

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça

Direito Processual Penal. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Petição inicial. Prova testemunhal. Apresentação do rol de provas a serem produzidas e das testemunhas a serem ouvidas.

1. Nos termos do artigo 284 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal, por força do artigo 3º do Diploma Processual Penal, “verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 dias”.

2. O nosso sistema processual é informado pelo princípio da cooperação, sendo pois, o processo, um produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, onde 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 julgamento do mérito.

3. “A circunstância de haver o Ministério Público protelado a apresentação do rol de testemunhas não configura, por si só, nulidade, pois as testemunhas arroladas intempestivamente pelas partes podem ser ouvidas pelo juiz, como se fossem suas (RHC n. 86.793/STF, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 18/11/2005)”.

4. A intimação do Ministério Público para que este indique as provas que pretende produzir em Juízo e a juntada do rol de testemunhas pela acusação, após a apresentação da denúncia mas antes da formação da relação processual, não enseja nenhum prejuízo à defesa que tem amplas possibilidades de contraditar os elementos probatórios até então requeridos. De fato, não se proclama uma nulidade sem que se tenha verificado prejuízo concreto à parte, a teor do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Recurso em *habeas corpus* improvido.

(STJ – 5.ª T. – RHC – 37587 – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 16.02.2016 – public. 23.02.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3413**)

Anotação

Simbioses e parasitismos na ciência processual. As indevidas interações entre os processos civil e penal

Marcos Zilli

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Simbioses e parasitismos na ciência processual. As indevidas interações entre os processos civil e penal

Marcos Zilli _____ 1925

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1928

Superior Tribunal de Justiça _____ 1928

Tribunais Regionais Federais _____ 1930

Tribunais de Justiça _____ 1931

Como se sabe, a afirmação da autonomia do direito processual foi fundamental para a construção de princípios que outorgaram à ciência processual independência metodológica frente ao direito

material. A teoria geral do processo é apenas um exemplo – quiçá o mais significativo – das novas fronteiras do conhecimento que se abriram. O reconhecimento de uma base doutrinária comum às manifestações processuais é, sem dúvida, noção profícua. Afinal, esclarece o funcionamento da jurisdição, revelando a força da ação processual e o dinamismo da relação que, a partir dela, se instaura. Mas, é próprio do movimento científico o fenômeno pendular. A força que leva à superação de um estágio impulsiona o pêndulo ao extremo oposto. É aqui que residem os riscos dos exageros.

Se for correto afirmar a existência de uma raiz comum às manifestações processuais, não menos certa será a preservação das identidades próprias. Isto vem se mostrando particularmente significativo na doutrina processual penal que, há tempos, chama a atenção para os perigos provocados pelos reducionismos e pela importação automática de conceitos e institutos que, a despeito da operatividade no processo civil, têm uma incidência cercada de dúvidas na seara penal.⁽¹⁾ Os riscos não residem no reconhecimento de uma base doutrinária comum, mas sim na amplitude que se queira emprestar a esta base. Assim, a interação entre os processos, de profícua e simbiótica, poderá redundar em um parasitismo.

No processo penal, mais do que no civil, a dimensão política é escancarada. Afinal, é por ele que o monopólio estatal do uso legítimo da violência busca realização. O seu impulso é dado pela necessidade de satisfação do poder-dever punitivo, o qual não vê outra forma de concretização a não ser pela via processual.⁽²⁾ Assim, ao mesmo tempo em que expressa o exercício de poder, o processo penal atua como instrumento limitador, impedindo, dessa forma, a realização automática do direito penal.

A historiografia do processo penal endossa a importância do fator político em sua formação. De fato, a experiência revela uma intimidade promíscua entre os regimes autoritários e as formações autoritárias da persecução. Nesses casos, o Estado que se legitima pela força exige um processo que viabilize o exercício do poder-dever punitivo. Impera aqui uma visão monocromática do processo penal, a qual é dirigida por uma busca incessante da eficiência punitiva.

A guinada histórica deu-se com a consagração do pensamento iluminista revolucionário. É nele que repousa a fonte concepcional do processo como garantia e, portanto, como instrumento limitador do poder. O novo desenho processual expressa, assim, a vitória da relação política fundada na perspectiva *ex parte populi* – proeminência da liberdade – a qual supera a visão *ex*

parte principis – proeminência do domínio e da sujeição. A revalorização da cartilha processual acusatória, a exaltação da presunção de inocência como princípio vetor do processo penal e o reposicionamento do acusado como sujeito – e não como mero objeto – da persecução são valores que lá se consagraram, informando o desenho processual penal da modernidade. Somos legatários daqueles valores. Aliás, ainda testemunhamos a força irradiadora daquela energia. É o exemplo do direito internacional dos direitos humanos e o reconhecimento, neste campo, de várias garantias do justo processo penal.

É por isso, e por tantas outras razões, que a doutrina afirma a existência de um devido processo penal.⁽³⁾ Reconhece-se, assim, uma dinâmica própria a este ramo do processo, a qual é guiada pelo embate entre dois interesses públicos: satisfação do poder-dever punitivo e resguardo da liberdade. Assim, o transplante automático de soluções operadas do processo civil para o penal é problemático, quando não equivocado. Nesse passo, e tomando por base a recente decisão proferida pelo STJ quando do julgamento do *RHC 37.587/SC*, há que se chamar a atenção para três aspectos vitais do processo penal: a roupagem acusatória, a tendência “adversarial” e a dinâmica da isonomia. Enquanto as duas primeiras são estruturais, a última é orientativa da relação entre as partes e destas com o juiz.

