da 5ª Turma do STJ, não é ilegal a portaria editada por Juiz Federal que, fundada na Resolução n. 63/2009 do Conselho da Justiça Federal, estabelece a tramitação direta de inquérito policial entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. Longe de violar preceitos constitucionais, a tramitação direta de inquéritos entre a Polícia Judiciária e o órgão de persecução criminal traduz expediente que atende à garantia da duração razoável do processo – pois lhe assegura célere tramitação –, bem como aos postulados da economia processual e da eficiência. À evidência, isso não afasta a necessidade de observância, no bojo de feitos investigativos, da chamada cláusula de reserva de jurisdição, qual seja, a necessidade de prévio pronunciamento judicial quando for necessária a adoção de medidas que possam irradiar efeitos sobre as garantias individuais. Ademais, não se pode alegar que haveria violação do princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa ao se impedir o acesso dos autos de inquérito pelos advogados, o que também desrespeitaria o exercício da advocacia como função indispensável à administração da Justiça e o próprio Estatuto da Advocacia, que garante o amplo acesso dos autos pelos causídicos. Isso porque o art. 5º da Res. CJF n. 63/2009 prevê expressamente que “os advogados e os estagiários de Direito regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil terão direito de examinar os autos do inquérito, devendo, no caso de extração de cópias, apresentar o seu requerimento por escrito à autoridade competente”. Não obstante a referida Resolução seja objeto de ação direta de inconstitucionalidade – ADI 4.305 –, o feito, proposto em 2009 pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, ainda está concluso ao relator, não havendo notícia de concessão de pedido liminar. Assim, enquanto não existir manifestação da Corte Suprema quanto ao tema, deve ser mantida a validade da Resolução. Registre-se, ademais, que não se olvida a existência de julgado do STF, nos autos da ADI 2.886, em que se reconhece a inconstitucionalidade de lei estadual que determinava a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, por entender padecer a legislação de vício formal. Apesar de o referido julgamento ter sido finalizado em abril de 2014, convém destacar que se iniciou em junho de 2005, sendo certo que, dos onze Ministros integrantes da Corte (que votaram

ao longo desses nove anos), quatro ficaram vencidos, e que, dos votos vencedores, três ministros não mais integram o Tribunal. Assim, não há como afirmar como certa a possível declaração da inconstitucionalidade da Resolução do CJF objeto da ADI 4.305.<sup>52</sup>

## **12. Momento adequado para a comprovação do triênio de atividade jurídica para fins de ingresso no cargo de Juiz Substituto.**

Pelo menos em regra, o ordenamento pátrio adota como critério de escolha dos juízes o do concurso público de provas e títulos. A despeito de falhas pontuais, o concurso público ainda se revela o melhor critério de escolha, não só porque é extremamente democrático, assegurando oportunidades iguais para todos os candidatos, mas também porque inibe pressões e influências políticas. Sua realização atende, ademais, aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Sobre a obrigatoriedade de realização do certame, dispõe a Constituição Federal que o ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, *exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, 3 (três) anos de atividade jurídica* e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação (art. 93, I). Nos mesmos moldes, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional preceitua que o ingresso na Magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil (LC 35/79, art. 78).

Na visão do Plenário do Supremo, a comprovação do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso no cargo de juiz substituto deve ocorrer no momento da inscrição definitiva no concurso público. Isso porque é importante que todos os candidatos que adentrem na disputa tenham condições para o exercício

52. STJ, 5ª Turma, RMS 46.165/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 19/11/2015, DJe 4/12/2015.

do cargo naquele momento, inclusive para se evitar o óbice do certame em razão de medidas judiciais precárias, voltadas a tratar de excepcionalidades, ou mesmo para se prevenir a existência de cargos vagos *sub judice* por período indeterminado. Além disso, impende observar o princípio da isonomia. Nesse sentido, o edital serve para orientar os potenciais candidatos sobre a possibilidade de serem aprovados, tendo em vista o preenchimento dos requisitos exigidos. Não se pode estimular, assim, aqueles que não atendem às exigências a adentrar no certame, com a esperança de lograrem êxito judicialmente, tendo em vista que houvera outros que, nas mesmas condições, optaram por obedecer à regra prescrita e não efetuaram inscrição. Ademais, definir a data da posse como termo apresenta outro revés, pois privilegia aqueles com pior classificação no concurso, que teriam mais tempo para completar o triênio.<sup>53</sup>

### **13. Recurso de ofício e direito intertemporal.**

No curso do processo penal, é possível que uma lei nova modifique a sistemática recursal, criando ou extinguindo um recurso, ampliando ou diminuindo o prazo recursal, modificando os efeitos ou requisitos de admissibilidade recursal, etc. Daí sobressai a importância de se analisar o direito intertemporal aplicável aos recursos.

A lei que se aplica ao recurso não é aquela em vigor à época do crime, nem tampouco a vigente quando da interposição do recurso, mas sim a que estiver em vigor quando surgir o direito ao recurso, pois é nesse momento que se adquire o direito à observância das normas processuais então vigentes. Em outras palavras, quanto aos recursos, a regra de Direito intertemporal é que a lei vigente no momento em que a decisão recorrível foi proferida deverá continuar a disciplinar o cabimento, os pressupostos de admissibilidade recursal, o procedimento e os efeitos do recurso, mesmo depois do início da vigência da lei nova.<sup>54</sup>

53. STF, Pleno, RE 655.265/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 13/04/2016.

54. Se a lei do recurso é aquela em vigor no momento em que foi proferida a decisão recorrida, resta saber quando se considera proferida a decisão: em se tratando de sentenças escritas, elas se consideram proferidas quando publicadas em cartório (CPP, art. 389).

Logo, valendo-se do exemplo do protesto por novo júri, que foi extinto pela Lei n. 11.689/08 (art. 4º), se o julgamento pelo Tribunal do Júri ocorreu a partir do dia 09 de agosto de 2008, data da vigência do referido diploma normativo, caso seja proferida sentença condenatória a pena igual ou superior a 20 (vinte) anos de reclusão pela prática de um crime, não será cabível o protesto por novo júri, independentemente da data da prática do delito.<sup>55</sup>

Esse raciocínio, todavia, não é válido para o denominado *recurso de ofício*. Como o reexame necessário não é recurso, mas sim condição de eficácia da decisão, porquanto desprovido de voluntariedade, a ele não se aplicam as regras de direito intertemporal vigentes para os recursos.

Assim, na hipótese de haver a extinção de determinada hipótese de cabimento de recurso de ofício, o novo regramento terá aplicação imediata aos processos em andamento. Por consequência, havendo processo pendente no tribunal enviado mediante a remessa necessária do regime antigo, o tribunal não poderá conhecer da remessa se tal causa não mais estiver sujeita ao reexame necessário.