O rótulo acusatório é cercado de dúvidas quanto aos seus elementos definidores. De fato, os estudos em direito comparado revelam o quão problemática tornou-se a definição desta categoria à medida que diferentes aspectos nela foram inseridos.⁽⁴⁾ Há que se tomar, portanto, um denominador comum que resgate a compreensão do movimento histórico do processo penal. Assim, o modelo acusatório é, fundamentalmente, aquele que distancia o julgador da atividade acusatória, a qual é reservada para um órgão próprio.⁽⁵⁾ Opõe-se, portanto, à noção de processo inquisitório, onde há a concentração de poderes na figura do julgador.

A questão, de qualquer modo, não se restringe ao mero jogo de palavras. Na verdade, tem efeitos concretos na definição dos poderes, atribuições e funções entre os sujeitos processuais. São vedadas, portanto, quaisquer atuações do julgador que o aproximem da atividade reservada ao acusador. A este incumbe, por essência, a apresentação da ação penal, a qual contém a tese acusatória (imputação). Mais do que isto, compromete-se o acusador a sustentá-la e a demonstrá-la. É o ônus probatório que sobre ele recai.⁽⁶⁾ Não há como se considerar o processo penal de forma diversa. Até mesmo porque, sobre o acusado recai o manto protetivo da presunção da inocência. Logo, qualquer condenação somente é possível quando aquele manto for retirado, tarefa que, repita-se, é imposta ao acusador. Não há, pois, compartilhamento de ônus probatório no processo penal.

O nosso sistema abraçou o modelo acusatório ao consagrar a titularidade privativa da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I, CR). A proclamação, por si, já implicaria inúmeras consequências no desenho processual e que independeriam de expressa reforma na legislação pertinente. Bastaria ao julgador vivificar a normativa processual à luz do padrão constitucional. Trata-se, aliás, de realidade jurídica que foi reconhecida pelo projeto do novo Código de Processo Penal ao proibir qualquer atividade instrutória do julgador que viesse a substituir a atividade probatória reservada à acusação.⁽⁷⁾ E, de fato, esta é

uma verdade que emana do sistema acusatório: não cabe ao juiz suprir omissões da parte acusadora no campo probatório.

Não se quer com isto afastar a existência dos poderes instrutórios reservados ao julgador. Não há incompatibilidade entre aqueles poderes e o processo penal de matriz acusatória como erroneamente se apregoa.⁽⁸⁾ A bem da verdade, a questão é de intensidade. Aliás, foi a preocupação com esta mesma intensidade que norteou a reforma processual de 2008,⁽⁹⁾ quando acenos foram feitos em direção ao processo de formatação “adversarial”.

Aqui, deparamo-nos, uma vez mais, com importante categorização no estudo comparativo. A estrutura “adversarial” – que não se confunde com o processo acusatório⁽¹⁰⁾ – indica a dinâmica que norteia a atividade probatória. O protagonismo cabe às partes. Na verdadeira trama “adversarial”, acusador e acusado incorporam o enredo do duelo, elegendo as armas (meios de prova) para o enfrentamento. O juiz é mero árbitro e, dessa forma, não intervém na atividade probatória, a não ser para fiscalizar os rumos da contenda. Para o purismo “adversarial”, a passividade do julgador é garantia de sua imparcialidade.⁽¹¹⁾ Vem daí a ojeriza aos poderes instrutórios do juiz.

A reforma de 2008 não incorporou, em sua plenitude, a estrutura “adversarial”, muito embora tenha abraçado algumas de suas características. O protagonismo da atividade probatória está nas mãos das partes, o que é especialmente ilustrado pelo direcionamento da produção da prova oral. Com efeito, a exploração desta prova é inaugurada pelas partes que assim procedem diretamente⁽¹²⁾ e, portanto, sem submissão à filtragem do julgador.⁽¹³⁾ A este, note-se, foi reservada uma atuação complementar, a qual é informada pela necessidade de esclarecimentos sobre pontos já expostos pela testemunha. Tais mudanças são significativas. Superam o mito construído de que a prova tem como destinatário exclusivo o juiz. Na verdade, muito embora a prova tenha por foco o processo, são as partes as grandes interessadas. Afinal, são elas que buscam pender a balança para um dos lados da disputa, o que é feito com o peso das provas. O acusador busca demonstrar a veracidade da imputação. O acusado simplesmente reage, suscitando dúvidas sobre as provas.

A dialética processual, reforçada em 2008, submete-se ao princípio vetor da igualdade. Não se trata, contudo, de uma igualdade estática. Até mesmo porque, no processo penal, as partes não se encontram em posições equiparadas. Assim, o tratamento paritário submete-se a um dinamismo suficientemente capaz de minimizar o desnível da parte que se encontre em posição inferiorizada.⁽¹⁴⁾ E, nesse sentido, é mais do que evidente a fragilidade da posição processual ocupada pelo acusado. Afinal, o órgão oficial conta com o aparato estatal a amparar a sua atividade. Mais do que isto, a ele é permitido o acompanhamento de toda a fase preliminar de investigação, com a possibilidade, inclusive, de interferir em seu encaminhamento. Logo, ao ofertar a acusação, deve o acusador indicar a prova oral com a qual pretenda demonstrar a veracidade de sua imputação. A preclusão aqui não é mera formalidade. É consagração da isonomia processual.

Assim, a concessão de prazo para a emenda da denúncia visando à inclusão de rol de testemunhas sobre o qual se olvidou a acusação é medida equivocada. Tanto equivocada quanto a

busca de amparo normativo na legislação processual civil. É que o silêncio do CPP não foi accidental. Ele respeita a estrutura lógica da persecução penal. É silêncio ruidosamente proibitivo.