É exatamente isso o que ocorreu com o cabimento de recurso de ofício contra a decisão de absolvição sumária no âmbito do Júri. Como é sabido, a Lei n. 11.689/08 revogou tacitamente o art. 574, inciso I, do CPP, deixando de exigir o reexame necessário para a referida decisão.

Logo, o reexame necessário de decisão absolutória sumária proferida em procedimento do Tribunal do Júri que estiver pen-

---

Essa publicação em cartório, que se dá quando a sentença é entregue nas mãos do escrivão, não se confunde com a intimação da sentença pela publicação na imprensa (art. 370, §1º, do CPP). Essa publicação representa apenas o termo inicial para o exercício do direito de recorrer, que preexiste, nascido no dia em que a decisão foi proferida. Na hipótese de decisões interlocutórias proferidas em audiência, ou das sentenças orais, o próprio dia em que o ato foi praticado será o marco cronológico que define o momento da recorribilidade e, conseqüentemente, a norma aplicável.

55. No sentido de que a exclusão do ordenamento jurídico do protesto por novo júri, nos termos da redação conferida pela Lei n. 11.689/2008, tem aplicação imediata aos processos pendentes em consonância com o princípio *tempus regit actum*, pouco importando o fato de o delito ter sido cometido antes da extinção da referida impugnação: STJ, 6ª Turma, RHC 31.585/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS, j. 22/03/2012, DJe 11/04/2012; STF, 2ª Turma, Ag. Reg. no RE 752.988/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 10/12/2013, DJe 22 31/01/2014.

dente de apreciação após a entrada em vigor da Lei n. 11.689/08, que se deu no dia 8 de agosto de 2008, não deve ser examinado pelo Tribunal *ad quem*, mesmo que o encaminhamento da decisão absolutória à instância superior tenha ocorrido antes da entrada em vigor da referida Lei. Por força do que dispõe o art. 2º do CPP, as normas processuais possuem aplicação imediata quando de sua entrada em vigor. Assim, as remessas necessárias não remetidas aos Tribunais ou não julgadas por estes até 8 de agosto de 2008, data em que a Lei n. 11.689/2008 – que provocou a eliminação do recurso de ofício nos casos de absolvição sumária – passou a ser exigida, em virtude da *vacatio legis* de 60 dias, não podem mais ser apreciadas, uma vez que tal procedimento, necessário apenas para dar eficácia à sentença de absolvição sumária no procedimento do Tribunal do Júri, já não mais está em vigor, por força do princípio *tempus regit actum*. Não obstante a sentença de absolvição sumária e o encaminhamento da remessa necessária ao Tribunal ter ocorrido sob a égide da antiga redação do CPP e o julgamento do recurso de ofício ser posterior à reforma promovida pela Lei n. 11.689/2008, a condição de eficácia da sentença de absolvição sumária não se encontra praticada a tempo, sendo atingida pela nova legislação, tornando-se despicienda. Em outras palavras, o ato processual que serve de parâmetro para verificação da incidência do princípio *tempus regit actum* é o julgamento do recurso de ofício e não o simples encaminhamento do procedimento para o Tribunal. Caso houvesse ocorrido o julgamento antes de 8 de agosto de 2008, não haveria dúvidas acerca da validade do ato, *ex vi* da parte final do art. 2º do CPP.<sup>56</sup>

#### **14. Membros do Ministério Público e vedação ao exercício de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.**

Com o escopo de preservar a própria Instituição do Ministério Público, a Constituição Federal elenca diversas vedações aos seus

56. A propósito: STJ, 5ª Turma, HC 278.124/PI, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09/06/2015, DJe 30/11/2015.

membros. Dentre elas está a de exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério (CF, art. 128, §5º, II, “d”).

O dispositivo constitucional deixa transparecer que a vedação não seria simplesmente ao exercício de “outra função pública”, mas ao exercício de “qualquer outra função pública”, regra cuja única exceção seria a de magistério. A vedação ao exercício de outra função pública vigeria “ainda que em disponibilidade”. Ou seja, enquanto não rompido o vínculo com a instituição.

Com base nesse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou indevida a nomeação de membro do Ministério Público da Bahia para o cargo de Ministro da Justiça. Na visão da Corte, ao exercer cargo no Poder Executivo, o membro do Ministério Público passaria a atuar como subordinado ao chefe da Administração. Isso fragilizaria a instituição Ministério Público, que poderia ser potencial alvo de captação por interesses políticos e de submissão dos interesses institucionais a projetos pessoais de seus próprios membros. Por outro lado, a independência em relação aos demais ramos da Administração Pública seria uma garantia dos membros do Ministério Público, que poderiam exercer suas funções de fiscalização do exercício do Poder Público sem receio de reveses.<sup>57</sup>

## **15. (Im) possibilidade de aplicação do efeito extensivo (CPP, art. 580) fora do âmbito recursal.**

Consectário lógico do princípio da isonomia, do qual deriva a óbvia conclusão de que acusados da prática de um mesmo crime devem ser tratados de maneira semelhante, caso se encontrem em idêntica situação jurídica, o efeito extensivo consiste na possibilidade de se estender o resultado favorável do recurso interposto por um dos acusados aos outros que não tenham recorrido. Por conta desse efeito, a decisão do recurso interposto por um dos acusados no caso de concurso de agentes, *desde que fundada em motivos*

57. STF, Pleno, ADPF 388/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/03/2016.

que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos demais (CPP, art. 580).

Para a incidência do efeito extensivo, não há necessidade de que todos os coautores e partícipes do fato delituoso tenham figurado como acusados no mesmo processo. Na verdade, para a incidência do efeito extensivo, basta que os agentes sejam acusados pela prática do mesmo crime em concurso de agentes, pouco importando se houve a reunião dos processos ou a separação dos feitos.

A despeito de estar previsto no capítulo que trata dos recursos, o efeito extensivo também é aplicável a outras vias impugnativas, como o habeas corpus e a revisão criminal, que não possuem natureza recursal, funcionando como ações autônomas de impugnação.<sup>58</sup>

Na mesma linha, ocorrido o desmembramento de processo penal em que se imputava a dois acusados a prática de homicídio doloso tentado decorrente da prática de “racha”, a desclassificação em decisão do Tribunal do Júri do crime de homicídio doloso tentado para o delito de lesões corporais graves ocorrida em benefício do corréu (causador direto da colisão da que decorreram os ferimentos suportados pela vítima) é extensível, independentemente de recurso ou nova decisão do Tribunal Popular, a outro corréu (condutor do outro veículo) investido de igual consciência e vontade de participar da mesma conduta e não responsável direto pelas citadas lesões. Aplica-se, *in casu*, o quanto disposto no art. 580 do CPP. O fato de a decisão cuja extensão se pretende não ter sido proferida em recurso não inibe que ela seja estendida a corréu. Do contrário, permitir-se-ia que corréus em situação idêntica viessem a ser julgados de forma diferente, o que não condiz com a garantia da equidade. Também se revela indiferente o fato de não se tratar de decisão conflitante proferida por um mesmo júri, até porque, quando a lei determina estender uma decisão proferida em favor

58. No sentido de que o fato de a decisão cuja extensão se pretende não ter sido proferida em recurso não poder inibir que ela seja estendida a corréu: STF, 2ª Turma, HC 101.118 Extn/MS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/06/2010, DJe 159, 26/08/2010. No sentido de ser possível a extensão dos efeitos em sede de habeas corpus, conforme interpretação teleológica e sistemática dos arts. 580 e 654, § 2º, do CPP. IV: STF, 2ª Turma, HC 86.005/AL, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05/08/2008, DJe 043 05/03/2009.

de um corrêu para outro corrêu, a ideia é a de que eles não tenham sido submetidos a uma única decisão, a uma decisão simultânea. Nesse contexto, não se vê como permitir que um dos corrêus corra o risco de sofrer reprimenda diversa daquela imposta ao outro corrêu, sem que haja qualquer motivo que diferencie a situação de ambos os denunciados (não é hipótese de participação de menor importância ou cooperação dolosamente distinta). Acrescente-se que não se vê aqui eventual usurpação da competência do Tribunal do Júri, considerando-se que a decisão que se pretende estender ao paciente foi proferida por um Tribunal leigo.<sup>59</sup>

## **16. Designação de membro do Ministério Público do Estado como Promotor Eleitoral pelo Procurador Regional Eleitoral.**

Ao contrário da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar e da Justiça Estadual, a Justiça Eleitoral não dispõe de um corpo próprio e permanente de magistrados, razão pela qual são utilizados os magistrados da Justiça Federal (Código Eleitoral, art. 25) e da Justiça Estadual (Código Eleitoral, art. 32), por períodos predeterminados.

Na mesma linha, quanto às atribuições do Ministério Público, compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral (LC n. 75/93, art. 72). As funções eleitorais do Ministério Público Federal perante os Juízes e Juntas Eleitorais serão exercidas pelo Promotor Eleitoral. Esse Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público Estadual que officiar junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona.

Na visão do STF, a designação, de membro do Ministério Público local como promotor eleitoral, por Procurador Regional Eleitoral, que é membro do Ministério Público Federal, não afronta

59. Nesse contexto: STJ, 6ª Turma, RHC 67.383/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 05/05/2016, DJe 16/5/2016.

ta a autonomia administrativa do Ministério Público do Estado. Com base nessa orientação, no julgamento da ADI n. 3.802,<sup>60</sup> o Plenário do Supremo reputou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face do art. 79 da LC 75/1993 (“Art. 79. O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona. Parágrafo único. Na inexistência de Promotor que officie perante a Zona Eleitoral, ou havendo impedimento ou recusa justificada, o Chefe do Ministério Público local indicará ao Procurador Regional Eleitoral o substituto a ser designado”). Apesar de haver a participação do Ministério Público dos Estados na composição do Ministério Público Eleitoral, cumulando o membro da instituição as duas funções, elas não se confundiriam, haja vista possuírem conjuntos diversos de atribuições, inclusive, de remuneração. Um recebe pelo Tesouro Estadual, em virtude da função estadual, e o outro, também recebe pelo Tesouro Federal, em razão da atribuição eleitoral. A subordinação hierárquico-administrativa não funcional do promotor eleitoral seria estabelecida em relação ao Procurador Regional Eleitoral, e não em relação ao Procurador-Geral de Justiça. Ante tal fato, nada mais lógico que o ato formal de designação do promotor eleitoral para a função eleitoral seja feita exatamente pelo Ministério Público Federal, e não pelo Ministério Público local. A designação do promotor eleitoral seria ato de natureza complexa, resultado da conjugação de vontades tanto do Procurador-Geral de Justiça, responsável por indicar um membro do Ministério Público estadual, quanto do Procurador Regional Eleitoral, a quem competiria o ato formal de designação. Dessa maneira, o art. 79, “caput” e parágrafo único, da Lei Complementar 75/ 1993, não teria o condão de ofender a autonomia do Ministério Público Estadual, porque não incidiria sobre a esfera de atribuição do “parquet” local, mas sobre ramo diverso da instituição, o Ministério Público Eleitoral. Por consequência, não interviria nas atribuições ou na organização do Ministério Público Estadual.

60. STF, Pleno, ADI n. 3.802/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 10/03/2016.

## 17. Ordem de formulação do quesito absolutório genérico enquanto tese defensiva principal em relação ao quesito da desclassificação.

A tese absolutória de legítima defesa, quando constituir a tese principal defensiva, deve ser quesitada ao Conselho de Sentença antes da tese subsidiária de desclassificação em razão da ausência de *animus necandi*.

De fato, o § 4º do art. 483 do CPP permite a formulação do quesito sobre a desclassificação *antes ou depois do quesito genérico da absolvição*. Essa opção do legislador – no sentido de conferir certa flexibilidade à ordem do aludido quesito da desclassificação – ocorreu tendo em vista eventuais dificuldades que poderiam surgir em alguns casos.

Para afirmar se o quesito sobre a desclassificação deve ser formulado antes ou depois do quesito genérico da absolvição, faz-se necessária a ponderação de dois princípios jurídicos garantidos no art. 5º, XXXVIII, da CF: “a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” e a “plenitude de defesa”.

Por um lado, por força da “competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”, o Conselho de Sentença só pode proferir decisão absolutória se previamente reconhecer a existência de crime doloso contra a vida ou conexo. Nesse sentido, há entendimento doutrinário no sentido de que a desclassificação, em regra, deve ser questionada antes do quesito genérico relativo à absolvição, justamente porque visa firmar a competência do Tribunal do Júri para decidir o delito doloso contra a vida. Por outro lado, em favor da plenitude de defesa, a tese principal deve preceder, em todos os aspectos, as eventuais teses subsidiárias sustentadas na defesa técnica ou na autodefesa.