Em primeiro lugar, a omissão não induz à inépcia. Ora, não se trata de falha gritante na exposição da narrativa acusatória que se mostre impeditiva do exercício da ampla defesa. Tampouco evidencia carência da ação ou falta de pressuposto processual. Não toca, igualmente, a justa causa. Até mesmo porque, o juízo de admissibilidade da acusação é formado com base nos elementos informativos colhidos na fase da investigação e nas provas cautelares, antecipadas ou irrepetíveis ali obtidas. Não é, destarte, questão que induza a rejeição liminar da denúncia. E ainda que assim não fosse, ao juiz não restaria alternativa a não ser a própria rejeição, conforme revela a redação dada ao art. 396 do CPP.

Nem se alegue que a atuação do julgador estaria alimentada pelos princípios superiores da economia processual, evitando, assim, o desprendimento de excessiva energia com o ajuizamento de nova ação penal. O argumento encontra eco em um processo entre particulares no qual uma das partes – autora – já carrega consigo os prejuízos da insatisfação do direito material que a impelem a buscar auxílio ao Judiciário. No processo penal a lógica é outra. É por ele que se canaliza o exercício de poder punitivo. A ameaça da sanção penal, ainda que legítima, está sujeita a prazos, formas e modos. O interesse em preservá-los não é do Estado-juiz, mas sim do órgão público encarregado da persecução. Esta é a leitura emancipadora da passagem do modelo inquisitório para o acusatório.

Em realidade, a omissão na indicação da prova oral leva à preclusão e, portanto, ao impedimento do acusador se valer daquelas provas ao longo do processo. Note-se que o impedimento não se estende aos demais meios de prova, como é o caso, especialmente, da prova documental. De qualquer modo, a omissão não é hipótese ensejadora da extinção anômala do processo penal, o qual deve ter sequência rumo ao julgamento do mérito. É bastante provável que as chances de procedência reduzam-se, o que, de qualquer forma, há de ser imputado ao desempenho falho do acusador na desincumbência do ônus que sobre ele recai. Raciocínio diverso implicaria desconsideração da preclusão, representando ataque frontal ao princípio da igualdade, o que se torna ainda mais problemático quando se cria uma segunda chance em prejuízo de parte que, naturalmente, surge inferiorizada no duelo processual.

Tampouco reforça a validade da medida o argumento segundo o qual o juiz poderia determinar, de ofício, a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes. A possibilidade existe, é fato. Ocorre que os poderes instrutórios do julgador são previstos em um roteiro complementar, o que se torna ainda mais evidente em um processo que faz acenos à fórmula “adversarial”. Ou seja, somente se aperfeiçoam em um quadro dirigido ao esclarecimento de algum ponto duvidoso e que assim se mantém a despeito da atividade probatória reservada por natureza e primazia às partes.

Na verdade, quando o juiz supre a omissão da parte acusadora na postulação probatória, aproxima-se de atividade que é reservada

ao acusador e, dessa forma, compromete o modelo acusatório, o qual goza de envergadura constitucional. Ademais, subverte o sentido “adversarial”. Nesse passo, a dinâmica do duelo entre dois adversários é comprometida já que o julgador imiscui-se na luta, não para reestabelecer a igualdade, mas sim, para acentuar a desigualdade em prejuízo de parte que, reconhecidamente, é menos favorecida. O duelo transmuda-se para uma luta em que um dos polos contará com a contribuição do julgador. É uma patologia que tem no seu nascedouro uma má compreensão das interações entre os processos civil e penal, retirando do último muito de seus nutrientes.

Notas

- (1) Nesse campo, destacam-se os trabalhos desenvolvidos por Rogério Lauria Tucci (*Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo. Estudo sistemático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002) e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (*A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989).
- (2) Por isso que o direito penal é de coação indireta.
- (3) BERTOLINO, Pedro. *El debido proceso penal*. La Plata: Platense, 1986.
- (4) Nesse ponto, sem dúvida, a lição de Mirjan Damaska é primorosa. Ver, especialmente: *Evidence law drift*. New Haven: Yale University, 1997.
- (5) No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 7, n. 27, jul.-set., 1999; e ZILLI, Marcos. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- (6) MALIVERNI, Alessandro. *Principi del proceso penale*. Torino: Giappichelli, 1972, p. 476; BADARÓ, Gustavo. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 227.
- (7) Conforme preceitua a redação do art. 4º do Projeto de Lei 8045/2010. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F86ECD906C1B9F41BD77011744EA2B85.proposicoesWeb2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010. Acesso em 20.04.2016.
- (8) Veja-se, a propósito: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa...*, op. cit. e ZILLI, Marcos. *A iniciativa...*, op. cit., p. 124.
- (9) Lei 11.690/08, que alterou, substancialmente, a parte relativa às provas do CPP.
- (10) Não se poderia deixar de fazer referência, novamente, à obra de Mirjan Damaska, em especial: *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 121, p. 506-589, 1973.
- (11) STRIER, Franklin. *Reconstructing justice: an agenda for trial reform*. Chicago: University of Chicago, 1996, p. 36.
- (12) Conforme nova redação dada ao art. 212 pela Lei 11.690/08.
- (13) No sistema original do CPP, vigorava o sistema presidencialista, em que as perguntas às testemunhas eram requeridas ao juiz, que, na sequência, as formulava à testemunha.
- (14) Como bem anota Ada Pellegrini Grinover: “A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial”. (Princípios e garantias constitucionais. In: *O processo: III série: estudos e pareceres no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 15).

Marcos Zilli

Juiz de Direito.

Professor de Direito Processual Penal dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Direito Processual Penal. Competência dos tribunais superiores. Crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral. Crimes contra a administração pública. Peculato. Crimes contra o procedimento licitatório.