Sendo assim, considerando o fato de que há norma processual que permite a formulação do quesito sobre a desclassificação antes ou depois do quesito genérico da absolvição, estando a defesa assentada em tese principal absolutória (legítima defesa) e tese subsidiária desclassificatória (ausência de *animus necandi*), a tese principal deve ser questionada antes da tese subsidiária, sob pena

de causar enorme prejuízo para a defesa e evidente violação ao princípio da amplitude da defesa. Além disso, acolhida a tese principal absolutória, inexistente nulidade decorrente da falta do quesito relativo à desclassificação quando proveniente de tese subsidiária, até porque a desclassificação própria – diferentemente da desclassificação imprópria<sup>61</sup> – sequer demanda quesito específico, podendo ser inferida a partir da resposta aos demais quesitos (como ocorre, exemplificativamente, no caso de resposta positiva ao quesito da tentativa, que resulta na afirmação da existência de crime doloso contra a vida por incompatibilidade lógica entre a tentativa e a ausência de *animus necandi*). Além do mais, vale lembrar que o quesito relativo à absolvição é obrigatório, devendo ser formulado independente das teses defensivas sustentadas em Plenário, e sua falta é que induz à nulidade absoluta do julgamento. Por isso, visando conferir maior eficácia ao princípio da plenitude da defesa, deve ser considerada a tese defensiva principal com primazia na aplicação da norma, mormente quando mais favorável ao réu, de modo que a tese de desclassificação, quando subsidiária, deve ser questionada somente após o quesito da absolvição, em caso de resposta negativa, sob pena de, acaso acolhida a tese subsidiária, faltar o quesito obrigatório relativo à tese principal e suprimir do Conselho de Sentença a autonomia do seu veredicto.<sup>62</sup>

61. Parte da doutrina sustenta que a desclassificação própria é aquela que, afastando uma figura indagada (v.g., tentativa de homicídio), não afirma a existência de qualquer figura (lesão corporal leve, grave, etc); já a desclassificação imprópria é aquela que, afastando uma figura indagada (v.g., homicídio doloso), sustenta a existência de outra figura penal (v.g., homicídio culposo). Outros, no entanto, sustentam que a desclassificação própria é aquela em que se nega a competência do Júri para o julgamento do efeito, quando, uma vez afirmado o primeiro quesito (materialidade e autoria), nega-se o segundo quesito (intenção criminosa, no caso da tentativa ou do crime culposo, ou nexos causal). Já a desclassificação imprópria seria aquela em que, afirmados os dois primeiros quesitos e, portanto, reconhecido o crime doloso contra a vida e a competência do Tribunal do Júri, em resposta a algum quesito defensivo (v.g., participação dolosamente distinta ou excesso culposo), reconhece-se que o acusado deve ser punido por outro crime.

62. Com esse entendimento: STJ, 6ª Turma, REsp 1.509.504/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/10/2015, DJe 13/11/2015.

## **18. (Des) necessidade de autorização judicial prévia para a extração de dados e de conversas registradas no *whatsapp* constantes do celular de suposto autor de fato delituoso por ocasião da prisão em flagrante.**

Atualmente, os telefones celulares, em sua maioria, encontram-se conectados à internet de banda larga – os chamados *smartphones* –, e geralmente são dotados de aplicativos de comunicação em tempo real. Isso significa dizer que o acesso a um aparelho de telefonia celular de pessoa presa permite, pelo menos em tese, que a autoridade policial tenha acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como *Whatsapp*, *Viber*, *Line*, *Wechat*, *Telegram*, *BBM*, *Snapchat*, etc., todos eles dotados das mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real.

Por mais que as conversas mantidas por meio desses aplicativos fiquem registradas no aparelho celular, não se pode negar que estamos diante de verdadeira espécie de comunicação escrita, imediata, entre duas ou mais pessoas. Logo, se há necessidade de prévia autorização judicial para a quebra do sigilo do correio telefônico,<sup>63</sup> idêntico raciocínio deve ser aplicado para fins de devassa das conversas mantidas por meio do *whatsapp*, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, e do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/96 (“O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”), pouco importando o fato de o celular do indivíduo ter sido apreendido por ocasião de eventual prisão em flagrante (preventiva ou temporária).

Recentemente, a 6ª Turma do STJ concluiu que, sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no *whatsa-*

63. No sentido de que a quebra do sigilo do correio eletrônico pressupõe prévia autorização judicial: STJ, 6ª Turma, HC 315.220/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/09/2015, DJe 09/10/2015.

pp presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. No caso concreto, teria havido o acesso, mesmo sem ordem judicial, aos dados de celular e às conversas de *whatsapp*. Para o STJ, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação por voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo a verificação de correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. Desse modo, sem prévia autorização judicial, é ilícita a devassa de dados e de conversas de *whatsapp* realizada pela polícia em celular apreendido.<sup>64</sup>

### **19. (In) Suficiência da perícia realizada por amostragem do material apreendido e (des) necessidade de identificação dos titulares dos direitos autorais violados para fins de configuração e comprovação da materialidade do delito de violação de direito autoral.**

De acordo com o art. 525 do CPP, no caso de o crime contra a propriedade imaterial deixar vestígios materiais (v.g., calçado falsificado), impõe-se a realização do exame de corpo de delito, nos termos do art. 158 do CPP. *In casu*, o laudo pericial funciona como verdadeira condição de procedibilidade. Logicamente, se

64. STJ, 6ª Turma, RHC 51.531/RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 19/4/2016, DJe 9/5/2016. No caso *Riley v. California*, a Suprema Corte norte americana concluiu que “telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção”. Há precedentes antigos do STJ e do STF no sentido de que a verificação direta por parte da autoridade policial, sem prévia autorização judicial, exclusivamente das *últimas chamadas efetuadas ou recebidas* pelo agente, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, não configura quebra do sigilo telefônico, pois não houve conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio desses aparelhos celulares, logo, não se trata de prova obtida por meios ilícitos: STJ, 5ª Turma, HC 66.368/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 29/06/2007 p. 673; STF, 2ª Turma, HC 91.867/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012, DJe 185 19/09/2012.

houver o desaparecimento dos vestígios, o exame de corpo de delito deverá ser indireto, isto é, realizado pelos peritos à vista de outros elementos que não o contato direto com o corpo de delito.

À semelhança do que dispõe o caput do art. 159, *caput*, do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.690/08, na hipótese de a perícia ser realizada por perito oficial, ou seja, um funcionário público de carreira que tem a função de realizar perícias determinadas pela autoridade policial ou judiciária, há necessidade de 1 (um) único perito. No entanto, na hipótese de não haver perito oficial, o art. 530-D autoriza a realização do exame pericial por pessoa tecnicamente habilitada, leia-se, por um único perito não oficial. Nesse ponto, o dispositivo diferencia-se do art. 159, §1º, do CPP, que exige 2 (dois) peritos não oficiais caso não haja perito oficial.

Por mais que o art. 530-D do CPP disponha que a perícia deve ser realizada sobre todos os bens apreendidos, a materialidade do crime de violação de direito autoral pode ser comprovada mediante laudo pericial feito por amostragem do produto apreendido, já que basta a apreensão de um único objeto para que, realizada a perícia e identificada a falsidade do bem periciado, tenha-se como configurado o delito em questão. Afinal, há critérios estatísticos aptos a permitir que o perito conclua sobre a falsidade ou autenticidade dos bens a partir de exemplares representativos da amostra apreendida. Revela-se, pois, contraproducente a análise de dezenas ou mesmo de centenas de produtos praticamente idênticos para fins de comprovação da materialidade do delito de violação de direito autoral. Entender de forma diversa o disposto no art. 530-D do Código de Processo Penal apenas dificultaria a apuração do delito em questão e retardaria o término do processo judicial, em inobservância ao princípio constitucional da razoável duração do processo, de modo que a exigência do legislador de que a perícia seja realizada sobre todos os bens apreendidos se presta, na verdade, não para fins de comprovação da materialidade delitiva, mas para fins de dosimetria da pena, mais especificamente para a exasperação da reprimenda-base, uma vez que se mostra mais acentuada a reprovabilidade do agente que reproduz, por exemplo, com intuito de lucro, 500 obras intelectuais, do que aquele que, nas mesmas condições reproduz apenas 20.

Na mesma linha, a simples análise das características externas dos objetos apreendidos já é suficiente, *de per se*, para a aferição da falsidade necessária à configuração desses delitos. Nessa perspectiva, a análise das características externas, tais como a padronização das impressões gráficas, presença de logotipo padrão, códigos IFPI, nome do fabricante, cor do disco, e a conclusão de que os objetos não possuem características de fabricação comuns, são suficientes a atestar a falsificação, até mesmo porque, na maioria dos casos, o conteúdo da mídia falsificada é idêntico ao produto original, situando a diferença unicamente em seus aspectos externos. Ademais, seguindo o intuito da legislação pátria de facilitar o combate à pirataria, não seria razoável exigir minúcias no laudo pericial, como a análise do conteúdo das mídias apreendidas, mesmo porque a caracterização da materialidade delitiva pode ser afirmada até mesmo por exames visuais sobre a mídia fraudada.

Por fim, também se revela dispensável, para fins de configuração do crime de violação de direitos autorais, notadamente da figura do §2º do art. 184 do CP, a identificação individualizada dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente. Isso porque a violação de direito autoral extrapola a individualidade do titular do direito, devendo ser tratada como ofensa ao Estado e a toda a coletividade, visto que acarreta a diminuição na arrecadação de impostos, reduz a oferta de empregos formais, causa prejuízo aos consumidores e aos proprietários legítimos e fortalece o poder paralelo e a prática de atividades criminosas conexas à venda desses bens, aparentemente inofensiva. Além disso, o tipo penal descrito no art. 184, § 2º, do CP, é perseguido, nos termos do art. 186, II, do mesmo diploma normativo, mediante ação penal pública incondicionada, de modo que não é exigida nenhuma manifestação do detentor do direito autoral violado para que se dê início à ação penal. Consequentemente, não é coerente se exigir a sua individualização para a configuração do delito em questão. Saliente-se, ainda, que o delito previsto no art. 184, § 2º, do CP é de natureza formal. Portanto, não demanda, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, o que corrobora a prescindibilidade de identificação dos titulares dos direitos

autorais violados ou de quem os represente para a configuração do crime em questão.<sup>65</sup>

Com base nesse entendimento, a 3ª Seção do STJ deliberou pela aprovação do enunciado da **súmula n. 574**, nos seguintes termos: “Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem”.

## **20. “Confiar veículo a pessoa sem habilitação ou sem condições” (Lei n. 9.503/97, art. 310) como crime de perigo abstrato.**

A espécie *sub examine* está prevista no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro nos seguintes termos: “Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança”.

De acordo com a 3ª Seção do STJ, cuida-se de *crime perigo abstrato*. Destarte, a tipificação do referido delito não demanda a ocorrência de lesão, nem tampouco de perigo de dano concreto. Embora seja legítimo aspirar a um Direito Penal de mínima intervenção, não pode a dogmática penal descurar de seu objetivo de proteger bens jurídicos de reconhecido relevo, como, por exemplo, a segurança do tráfego viário. Não se pode, assim, esperar a concretização de danos, ou exigir a demonstração de riscos concretos, a terceiros, para a punição de condutas que, *a priori*, representam potencial produção de danos a pessoas indeterminadas, que trafeguem ou caminhem no espaço público. Em síntese, mais do que tipificar uma conduta idônea a lesionar, o art. 310 do CTB estabelece um dever de garante ao possuidor do veículo automotor.

65. Com esse entendimento: STJ, 3ª Seção, REsp 1.456.239/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 12/08/2015, DJe 21/08/2015.

É dizer, estabelece um dever de não permitir, confiar ou entregar a direção de um automóvel a determinadas pessoas, indicadas no tipo penal, com ou sem habilitação, com problemas psíquicos ou físicos, ou embriagadas, ante o perigo geral que encerra a condução de um veículo nessas condições.

Com base nesse entendimento, a 3ª Seção do STJ deliberou pela aprovação do enunciado da **súmula n. 575** em data de 22 de junho de 2016, com os seguintes dizeres: “Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo”.

## **21. (Im) possibilidade de manutenção de condenado em regime prisional mais gravoso na hipótese de falta de estabelecimento penal adequado.**

Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento de Recurso Extraordinário (RE 641.320) em que se discutia a possibilidade de cumprimento de pena em regime mais gravoso diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento da pena no regime correto.

Como é sabido, não é raro que o Estado não disponha de estabelecimentos penais adequados (ou de vagas suficientes) para o cumprimento de pena no regime semiaberto ou aberto, o que acaba comprometendo a eficiência do sistema progressivo de cumprimento de penas. Com efeito, apesar de a legislação prever 3 (três) degraus da progressão, os dois últimos praticamente teriam sido abandonados em praticamente todos os estados da federação. Por conta disso, os presos dos referidos regimes estariam sendo mantidos nos mesmos estabelecimentos que os presos em regime fechado.

Todavia, essa manutenção do condenado em regime mais gravoso não se revela condizente com o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) – na fase da execução penal –,

nem tampouco com o princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX). De fato, se o indivíduo faz jus à progressão de regimes, haveria evidente afronta à individualização da pena se ele fosse mantido no regime mais gravoso. A violação ao princípio da legalidade seria ainda mais evidente. Conforme dispõe o art. 5º, XXXIX, da CF, as penas devem ser previamente cominadas em lei. A legislação brasileira prevê o sistema progressivo de cumprimento de penas. Logo, assistiria ao condenado o direito a ser inserido em um regime inicial compatível com o título condenatório e a progredir de regime de acordo com seus méritos. A manutenção do condenado em regime mais gravoso seria, portanto, flagrante hipótese de excesso de execução.