1. Nos termos do art. 230-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, havendo deslocamento de competência para o STF, a ação penal deve prosseguir no estado em que se encontra, preservada a validade dos atos já praticados na instância anterior, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*. 2. De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal não pode permitir que uma ação penal inviável prossiga, pelo só fato de recebê-la no estado em que se encontra, sob pena de manifesto constrangimento ilegal ao réu. Precedente. 3. Não bastasse isso, o prosseguimento do feito acarretaria a desnecessária prática de inúmeros atos de instrução, como a inquirição de testemunhas e a produção de perícias onerosas, relativamente a uma pretensão acusatória natimorta. 4. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime, bem como de indícios razoáveis de autoria. Precedentes. 5. O acusado, à época da concorrência, da assinatura do contrato e de seus aditivos, de sua execução, das medições de obra e dos pagamentos à contratada, não mais era o chefe do Poder Executivo, por haver renunciado a seu mandato. 6. Portanto, além de não subsistir relação de subordinação hierárquica com os responsáveis pela licitação, o acusado não mais detinha qualquer poder de mando sobre o curso do procedimento licitatório ou sobre a execução do contrato ora hostilizado. 7. O simples fato de ser governador à época em que a Secretária de Estado firmou o convênio em questão não atrai a sua responsabilidade penal pela fraude à licitação subsequente e pelo desvio de verbas na execução do contrato. 8. *Mutatis mutandis*, “a mera subordinação hierárquica dos secretários municipais não pode significar a automática responsabilização criminal do Prefeito” (AP nº 447/RS, Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 29/5/09). 9. À míngua de elementos probatórios concretos, constitui mera criação mental da acusação a pretensa relação de causalidade entre as doações eleitorais feitas ao réu e seu suposto concurso para a fraude à licitação e o desvio de recursos públicos. 10. Questão de ordem que se resolve pela concessão de *habeas corpus*, de ofício, em favor do acusado, para rejeitar a denúncia, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP).

(STF – 2.ª T. – AP 913 – rel. **Dias Toffoli** – j. 17.11.2015 – public. 15.12.2015 – **Cadastro IBCCRIM 3414**)

Pesquisadora: Vivian Peres da Silva

1928

Superior Tribunal de Justiça

Direito Processual Penal. Pressupostos processuais. Decisão sem fundamentação. Princípio da motivação do ato judicial. Garantia da necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Garantia da necessidade de motivação das decisões judiciais. Nulidade dos atos processuais.

(...) 3. Caso em que o julgador, nem mesmo de forma concisa, ressaltou a presença dos requisitos viabilizadores da ação penal.

Direito Penal. Antecedentes. Maus antecedentes. Princípio da proporcionalidade. Relação equilibrada entre gravidade do fato e a gravidade da pena. Princípio da dignidade da pessoa humana.

(...) 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida.

(STF – 2.ª T. – HC 126315 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 15.09.2015 – public. 07.12.2015 – **Cadastro IBCCRIM 3415**)

Pesquisadora: Vivian Peres da Silva

Direito Processual Penal. Nulidade dos atos processuais. Vício processual. Interceptação de comunicação informática ou telemática. Lei de interceptação da comunicação telefônica. Quebra de sigilo das comunicações telefônicas.

1. A denúncia preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, individualiza a conduta do denunciado no contexto fático, expõe de forma pormenorizada todos os elementos indispensáveis à demonstração de existência, em tese, do crime de tráfico de influência, sem apresentar a contradição apontada pela defesa. 2. A prova encontrada, fortuitamente, durante a investigação criminal é válida, salvo se comprovado vício ensejador de sua nulidade. 3. Nulidade da interceptação telefônica determinada por autoridade judicial incompetente, nos termos do art. 102, inc. I, al. b, da Constituição da República e do art. 1.º da Lei n. 9.296/1996. 4. Ausência de remessa dos autos da investigação para o Supremo Tribunal Federal, depois de apresentados elementos mínimos caracterizadores da participação, em tese, de Ministro do Tribunal de Contas da União e de membro do Congresso Nacional na prática de ilícito objeto de investigação. 5. Contaminação das provas produzidas, por derivação, por não configuradas as exceções previstas no § 1º e no § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal. 6. Denúncia rejeitada, por não estar comprovada, de forma lícita, a existência de justa causa para o exercício da ação penal, caracterizando a hipótese prevista no art. 395, inc. III, daquela lei processual.

(STF – 2.ª T. – Inq. 3732 – rel. **Cármen Lúcia** – j. 08.03.2016 – public. 22.03.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3416**)

Pesquisadora: Vivian Peres da Silva

Deixou de verificar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, tampouco tratou da existência de justa causa para o exercício da ação penal, limitando-se a cuidar da presença dos pressupostos intrínsecos à peça processual, nestes termos: “Recebo a denúncia, pois a peça acusatória preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP”. 5. “A falta de fundamentação não se confunde com a fundamentação sucinta. Interpretação que se

extrai do inciso IX do art. 93 da CF/88” (STF, Segunda Turma, AgRg no HC-105.349/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 17/2/2011). (...) 7. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para declarar a nulidade da decisão de recebimento da denúncia, sem prejuízo da prolação de nova decisão, desde que devidamente fundamentada.

(STJ – 5.ª T. – HC 345116 – **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 16.02.2016 – public. 23.02.2016 – **Boletim IBCCRIM 3417**)

Pesquisador: Fábio Suardi D’Elia

Direito Processual Penal. Princípio do devido processo legal. Habeas corpus. Exame de provas em habeas corpus. Retorno dos autos ao tribunal competente.