Seria necessário, portanto, verificar o que fazer com os sentenciados se a situação de falta de vagas estiver configurada. A prisão domiciliar seria uma alternativa de difícil fiscalização e, isolada, de pouca eficácia. Todavia, não deveria ser descartada sua utilização, até que fossem estruturadas outras medidas. Desse modo, seria preciso avançar em propostas de medidas que, muito embora não fossem tão gravosas como o encarceramento, não estivessem tão aquém do “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (CP, art. 59). As medidas em questão não pretendiam esgotar as alternativas a serem adotadas pelos juízos de execuções penais no intuito de equacionar os problemas de falta de vagas nos regimes adequados ao cumprimento de pena. As peculiaridades de cada região e de cada estabelecimento prisional poderiam recomendar o desenvolvimento dessas medidas em novas direções. Assim, seria conveniente confiar às instâncias ordinárias margem para complementação e execução das medidas. O fundamental seria afastar o excesso da execução – manutenção do sentenciado em regime mais gravoso – e dar aos juízes das execuções penais a oportunidade de desenvolver soluções que minimizassem a insuficiência da execução, como se daria com o cumprimento da sentença em prisão domiciliar ou outra modalidade sem o rigor necessário.

Com base nesse entendimento, o Plenário do Supremo deliberou pela aprovação do enunciado da **súmula vinculante n. 56**: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a

manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário n. 641.320”.

O Recurso Extraordinário mencionado na súmula fixou os seguintes termos: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, parágrafo 1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

## **22. Prioridade de tramitação dos processos que apuram a prática de crimes hediondos (e equiparados).**

No dia 11 de maio de 2016 entrou em vigor a Lei n. 13.285, que acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 394-A, com os seguintes dizeres: “Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias”.

Trata-se de mais uma norma programática, fruto de um Direito Penal simbólico, que pretende dar ao cidadão uma falsa impressão de que a tramitação prioritária de processos referentes a crimes hediondos poderá resolver o problema da criminalidade do país.

Apesar de o art. 394-A referir-se apenas aos processos que apurem a prática de crime hediondo, parece-nos perfeitamente possível, a título de analogia, a aplicação de seus dizeres a pro-

cessos atinentes aos crimes equiparados a hediondos – tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06), terrorismo (Lei n. 13.260/16) e tortura (Lei n. 9.455/97). Afinal, como se trata de norma genuinamente processual, não há qualquer óbice ao emprego da analogia, nos termos do art. 3º do CPP.

### **23. Tipificação do crime de terrorismo no Brasil.**

Pelo menos até o advento da Lei n. 13.260/16, discutia-se se o crime de terrorismo estaria (ou não) previsto no ordenamento jurídico. Há quem entendesse que o delito de “terrorismo” estaria previsto no art. 20 da Lei n. 7.170/83, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. Eis o teor do referido dispositivo legal: “Art. 20. Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas”.<sup>66</sup>

Apesar de parte da doutrina sustentar que o crime de terrorismo estaria previsto nesse dispositivo legal, no qual o legislador se vale da denominada interpretação analógica, já que, inicialmente, enumera formas de terrorismo como devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, etc., para, depois, fazer menção à expressão genérica *atos de terrorismo*, justificadas pelo inconformismo político ou para a obtenção de fundos voltados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas, sempre nos pareceu que o elemento normativo *atos de terrorismo* constante do art. 20 da Lei n. 7.170/83 é tão vago e elástico que não permitiria ao julgador, por ausência de uma adequada descrição do conteúdo fático desse ato, enquadrar qualquer modalidade da conduta humana. Logo, o crime do art. 20 da Lei n. 7.170/83 não podia e nem pode ser

66. É nesse sentido a lição de Antônio Scarance Fernandes: Considerações sobre a Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990 – Crimes Hediondos”, RT 660, p. 261, 1990.

tratado como terrorismo, sob pena de evidente violação ao princípio da taxatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).<sup>67</sup>

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.260 em data de 17 de março de 2016, a controvérsia chega ao fim.

Regulamentando o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, o art. 2º da referida Lei conceitua o terrorismo nos seguintes termos: “O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública”.

Define, ademais, como atos de terrorismo (Lei n. 13.260/16, art. 2º, §1º, incisos I, IV e V): usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases, tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outro meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa.

Por fim, dispõe expressamente que o crime de terrorismo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades

67. É essa a posição de Alberto Silva Franco: *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei n. 8.072/90*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 109.

constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei (Lei n. 13.260/16, art. 2º, §2º).

Doravante, para além das associações criminosas já tipificadas no nosso ordenamento jurídico – associação criminosa *comum* (CP, art. 288, com redação dada pela Lei n. 12.850/13), associação criminosa para o tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 35), associações criminosas da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83, arts. 16 e 24) e associação para a prática de genocídio (Lei n. 2.889/56, art. 2º) –, também passaremos a ter uma figura associativa voltada para a prática do terrorismo. A propósito, eis a redação do art. 3º da Lei n. 13.260/16: “Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista”.

Especificamente quanto à competência criminal, o art. 11 da Lei n. 13.260/16 dispõe que, para todos os efeitos legais, considera-se que os crimes previstos nesta Lei são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

Aos crimes previstos na Lei de Terrorismo serão aplicáveis as disposições constantes da Nova Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), assim como o regramento constante da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90). No mais, também será cabível a prisão temporária em relação aos crimes previstos na Lei de Terrorismo (Lei n. 7.960/89, art. 1º, III, “p”, com redação dada pelo art. 18 da Lei n. 13.260/16).

## **24. Marco Legal da Primeira Infância e novas hipóteses de prisão domiciliar cautelar.**

Levando em consideração certas situações especiais, de natureza humanitária, a Lei n. 12.403/11 introduziu no Código de Processo Penal (arts. 317 e 318) a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, visando tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido

ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP.

Essa substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar prevista nos arts. 317 e 318 do CPP não se confunde com a prisão domiciliar penal prevista no art. 117 da Lei de Execução Penal. Este dispositivo cuida da possibilidade do recolhimento do beneficiário do regime aberto em residência particular quando se tratar de: I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante. Além das hipóteses previstas no art. 117 da LEP, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime a que faz jus o apenado (v.g, semi-aberto), configura constrangimento ilegal a sua submissão ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprir a reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado.<sup>68</sup>

68. STJ, 5ª Turma, REsp 1.187.343/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17/03/2011, DJe 04/04/2011. E ainda: STJ, 6ª Turma, HC 158.783/RS, Rel. Min. Celso Limongi, Desembargador Convocado do TJ/SP, j. 31/08/2010, DJe 20/09/2010. No sentido de que o condenado em regime semiaberto que faz jus à progressão tem direito a cumprir a pena em prisão domiciliar pelo menos enquanto não surgir vaga em estabelecimento prisional com as condições necessárias ao adequado cumprimento da pena em regime aberto: STJ, 6ª Turma, HC 216.828/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/02/2012. Constatada pelo juízo da execução a inexistência, no Estado-membro, de estabelecimento prisional para cumprimento de pena em regime aberto, nos termos da sentença, permite-se o início do cumprimento em prisão domiciliar, até ser disponibilizada vaga no regime adequado: STF, 1ª Turma, HC 113.334/RS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 18/02/2014). Na visão da 5ª Turma do STJ, a superlotação carcerária e a precariedade das condições da casa de albergado não são justificativas suficientes para autorizar o deferimento de pedido de prisão domiciliar. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 240.715/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/04/2013. A inexistência de casa de albergado na localidade da execução da pena não gera o reconhecimento de direito ao benefício da prisão domiciliar quando o paciente estiver cumprindo a reprimenda em local compatível com as regras do regime aberto. O STJ tem admitido, excepcionalmente, a concessão da prisão domiciliar quando não houver local adequado ao regime prisional imposto. Todavia, na hipótese em que o paciente, em face da inexistência de casa de albergado, estiver cumprindo pena em local compatível com as regras do regime aberto – tendo o juízo da execução providenciado

Com o advento do *Marco Civil da Primeira Infância* – Lei n. 13.257, com vigência em data de 9 de março de 2016 –, para além da mudança da redação do inciso IV do art. 318 do CPP, também foram acrescentadas duas novas hipóteses de cabimento da prisão domiciliar cautelar.

Com a redação dada pela Lei n. 12.403/11, o inciso IV do art. 318 do CPP autorizava a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando a investigada (ou acusada) fosse *gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco*. A partir do advento do *Marco Civil da Primeira Infância*, o inciso IV do art. 318 autoriza a referida substituição quando se tratar de *gestante*. Ou seja, pelo menos de acordo com a nova redação do dispositivo legal, não mais se faz necessária que a gestante esteja no sétimo mês de gravidez ou que sua gestação seja de alto risco. Basta que se trata de *gestante*.

*In casu*, há de se entender que a substituição da preventiva pela prisão domiciliar só deverá ocorrer na hipótese em que o estabelecimento prisional não puder conceder tratamento adequado à gestante. Nesse sentido, como já se pronunciou o STJ, “não há ilegalidade na negativa de substituição da preventiva por prisão domiciliar quando não comprovada a inadequação do estabelecimento prisional à condição de gestante ou lactante da condenada, visto que asseguradas todas as garantias para que tivesse a assistência médica devida e condições de amamentar o recém-nascido”.<sup>69</sup>

---

a infraestrutura necessária, atento ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade –, não se vislumbra o necessário enquadramento nas hipóteses excepcionais de concessão do regime prisional domiciliar. A propósito: STJ, 5ª Turma, HC 299.315/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 18/12/2014, DJe 2/2/2015.

69. STJ, 5ª Turma, HC 328.813/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo – Desembargador convocado do TJ/PE –, j. 1º/10/2015, DJe 08/10/2015. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 231.265/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 18/12/2014, DJe 02/02/2015. Admitindo a substituição de prisão preventiva por domiciliar em relação à acusada de tráfico de drogas em estágio avançado de gravidez – 7 (sete) meses –, sobretudo porque a penitenciária em que ela se encontrava não era dotada de estrutura física para acolhimento de presas nessa condição: STF, 2ª Turma, HC 128.381/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/06/2015, DJe 128 30/06/2015.

A despeito do silêncio do legislador acerca do termo *ad quem* dessa prisão domiciliar, conclui-se que o direito à substituição cessa com o nascimento ou, ao menos, findo o puerpério, que se estende, em média, por cerca de três meses após o parto. Findo esse lapso temporal, a manutenção da prisão domiciliar somente será possível se presente uma das hipóteses do art. 318, incisos III e V, do CPP, leia-se, caso a pessoa seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência ou se for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Para além dessa mudança, foram acrescentados dois novos incisos ao art. 318. Doravante, a prisão preventiva também poderá ser substituída pela domiciliar quando o agente for:

a) **mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (CPP, art. 318, V, com redação dada pelo art. 41 da Lei n. 13.257/16)**: a nova hipótese de substituição da prisão preventiva pela domiciliar visa atender ao melhor interesse da criança (CF, art. 227, *caput*), permitindo que mãe e filho façam uso do direito à convivência familiar em local diverso do cárcere. Também encontra raízes em importante documento internacional intitulado *Regras de Bangkok*, que são *Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Tais Regras propõem um olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.<sup>70</sup>

O novel inciso V do art. 318 do CPP deve ser interpretado com extrema cautela. Isso porque, à primeira vista, fica a impressão de que o simples fato de a mulher ter filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos daria a ela, automaticamente, o direito de

70. Nesse contexto: STF, 2ª Turma, HC 134.734, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30/06/2016. Nos autos do Habeas Corpus n. 134.069/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/06/2016), a 2ª Turma do STF concedeu a ordem para fins de determinar a substituição de prisão preventiva por domiciliar de paciente, acusada de tráfico de drogas, que dera à luz enquanto se encontrava encarcerada, para que a criança e a mãe pudessem permanecer juntas em ambiente que não lhes causasse danos.

ter sua prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar, o que não é correto. Na verdade, se considerarmos que o próprio *Marco Civil da Primeira Infância* introduziu diversas mudanças no CPP, tornando obrigatória a colheita de informações da (o) investigada (o) quanto à existência de filhos, respectivas idades, se possuem alguma deficiência e o nome e o *contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos* (CPP, art. 6º, inciso X, art. 185, §10, art. 304, §4º, todos com redação determinada pelo art. 41 da Lei n. 13.257/16), fica evidente que, para fins de concessão do benefício da prisão domiciliar cautelar, incumbe à interessada comprovar que não há nenhuma outra pessoa que possa cuidar do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Logo, se houver familiares (v.g., avó, tia, pai) em liberdade que possam ficar responsáveis por esse filho, não há por que se determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar;

**b) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (CPP, art. 318, VI, com redação dada pelo art. 41 da Lei n. 13.257/16):** com melhor redação que o inciso anterior, o dispositivo deixa claro que a prisão preventiva só será substituída pela domiciliar quando não houver ninguém que possa assumir os cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Por fim, convém ressaltar que recai sobre o interessado o ônus de comprovar categoricamente uma das situações que autorizam a prisão domiciliar. É nesse sentido, aliás, o teor do parágrafo único do art. 318 do CPP: “Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”. Diversamente do que se dá no âmbito do processo penal condenatório, em que o ônus da defesa é imperfeito, ou seja, basta criar uma dúvida razoável para que o magistrado possa absolver o acusado (v.g., CPP, art. 386, VI, *in fine*), na hipótese de substituição da preventiva pela domiciliar, trata-se de ônus perfeito, ou seja, o *in dubio pro reo* não favorece o agente, daí por que, ausente a comprovação cabal pelo interessado da ocorrência de qualquer das hipóteses listadas no art. 318, deve ser indeferido o pedido.

## 25. (Im) possibilidade de fixação judicial de calendário anual de saídas temporárias para visitação à família do custodiado.