(...) 2 - Tratando-se a apelação de recurso de ampla devolutividade, inaceitável é que a Corte *ad quem* julgue a irresignação apenas com base no que consignado na sentença, sem o exame das provas produzidas nos autos, mesmo que a pretexto de falta de condições técnicas para apreciação dos registros audiovisuais, onde constavam relevantes provas, como o interrogatório do réu, as declarações da vítima e o depoimento das testemunhas, devendo ser reconhecida a ofensa ao duplo grau de jurisdição. 3 - *Habeas corpus* não conhecido, mas, de ofício, concedida a ordem para anular o julgamento da Apelação n. 0077546-98.2011.8.26.0050, determinado-se que o Tribunal de origem promova novo exame do apelo nobre, devendo o paciente ser colocado em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso, em vista do excesso de prazo da preventiva.

(STJ – 6.ª T. – HC 263339 – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 05.04.2016 – public. 18.04.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3418**)

Pesquisador: Ricardo Lobo

Direito Penal. Responsabilidade criminal do policial. Processo disciplinar administrativo contra policial. Crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral. Tortura. Perda de cargo, função ou emprego público do agente público.

(...) Conclusão: violência policial arbitrária é ato que viola frontalmente os mais elementares princípios da Administração Pública. 14. A violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas sim contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade. Tanto assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322, do Código Penal, que integra o Capítulo I (“*Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública, grifo acrescentado*”), que por sua vez está inserido no Título XI (“*Dos Crimes contra a Administração Pública*”), e também nos artigos 3º e 4º da Lei 4.898/65, que trata do abuso de autoridade. 15. Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e “*justiciamento*” –, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança simultaneamente interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito. Nesse sentido: REsp 1081743/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2015, acórdão ainda não publicado. 16. Recurso Especial conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja recebida a petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa.

(STJ – 2.ª T. – REsp. 1177910 – rel. **Herman Benjamin** – j. 26.08.2015 – public. 17.02.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3419**)

Pesquisadora: Thaís Marcelino Resende

Direito Penal. Exercício ilegal da medicina, da odontologia ou da farmacêutica. Crimes contra a saúde pública. Norma penal em branco. Complementação da norma penal.

(...) 4. No que concerne ao crime de exercício ilegal da medicina, ausente complementação da norma penal em branco, por ausência de regulamentação acerca do exercício da acupuntura, a conduta é atípica. 5. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o indiciamento, após o recebimento da denúncia, configura constrangimento ilegal, pois esse ato é próprio da fase inquisitorial. 6. Recurso improvido, mas, de ofício, concedida a ordem para trancar a ação penal em relação ao delito descrito no art. 282 do Código Penal e cassar a decisão que determinou o indiciamento formal da paciente.

(STJ – 6.ª T. – RHC 66641 – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 03.03.2016 – public. 10.03.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3420**)

Pesquisadora: Thaís Marcelino Resende

Direito Processual Penal. Meios de Prova. Prova indiciária. Princípio do contraditório. Decisão com base em prova sem contraditório.

1. O reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva somente quando corroborado por outras provas, colhidas sob o crivo do contraditório. 2. O reconhecimento do paciente por fotografia – realizado na fase do inquérito –, sem observância das regras procedimentais do art. 226 do CPP, não foi repetido em Juízo ou referendado por outras provas judiciais, inidôneo, portanto, para lastrear a condenação em segundo grau. Na fase judicial, a vítima apenas confirmou o boletim de ocorrência e o reconhecimento em si, mas não identificou novamente o acusado, nem sequer por meio de imagem. 3. Não pode ser validada à condenação, operada em grau de recurso por órgão colegiado distante da prova produzida pelo Juiz natural da causa, baseada única e exclusivamente em reconhecimento fotográfico realizado na polícia, sem respeito às fórmulas do art. 226 do CPP. Não se trata de negar validade ao depoimento da vítima e, sim, de negar validade a condenação baseada em elemento informativo colhido em total desacordo com as regras probatórias e sem o contraditório judicial. 4. Sob a égide de um processo penal de cariz garantista, que nada mais significa do que concebê-lo como atividade estatal sujeita a permanente avaliação de conformidade com a Constituição (“*O direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado*”, dizia-o W. Hassemer), busca-se uma verdade processual onde a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo vincula-se a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional. 5. Não é despidendo lembrar que, em um modelo assim construído e manejado, no qual sobrelevam princípios e garantias voltadas à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes no espírito do julgador hão de merecer solução favorável ao réu (*favor rei*). Afinal, “*A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune*” (LUIGI FERRAJOLI). 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a condenação do paciente, restabelecer a sentença absolutória e ordenar sua soltura, salvo se por outro título judicial estiver preso.

(STJ – 6.ª T. – HC 232960 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 15.10.2015 – public. 06.11.2015 – **Cadastro IBCCRIM 3421**)

Pesquisadora: Vivian Peres da Silva

Execução penal. Estrangeiro. Expulsão. Decreto administrativo de expulsão de estrangeiro. Estatuto da Criança e do adolescente. Doutrina da proteção integral.

1. Não cabe intervenção de terceiros, no caso a União, no processo de *Habeas Corpus*, por se tratar de rito célere, sumaríssimo e de proteção urgente ao direito de ir e vir. Precedentes do STJ. 2. Preenche um dos requisitos da não-expulsão a existência de filhos, mesmo que o parto tenha ocorrido depois do decreto expulsório. No presente caso, porém, a primeira filha da paciente nasceu antes do decreto de expulsão. 3. Os princípios da proteção integral e da manutenção do convívio familiar a que se referem o art. 227 da Constituição Federal e o princípio da preservação das relações pessoais familiares a que se refere a Convenção da ONU sobre os direitos da criança correm o risco de violação se concretizada a expulsão da mãe de quatro crianças nascidas no Brasil, atualmente com idade entre 4 e 14 anos. 4. Reconhecimento pela autoridade impetrada, com base em posição do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, de que, independentemente da averiguação quanto à dependência econômica, não se promove a expulsão, quando se tratar de estrangeira com prole no Brasil. 5. O Parecer do Ministério Público Federal, da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República, Brasilino Pereira dos Santos, é pela concessão da ordem. 6. *Habeas Corpus* concedido para anular o Decreto de expulsão.

(STJ – 1.ª S. – HC 304112 – rel. **Napoleão Nunes Maia Filho** – j. 14.10.2015 – public. 22.10.2015 – **Cadastro IBCCRIM 3422**)

Pesquisadora: Vivian Peres da Silva

Direito Processual Penal. Tribuna do Júri. Pronúncia. Prova testemunhal. Prova testemunhal produzida apenas na fase inquisitorial. Princípio do contraditório. Decisão com base em prova sem contraditório.

1. A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não sendo exigido, neste momento processual, prova incontroversa da autoria do delito – bastam indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime. 2. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia sem qualquer lastro probatório colhido sob o contraditório judicial, fundada exclusivamente em elementos informativos obtidos na fase inquisitorial, mormente quando essa prova está isolada nos autos, como na hipótese, em que há uma única declaração, colhida no inquérito e não confirmada em juízo. 3. O Tribunal de origem, ao despronunciar o ora recorrido, asseverou que “o único indício a incriminar o imputado seria a declaração de uma testemunha não presencial, [...] na fase pré-processual, na qual refere ter tomado ciência do crime e de sua autoria, depois do que uma vizinha havia contado” (fls. 726-727), razão pela qual, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ, torna-se inviável, em recurso especial, a revisão deste entendimento, para reconhecer

a existência de prova colhida sob o contraditório judicial apta a autorizar a submissão do recorrido à julgamento perante o Tribunal do Júri. 4. A primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri tem o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*iudicium accusationis*) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis, idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*iudicium causae*). A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do Júri, leciona Mendes de Almeida, é indispensável para evitar imputações temerárias e levianas. Ao proteger o inocente, “dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento”. 5. Não se verifica contrariedade à lei federal em acórdão que deixa de acolher o testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de per si, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular. 6. A norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe *per proprium sensum et non per sensum alterius* impede, em alguns sistemas – como o norte-americano – o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (*hearsay rule*). No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, “não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta”. (Helio Tornaghi). 7. Recurso especial não provido.

(STF – 6.ª T. – REsp. 1444372 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 16.02.2016 – public. 25.02.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3423**)

Pesquisadora: Vivian Peres da Silva

Direito Penal. Falsidade ideológica. Falsificação documental. Atipicidade da conduta.

(...) Constando da denúncia apenas o fato de que o paciente inseriu o endereço de sua genitora, e não o seu, para documentar seu veículo junto à Agência de Trânsito de Terenos/MS, tem-se que a conduta não se reveste da relevância jurídica necessária para desencadear a persecução penal. Ademais, nem sequer se apontou qualquer elemento que demonstrasse o interesse do denunciado em prejudicar direito ou criar obrigações, como exige a norma incriminadora. Dessarte, a conduta imputada na denúncia não se adequa ao crime de falsidade ideológica, conforme já firmado no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 49.673/MS, oriundo da mesma investigação, configurando constrangimento ilegal a continuidade da ação penal. 3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0000573-33.2013.8.12.0047, em trâmite na Vara Única da Comarca de Terenos/MS, apenas com relação ao paciente Celso Araldi.

(STJ – 5.ª T. – HC 342703 – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 03.03.2016 – public. 09.03.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3424**)

Pesquisadora: Juliana Sabatto

Tribunais Regionais Federais

Direito Processual Penal. Fixação da pena. Regime inicial de cumprimento da pena. Gravidade genérica do delito como fundamento para a aplicação do regime prisional mais severo.

(...) 3. Por fim, a autoridade impetrada denegou o direito à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e indeferiu o

pedido de liberdade provisória. Está configurado o constrangimento ilegal. Estabelece a Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça que, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. 4. Ainda

que o *habeas corpus* não constitua a via adequada para o reexame das circunstâncias judiciais utilizadas na sentença e para a reforma do regime de cumprimento de pena fixado, em análise perfunctória e superficial, verifica-se o alegado constrangimento ilegal. Note-se que a sentença foi proferida em 01/09/2015 e até eventual interposição do recurso adequado, é o caso de estabelecer, em caráter provisório, o regime aberto para início de cumprimento de pena, em razão da pena

concretamente aplicada e das circunstâncias judiciais favoráveis (artigo 33, §2º, alínea “c”, e §3º e artigo 59, todos do Código Penal).
5. Ordem de *habeas corpus* concedida.

(TRF – 3.ª R. – 5.ª T. – HC 00014335820164030000 – rel. **Andre Nekatschalow** – j. 11.04.2016 – public. 15.04.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3425**)

Pesquisador: Stephan Gomes Mendonça

Tribunais de Justiça

Estatuto da criança e do adolescente. Ato infracional.

Meios de prova. Confissão. Direito ao silêncio.

Direito à ampla defesa e ao contraditório.

Atos infracionais análogos aos delitos de tráfico de entorpecente e de associação para a prática de tal desiderato. Episódio ocorrido no bairro São João, comarca de São Pedro da Aldeia. Sentença que julgou procedente a representação, aplicando ao adolescente a M.S.E. de internação e ao correpresentado M.M.S. aquela de semiliberdade. Insurreição defensiva de J.C.M.L., diante de tal desenlace, pretendendo a decretação da improcedência da representação, ao argumento de precariedade probatória, ou, alternativamente, a mitigação da M.S.E. originariamente imposta. Procedência da pretensão recursal, com extensão dos efeitos ao correpresentado. Contingente probatório construído nos autos que se credenciou a descartar a responsabilidade do adolescente em face do material estupefaciente arrecadado próximo à residência da namorada daquele, na exata medida em que os depoimentos prestados pelos próprios milicianos que efetuaram a arrecadação daquele, consistente em 402 (quatrocentas e duas) “trouxinhas” de “maconha”, trazem a informação de que, após tal apreensão, foi descoberto que este material pertenceria a uma mulher inidentificada e a respeito da qual apenas se saberia ter um filho conhecido como “D.”, quem estaria preso pela prática da ilícita mercancia, e tendo o miliciano Jose Ronaldo reforçado que tal material ilícito foi encontrado em um quintal cuja proprietária seria exatamente esta desconhecida mulher. Crucial informação que não mereceu a realização de qualquer mínima investigação, nem mesmo após ter o *parquet* presenciado tais relatos testemunhais em sede de audiência de instrução e julgamento e a despeito do que se manteve este insistindo no sentido de que a propriedade do estupefaciente seria do recorrente, o que, absurdamente, foi acolhido pelo sentenciante. Diligência policial que decorreu da inicial abordagem ao adolescente M.M.S. e ao imputável J. L. S. F., os quais teriam sido interpelados pelos milicianos assim que sentaram em uma motocicleta em relação à qual havia indicação de se tratar de produto de crime de roubo, ocorrido na localidade e, a partir do que, os agentes da lei passaram a submeter os dois indivíduos a um truculento e desautorizado “interrogatório”, buscando desvelar a existência, bem como o local de guarda, de uma arma de fogo, possivelmente utilizada durante a subtração criminosa e, somente em razão disto, teria o adolescente M.M.S. passado a conduzir os policiais militares a diversos locais, incluindo a vila em que se localizava a residência da namorada do recorrente, além da residência da avó daquele adolescente e onde teriam sido arrecadadas 23 (vinte e três) trouxinhas de “maconha”. Conduta policial que torna inequívoca a cristalização da violação ao primado constitucional do direito à não autoincriminação, que tem como uma de suas vertentes o direito ao silêncio, o qual foi sonogado

ao adolescente, a quem, em momento algum foi dado o conhecimento de que não estava obrigado a responder a qualquer das perguntas formuladas, vindo o mesmo a constituir prova contra si mesmo. Hipótese que remete ao exemplo norte americano consubstanciado no caso de Ernesto Arturo Miranda, quem foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes de estupro e de sequestro, apenas baseado na sua própria confissão, o que conduziu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao julgar *Miranda versus Arizona*, a anular a decisão e a revogar a respectiva prisão, por entender que o imputado não conhecia os seus direitos, criando um paradigma e obrigando que seja procedida a imediata advertência, conhecida como Advertência de Miranda (*Miranda Warning*) ou Direitos de Miranda (*Miranda Rights*), somente se admitindo a renúncia a tal direito, se esta se der de forma expressa e redigida pelo próprio imputado. Exigência formal que lamentavelmente ainda não se apresenta em nosso direito pátrio, mas o que não permite que simplesmente se venha a presumir que um implicado tenha efetuado tal renúncia, notadamente no episódio em questão, em que as provas dos autos, extraídas dos depoimentos prestados pelos agentes da lei demonstram inequivocamente que o adolescente M.M.S., além de não ter sido informado de seus direitos, sequer poderia deste usufruir, diante daquela truculenta e ilegítima ação policial. Indisfarçável violação ao princípio da não autoincriminação, que nulifica todos os elementos probatórios ilegalmente amealhados aos autos, o que, *in casu*, se traduz na integralidade dos elementos probatórios aqui manejados em desfavor do recorrente, reforçando-se que o único elemento desfavorável ao mesmo advém da manifestação de M.M.S., o que se assemelha à conhecida “chamada de corrêu”, a qual não se credencia a legitimamente fazer prova contra alguém, notadamente quando ainda se constata que esta foi expressamente desmentida pelo correpresentado, em sede judicial. Inépcia da parcela da representação afeta à atribuição do ato infracional análogo ao delito associativo, porquanto não se tenha apresentada uma linha sequer quanto à conduta desenvolvida por cada um dos adolescentes e que pudesse caracterizar a prática de tal infração, como também deixou o órgão ministerial de apontar os suportes fáticos específicos ao atendimento do lapso temporal reclamado à atuação sucessiva, habitual e continuada de conduta que se enquadre em tal modelo ilícito, culminando por estabelecer um vácuo imputacional que inviabiliza o desenvolvimento do mister defensivo, em estreita violação aos princípios da amplitude do exercício do direito de defesa, do contraditório e do devido processo legal. Contingente probatório que também não se credencia a socorrer tal atribuição, notadamente quando não se tem como estabelecer *in casu* e a partir de provas legítimas, sequer o envolvimento do recorrente ou do correpresentado com a ilícita mercancia local. Decretação da improcedência da representação, em face do recorrente, a partir

da análoga aplicação do art. 386, inc. nº VII do diploma dos ritos, estendendo-se tal solução ao correpresentado M.M.S., segundo o disposto no art. 580 do mesmo diploma legal.

(TJRJ – 6.ª Câmara. Crim. – AP 00059701120148190058 – rel. **Luiz Noronha Dantas** – j. 09.06.2015 – public. 21.01.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3426**)

Pesquisador: Giancarlo Silkunas Vay

Estatuto da criança e do adolescente. Ato infracional. Aplicação de medidas socioeducativas. Princípio do devido processo legal. Direito à ampla defesa e ao contraditório.

Ato infracional análogo ao crime de roubo majorado. Aplicação de medida socioeducativa de internação. Arguição de nulidade da audiência de instrução, incluindo a r. sentença, em virtude da realização de audiência una. Nulidade reconhecida. Inteligência do art. 227, inciso IV, da CF. Inobservância do procedimento de apuração de ato infracional previsto no ECA. Violação ao princípio do devido processo legal. Desrespeito ao contraditório e à ampla defesa. Precedentes desta C. Câmara Especial. Retorno do feito à origem, retomando-se o rito processual, com prazo para oferecimento de defesa prévia e designação de audiência em continuação, nos termos do artigo 186 do ECA. Recurso provido, para o fim de acolher a preliminar de nulidade da audiência de instrução, incluindo a r. sentença, com determinação de soltura do apelante.

(TJSP – Câmara. Esp. – AP 00000707020148260537 – rel. **Carlos Dias Motta** – j. 19.10.2015 – 27.10.2015. – **Cadastro IBCCRIM 3427**)

Pesquisador: Giancarlo Silkunas Vay

Direito Penal. Princípio da presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência. Garantias constitucionais. Cláusulas pétreas. Cumprimento antecipado da pena.

Opostos sem amparo nas hipóteses previstas no art. 619 do CPP, ou cujo objetivo se revela apenas a reapreciação de matéria já enfrentada e suficientemente fundamentada pelo retro acórdão, devem ser rejeitados os embargos declaratórios, ainda que opostos para fins de prequestionamento. Não obstante o posicionamento chegado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP, o art. 5º, LVII, da CR/88, é muito claro ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não cabendo reinterpretação daquilo que é literalmente compreendido, sob pena de se reescrever preceito tido, por força do art. 60, § 4º, IV, como cláusula pétrea por nossa Constituição da República. Ainda que tivesse sido declarada a inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais, o controle incidental, apesar de ter força de orientação jurisprudencial, não vincula as decisões dos magistrados e tampouco dos tribunais de segunda instância. Levando-se em conta que o julgamento do pretérito recurso ocorreu em data anterior a do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão sequer foi publicado ainda, impossível exigir-se a incidência dos efeitos da decisão da Suprema Corte nesta quadra. Sendo a presunção de inocência regente do microsistema processual penal, na medida em que se desdobra num dever de tratamento de todos os acusados, a execução antecipada de pena daqueles que não se encontram presos cautelarmente revela um verdadeiro retrocesso na interpretação de um reconhecido direito fundamental, que não pode ser alvo de modificação restritiva nem mesmo pelos legisladores (cláusula pétrea, art. 60, § 4º, IV, da CR/88). Assim como o legislador infraconstitucional, que produz a

lei, não pode alterar restritivamente uma cláusula pétrea, tampouco o julgador pode fazê-lo no momento da aplicação ou não da norma no caso concreto. Se há sentimento de impunidade, pressão da mídia e da sociedade, protelação de processos até que se operem os efeitos da prescrição ou mesmo ineficiência de poder punitivo estatal, esses graves problemas jamais poderão ser resolvidos em detrimento de um direito fundamental elevado à condição de cláusula pétrea. Proceder assim é negar as raízes em que se fundam a Constituição da República de 1988, é tentar resolver um problema estrutural e do próprio sistema processual adotado, restringindo um direito fundamental.

(TJMG – 2.ª Câmara. Crim. – EDcl. 1010509.3102538003 – rel. **Nelson Missias de Moraes** – j. 31.03.2016 – public. 11.04.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3428**)

Pesquisador: Renato Marinho

Direito Penal. Princípio da presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência. Garantias constitucionais.

Não cabem embargos de declaração quando forem discutidos no acórdão fustigado todos os pontos sobre o qual devia pronunciar-se o Tribunal. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento do HC 126292, além de não possuir efeito vinculante, não foi sequer publicada, estando sujeita, ainda, a eventuais modulações. Assim, por afetar o princípio da presunção de inocência e o *status libertatis* dos acusados, a prudência recomenda que se aguarde a consolidação do aludido entendimento.

(TJMG – 7.ª Câmara. Crim. – EDcl. 10073150022553002 – rel. **Cássio Salomé** – j. 10.03.2016 – public. 17.03.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3429**)

Pesquisador: Renato Marinho

Estatuto da Criança e do Adolescente. Remissão. Exclusão do processo. Extinção ou suspensão do processo. Necessidade de concordância das partes.

1 - Estabelece o artigo 127, do Estatuto da Criança e do Adolescente que, o Juiz pode homologar a remissão pretendida pelo Ministério Público, bem como aplicar ao adolescente, quaisquer daquelas socioeducativas estabelecidas no citado diploma legal, exceto as de internação e semiliberdade. 2 - A remissão pode significar simples perdão, se concedida sem a aplicação de medida socioeducativa, ou a mitigação das consequências do ato infracional, conforme se faça acompanhar da medida em questão. No segundo caso, será ela de caráter transaccional, necessitando, entretanto, da concordância do infrator beneficiado com a exclusão, suspensão ou extinção do processo, e de seu representante legal os quais, caso relutem quanto à aceitação, ensejará ao Ministério Público oferecer representação, se assim entender. 3 - *In casu*, não consta por parte do menor e de seu representante legal qualquer aceitação, ou sequer menção a que tomaram ciência das medidas a serem impostas, resultando na nulidade da sentença recorrida para que outra seja prolatada, em observância ao presente Acórdão, devendo os autos retornar ao *Parquet* para que sejam ouvidos o menor e seu representante legal acerca das medidas propostas.

(TJRJ – 2.ª Câmara. Crim. – AP 00017160520158190011 – rel. **Katia Maria Amaral Jangutta** – j. 16.02.2016 – public. 23.02.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3430**)

Pesquisador: Giancarlo Silkunas Vay