Diversamente da permissão de saída, que é autorizada pelo diretor do estabelecimento prisional (LEP, art. 120, parágrafo único), a saída temporária só pode ser autorizada pelo juízo da execução. A concessão do benefício depende do preenchimento dos seguintes requisitos: I – comportamento adequado; II – cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se primário, e ¼ (um quarto), se reincidente; III – compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Mais do que benesses concedidas ao condenado, as saídas temporárias consubstanciam-se em direito quando cumpridos os requisitos, e visam à sua reinserção gradual na sociedade, sendo uma forma de permitir ao Juiz da execução a análise de sua adaptação ao meio aberto, para concessão de futuros benefícios, como a progressão para o regime aberto ou o livramento condicional. Funcionam, pois, como importante elemento para a consecução das finalidades da execução penal, pois fortalecem os vínculos familiares, além de reduzir as tensões inerentes ao encarceramento. Conquanto o art. 122 da LEP faça referência apenas aos condenados que cumprem pena em regime semiaberto, a doutrina e a jurisprudência sustentam que o benefício também pode ser concedido aos presos do regime aberto. A recusa desse benefício aos presos albergados constituiria verdadeira *contraditio in terminis*, pois conduziria a uma absurda situação paradoxal, vez que aquele condenado que cumpre pena em regime mais grave – semiaberto – teria direito a um benefício legal negado àquele que, precisamente por estar em regime aberto, demonstrou possuir condições pessoais mais favoráveis de reintegração à vida em sociedade. Noutro giro, não se admite a concessão do benefício aos presos do regime fechado, nem tampouco aos presos cautelares.

Há controvérsias acerca da possibilidade de todas as saídas temporárias anuais serem autorizadas de maneira automática a partir de uma só decisão do Juízo da Execução. Sem embargo do entendimento de alguns juízes da execução, é dominante – na

doutrina e na jurisprudência – o entendimento de que o referido benefício tem natureza jurisdicional, insuscetível, pois, de delegação à direção do estabelecimento prisional. A propósito, o art. 66, IV, da LEP, dispõe expressamente que *compete ao juiz da execução autorizar saídas temporárias*. Por sua vez, o art. 123 da LEP dispõe expressamente que a *autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução*, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária. Percebe-se, à evidência, que a autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais, que deve ser motivado com a demonstração da conveniência da medida. É o que preceitua o art. 124 da Lei de Execução Penal, que expressa a necessidade de autorização do Magistrado, após Manifestação do Ministério Público e da Autoridade Penitenciária. Desse modo, é indevida a delegação do exame do pleito à Autoridade Penitenciária, impedindo o *Parquet* de se manifestar quanto à concessão do benefício e, ainda, de exercer a sua função fiscalizadora no tocante à ocorrência de excesso, abuso ou mesmo de irregularidade na execução da medida. A renovação automática das saídas temporárias, deixando a sua fiscalização a cargo do administrador do presídio, contraria, de forma flagrante, a vontade da lei, não bastando o argumento de desburocratização e racionalização do Juízo da Vara de Execuções Criminais.<sup>71</sup> É nesse sentido a orientação consolidada na **súmula n. 520 do STJ**: “O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional”.

Sem embargo da orientação jurisprudencial do STJ no sentido do descabimento da concessão de saídas automatizadas, sendo necessária, pois, a manifestação motivada do juízo da execução, com intervenção do Ministério Público, em *cada* saída temporária, ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal reputam legítima a decisão judicial que estabelece *calendário anual de saídas temporá-*

71. Nesse contexto: STJ, 3ª Seção, REsp 1.176.264/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14/03/2012, DJe 03/09/2012. E ainda: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.050.279/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01/09/2011, DJe 14/09/2011; STJ, 5ª Turma, HC 159.346/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 11/10/2010.

*rias para visita à família do preso*, desde que não haja cometimento de faltas graves pelo custodiado. Não há necessidade de que cada saída seja singularmente motivada, na medida em que um único ato judicial que analise o histórico do sentenciado e estabeleça um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações podem ser revistas na hipótese de cometimento de falta pelo sentenciado, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras. Se, por um lado, a decisão avaliaria a situação contemporânea, afirmando que a saída mais próxima seria recomendável, por outro, projetaria que, se não houvesse alteração fática, as saídas subsequentes também seriam recomendáveis. A expressa menção às hipóteses de revisão deixaria claro às partes que, se surgisse incidente, ele seria apreciado, podendo levar à revogação da autorização. Ademais, a decisão única também permitiria a participação suficiente do Ministério Público, que poderia falar sobre seu cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar por sua revisão. De mais a mais, na medida em que as decisões pudessem ser concentradas, sem perda substancial de qualidade, seria recomendável que assim se fizesse. Se a força de trabalho não fosse usada com eficiência, provavelmente os pedidos de autorização de saída só seriam apreciados após a data da saída pretendida. A rigor, esse direito seria negligenciado. Logo, é perfeitamente possível que o juiz das execuções penais defira autorizações de saída para visita periódica à família do apenado, fixando, por exemplo, desde logo, calendário com as saídas autorizadas: duas mensais, além de aniversário, páscoa, dia das mães e dos pais, natal e ano novo.<sup>72</sup>

## **26. Natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado.**

De maneira inovadora, a Lei n. 11.343/06 passou a prever uma causa de diminuição de pena em seu art. 33, §4º, nos seguintes termos: “Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada

72. A propósito: STF, 2ª Turma, HC 128.763/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/08/2015; STF, 1ª Turma, HC 130.502/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/06/2016.

a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução n. 5, de 2012)”. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização.<sup>73</sup>

Apesar de muitos se referirem a este dispositivo com a denominação de *tráfico privilegiado*, tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se apenas a prever a possibilidade de diminuição da pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase do cálculo da pena no sistema trifásico de Nelson Hungria (CP, art. 68).

Na visão do STJ, a presença dessa causa especial de diminuição de pena não afasta a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas. A propósito, eis o teor da **súmula n. 512 do STJ**: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”. A 1ª Turma do STF também compartilhava desse entendimento.<sup>74</sup> Não mais.

Em recente julgado – HC 118.533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/06/2016 –, o Plenário do STF alterou seu entendimento para concluir que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/2006. Para o STF, apenas as modalidades

73. Para mais detalhes acerca dessa figura *privilegiada*, remetemos o leitor ao nosso *Legislação Criminal Especial Comentada* (Salvador: Editora Juspodivm, 2016).

74. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, RHC 118.099/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04/02/2014.

de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, “caput” e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. A Corte observou que, no caso do tráfico privilegiado, a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstrariam o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição dessas pessoas. Não se poderia, portanto, cancelar-se a hediondez a essas condutas, até mesmo porque a etiologia do crime privilegiado seria incompatível com tal natureza. Além disso, os Decretos 6.706/2008 e 7.049/2009 beneficiaram com indulto os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado, a demonstrar inclinação no sentido de que esse delito não seria hediondo. Demais disso, se o crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, seria no mínimo contraditório que o tráfico privilegiado fosse etiquetado como tal, porquanto estar-se-ia conferindo ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual.