

Informativo CAOOCRIM

Edição 08/2020

- Notícias

- Análises do CAOCRIM

- Atualizações

Jurisprudência STF

Jurisprudência STJ

- Atividades CAOCRIM

Reuniões

Eventos

Atendimentos realizados aos órgãos de execução

Ofícios expedidos

NOTÍCIAS

CAOCRIM divulga os resultados do projeto “No alvo, contra o tráfico de drogas”

O Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais – CAOCRIM, órgão auxiliar da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Piauí, divulgou os resultados do projeto “No alvo, contra o tráfico de drogas”, que integrou o Plano Geral de Atuação do Ministério Público do Estado do Piauí – PGA, biênio 2018/2019, na área de segurança pública.

O projeto, idealizado pelo CAOCRIM, no ano de 2018, pelo então Coordenador Sinobilino Pinheiro da Silva Júnior, foi construído com a participação do Núcleo de Estatística e Análise Criminal da Secretaria de Segurança do Estado do Piauí – NUCEAC, coordenado pelo Delegado de Polícia Civil João Marcelo Brasileiro Aguiar, e implementado nos municípios de Altos, União, Uruçuí, Floriano, Campo Maior, Barras e Esperantina, a partir da adesão das Promotorias de Justiça, cujos titulares presidiram Comissões Locais de Segurança Pública, responsáveis pela elaboração e acompanhamento de ações dentro do projeto.

Além dos Promotores de Justiça Paulo Rubens Parente Rebouças (Altos), Renata Márcia Rodrigues e Silva (União), Gerson Gomes Pereira (Uruçuí), Danilo Carlos Ramos Henriques (Floriano), Luciano Lopes Nogueira Ramos (Campo Maior), Silas Sereno Lopes (Barras) e Raimundo Nonato Ribeiro Martins Júnior (Esperantina), integraram as comissões instituições diversas, tais como: Poderes Executivo e Legislativo locais, representantes da OAB, Defensoria Pública Estadual, Centros de Referência Especializadas, Polícia Civil, Polícia Militar, escolas municipais, além de outros representantes da comunidade, o que permitiu alcançar cerca de 300.000 (trezentos mil) habitantes dos municípios e localidades próximas, por meio de mobilizações, ações sociais, articulação das forças de segurança e aproximação destas com a comunidade.

A partir dos relatórios de cada cidade, conduzidos pelas Promotorias de Justiça, bem como do monitoramento de estatísticas criminais, produzido pelo NUCEAC, o CAOCRIM reconheceu a atuação de cada integrante do projeto, premiando-os em 03 (três) categorias distintas:

- **Parceiros que cumpriram as metas:**

Certificado “Amigo da Segurança Pública e do Ministério Público”.

- **Gestão municipal que cumpriu as metas:**

Certificado “Gestor Parceiro da Segurança Pública e do Ministério Público”.

- **Municípios com as três maiores reduções da criminalidade:**

Certificado “Município Exemplo de Redução da Criminalidade”.

Como resultado final, Barras, União e Uruçuí foram os três municípios em que o projeto alcançou melhores índices, considerando-se a capacidade de mobilização social, a atuação integrada dos colaboradores do projeto, a gestão municipal e os maiores índices de redução de criminalidade.

Confira todos os resultados no link abaixo.

[Link para resultados do projeto](#)

CAOCRIM e GAPPE lançam cartilha sobre principais crimes eleitorais

O Ministério Público do Estado do Piauí, por intermédio do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais – CAOCRIM, em auxílio ao Grupo de Apoio Provisório aos Promotores Eleitorais – GAPPE, elaborou estudo sobre os principais crimes eleitorais, com ênfase nos aspectos gerais e no entendimento jurisprudencial, com o objetivo de auxiliar os promotores eleitorais no exercício de suas atividades, especialmente durante o período de eleições municipais deste ano. O resultado das pesquisas e estudos é a cartilha “Principais Crimes Eleitorais e Seus Aspectos Gerais”, já disponibilizada aos integrantes do MPPI.

O material é produto de uma extensa consulta e análise da legislação eleitoral, das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e dos julgados dos Tribunais Regionais Eleitorais, o que viabilizou a elaboração da cartilha com os aspectos gerais e os principais crimes eleitorais, previstos no Código Eleitoral e em leis esparsas. O manual inclui também informações acerca da atual interpretação doutrinária e jurisprudencial, para fins de consumação.

“Nossa expectativa é que a cartilha seja um instrumento importante de consulta para os integrantes do Ministério Público, que estão trabalhando na seara eleitoral. Sabemos que são muitas informações e o nosso trabalho objetivou reunir esses dados para facilitar a atuação dos membros da instituição em prol de um pleito transparente e de acordo com as regras”, avalia a promotora de Justiça Luana Azerêdo, coordenadora do CAOCRIM.

Confira abaixo o conteúdo da cartilha.

[MPPI-Cartilha-Crimes-Eleitorais-Eleições-Limpas](#)

ANÁLISES DO CAOCRIM

DIFERENCIAÇÃO ENTRE O ART. 35 DA LEI Nº 11.343/06 (ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS) E DO CRIME DEFINIDO NA LEI Nº 12.850/13 (ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA).

I – Associação Criminosa

O crime de associação criminosa encontra-se previsto no Título IX - Dos Crimes Contra a Paz Pública do CPB, em seu art. 288:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: [\(Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013\)](#)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. [\(Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013\)](#)

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Bem se ver que a atual redação do art. 288 do Código Penal foi dada pela lei nº 12.850/13, a qual modificou a denominação do crime, passando de quadrilha ou bando para associação criminosa. Ademais, tem-se que constituem elementos de tal delito a conduta de se associarem três ou mais pessoas (antes deveria ser no mínimo quatro), para o fim específico de cometer crimes.

Conforme é cediço, *associar-se* significa reunir-se em sociedade para um determinado fim, tornar-se sócio, havendo uma vinculação sólida, quanto à estrutura e à durabilidade no tempo. Nelson Hungria, citado por Rogério Greco¹ assim define a expressão contida no tipo penal destacado: “*Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável ou permanentemente, para a consecução de um fim comum. [...] reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. A nota da estabilidade ou permanência da aliança é essencial.*”.

Com efeito, tem-se que não se trata de um mero ajuntamento ocasional ou encontro passageiro, transitório, tal qual ocorre no concurso de agentes (coautoria ou participação). Em outras palavras, o grupo não é constituído com a finalidade de praticar apenas um ou dois delitos e sim para praticar de forma constante e reiterada uma série de crimes seja da mesma espécie ou de tipos diversos, o que não inclui, portanto, as contravenções penais. Nesse sentido é o ensinamento de Cleber Masson²:

“*No art. 288 do Código Penal é imprescindível o vínculo associativo, revestido de estabilidade e permanência, entre seus integrantes. Em outras palavras, o acordo ilícito entre três ou mais pessoas deve versar sobre uma duradoura, mas não necessariamente perpétua, atuação em comum, no sentido da realização de crimes indeterminados ou somente ajustados quanto à espécie, que pode ser de igual natureza ou homogênea (exemplo: furtos), ou ainda de natureza diversa ou heterogênea (exemplo: furtos, estelionatos e apropriações indébitas), mas nunca no tocante à quantidade.*”

¹ GRECO, Rogério. Código Penal comentado. 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. Pág. 1451

² Masson, Cleber. *Direito penal esquematizado, vol. 3 : parte especial, arts. 213 a 359-H. —4. ed. rev. e atual. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. págs. 1968/1969*

Exemplo: cinco pessoas se unem, sem previsão de data para a dissolução do agrupamento, visando a concretização de furtos de automóveis no estado do Ceará.

Ausente esse vínculo associativo, a união de três ou mais indivíduos para a prática de um ou mais crimes caracteriza o concurso de pessoas (coautoria ou participação), nos moldes do art. 29, caput, do Código Penal. Exemplo: cinco pessoas se reúnem para furtar dois automóveis em Salvador. Alcançado o objetivo, os veículos são vendidos, reparte-se o dinheiro arrecadado e os sujeitos retornam cada um às suas vidas". Grifado

Conforme visto, o art. 288 do CPB determina a presença de, no mínimo, três pessoas e segundo destaca Rogério Sanches³, *"é indiferente a posição ocupada por cada associado na organização, se conhecem uns aos outros ou não (associação via internet), se há ou não hierarquia; identificando-se o vínculo associativo estável e permanente, haverá o crime."*

Nessa mesma linha, Cleber Masson⁴, assevera que: *"Em síntese, para a caracterização da associação estável e permanente inerente ao crime tipificado no art. 288 do Código Penal é prescindível a existência de uma organização detalhadamente definida, com hierarquia entre seus membros e repartição prévia de funções entre cada um deles. Aliás, se tais elementos estiverem presentes, serão indicativos da possibilidade de configuração de alguma organização criminosa."*

Segundo a lição de Rogério Greco⁵ **"tratando-se de crime formal, de consumação antecipada, o delito de associação criminosa se configura quando ocorre a adesão do terceiro sujeito ao grupo criminoso, que terá por finalidade a prática de um número indeterminado de crimes"**. Por conseguinte, considerando que o crime ocorre com a simples associação, não importa que o agente tenha ingressado após a formação. Igualmente, é irrelevante se o agente venha a participar diretamente de eventuais crimes cometidos pelos membros, bastando sua integração à organização.

Além disso, o núcleo *associar* pressupõe um comportamento comissivo por parte dos agentes. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria se o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a permanência do grupo criminoso.

Convém destacar que é necessária a presença do dolo, o agente deverá ter vontade de se associar, bem como consciência de que se associa a um grupo de três ou mais pessoas, cuja finalidade será a prática de um número indeterminado de crimes (elemento subjetivo especial), não admitindo, por conseguinte a modalidade culposa e nem a tentativa, haja vista que os atos praticados com a finalidade de formar a associação, anteriores à execução, que é a própria formação, são meramente preparatórios.

Entretanto, para a configuração do crime em referência não há necessidade que seja praticada uma única infração penal sequer em função da qual a associação criminosa foi formada, uma vez que se trata de crime autônomo. O crime se consuma, em relação aos fundadores, no momento em

³ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 7a. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Pág. 623

⁴ Masson, Cleber. *Direito penal esquematizado, vol. 3 : parte especial, arts. 213 a 359-H*. —4. ed. rev. e atual. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. págs. 1968/1969. Pág. 1974.

⁵ Greco, Rogério. *Código Penal comentado*. 11. ed. — Niterói, RJ: Impetus, 2017. Pág. 1453

que aperfeiçoada a convergência de vontades entre ao menos três pessoas (consumação antecipada ou de resultado cortado), e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao grupo já formado, na adesão de cada qual. Se houver a prática dos delitos em razão dos quais a associação criminosa foi constituída, haverá concurso material de crimes entre eles.

No que concerne ao mínimo de 03 (três) integrantes necessários para caracterizar a associação, Cleber Masson⁶ destaca o seguinte:

“Incluem-se nesse número os inimputáveis, qualquer que seja a causa da inimputabilidade penal (menoridade, doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou desenvolvimento mental retardado), haja vista que, em se tratando de crime plurissubjetivo (plurilateral ou de concurso necessário), basta que apenas um dos agentes seja maior de 18 anos de idade e penalmente imputável.

Exemplificativamente, nada impede a constituição da associação criminosa com o envolvimento de um maior de idade e de dois jovens de 17 anos de idade. Aquele será processado e julgado pela justiça penal; estes serão submetidos a procedimento para apuração de ato infracional, perante a Vara da Infância e da Juventude, nos moldes da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, é de analisar com cautela o envolvimento na associação criminosa de pessoa menor de 18 anos de idade. Com efeito, o inimputável deve apresentar um mínimo de discernimento mental para ser computado como integrante da associação ilícita. Sirva-se como ilustração a artimanha corriqueiramente utilizada nas grandes cidades: uma criança contando com quatro anos de idade é explorada por assaltantes na prática de roubos em semáforos instalados em vias públicas.

No momento em que o infante pede ajuda ao motorista do automóvel, que abre o vidro para lhe entregar dinheiro ou comida, dois roubadores com armas em punho aproveitam-se da facilidade proporcionada pela vítima e anunciam o assalto. Nessa hipótese, evidentemente, não se pode considerar a criança como membro da associação criminosa, que na verdade não existe, em face da união de somente duas pessoas”.

O crime em comento é também permanente, sua consumação se protraí no tempo. A retirada de um associado, deixando o grupo com menos de três agentes, cessa a permanência, mas não interfere na existência do crime, já consumado para todos. Nesse sentido é a lição de Nelson Hungria, citado por Rogério Sanches⁷: *“O abandono ou voluntário recesso de qualquer associado não o eximirá de pena, e se a sua retirada fizer descer o quorum abaixo de quatro, cessará a permanência, isto é, a continuidade do momento consumativo, mas não se apagará o crime *lfactum infectum nequit*.”.*

Eis alguns julgados pertinentes:

Com o advento da Lei nº 12.850/2013, foi dada nova redação ao art. 288 do CP (formação de quadrilha), o qual passou a denominar-se crime de associação criminosa, reduzindo-se, ainda, o aumento do parágrafo único do dobro à metade, razão pela qual deve o novo regramento, mais benéfico, retroagir, para alcançar os delitos praticados anteriormente à sua vigência (STJ, HC 81.526/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 02/06/2015).

Narrando a denúncia esquema criminoso, dirigido ao cometimento de crime único em vez de múltiplos, atípica é a imputação, considerado o delito de associação criminosa (STF, INQ 4.013/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., DJe 25/08/2016).

Para a caracterização do crime descrito no art. 288 do Código Penal, é necessário, entre outros, o elemento subjetivo do tipo, consistente no ânimo de associação de caráter estável e permanente. Do contrário, seria um

⁶ Masson, Cleber. *Direito penal esquematizado*, vol. 3 : parte especial, arts. 213 a 359-H. –4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. págs. 1968/1969. Págs. 1801 a1803

⁷ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 7a. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Pág. 624/625

mero concurso de agentes para a prática de crimes (STJ, HC 217.000/BA, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 29/08/2016).

Tratando-se de crime formal, é suficiente para a configuração do delito de formação de quadrilha (atual associação criminosa), nos termos do art. 288 do Código Penal – CP (na redação antiga, vigente à época), a associação de mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes, não sendo necessária a efetiva prática de delitos (HC 95.802/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28/5/2015)

Tratando-se de crime formal, consuma-se com a reunião criminosamente ordenada do grupo, independentemente da efetiva consumação dos crimes acordados, como crime de perigo tipificado para a proteção da paz pública (STJ, HC 200.444/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/03/2015).

A prática atribuída a conselheiros e membros do Ministério Público atuantes no Tribunal de Contas que, de maneira comissiva ou omissiva, organizam-se para reforçar rubrica orçamentária genérica e dela subtrair quantias expressivas ou desviá-las sem destinação pública tem aptidão para caracterizar associação criminosa (STJ, APn 702/AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, CE, DJe 1º/07/2015).

Diferentemente do concurso de agentes, que exige, apenas, um ocasional e transitório encontro de vontades para a prática de determinado crime, a configuração do delito de quadrilha pressupõe a estabilidade ou permanência do vínculo associativo, com o fim de prática de delitos. IX. O crime de formação de quadrilha ou bando é delito formal, que se consuma com a reunião ou a associação do grupo, de forma permanente e estável, para a prática de crimes, e independentemente do cometimento de algum dos crimes acordados pelos membros do bando, tendo em vista que a convergência de vontades já apresenta perigo suficiente para conturbar a paz pública. (HC 186.197/MA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 17/06/2013)

O tipo do artigo 288 do Código Penal é autônomo, prescindindo quer do crime posterior, quer, com maior razão, do anterior (STF: HC 95.086/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 04.08.2009).

Trata-se de crime autônomo, de perigo abstrato, permanente, de concurso necessário e independente daqueles que venham a ser praticados pelos agentes reunidos na *societas delinquentium*, além de ser inconfundível com o simples concurso eventual de pessoas e de subsistir autonomamente, ainda que os crimes para os quais foi organizado o bando sequer venham a ser cometidos ou tenha havido a extinção da punibilidade dos agentes em relação a eles (TRF-1ª Reg., HC 0001139-31.2014.4.01.0000/GO, Rel. Des. Fed. Henrique Gouveia da Cunha, DJe 7/3/2014).

O parágrafo único do art. 288 do Código Penal, prevê uma causa especial de aumento de pena, determinando que esta seja aumentada até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Fragoso, citado por Rogério Sanches⁸, considera que “O juiz deverá reconhecer que o bando é armado, quando, pela quantidade de membros que portem armas ou pela natureza da arma usada, seja maior o perigo e o temor causado pelos malfeitores. Conforme sejam as circunstâncias, pode bastar que apenas um se apresente armado, sem que se exija que o faça de forma visível ou ostensiva.”

No que concerne à participação de crianças e adolescentes, segundo Rogério Greco⁹, “para que a majorante em estudo possa ser aplicada, os demais integrantes do grupo devem ter conhecimento de que se associam com crianças ou adolescentes, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no parágrafo único do art. 288 do Código Penal”.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: parte especial (arts. 121 ao 361). 7a. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Pág. 625

⁹ Greco, Rogério. *Código Penal comentado*. 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. Pág. 1455

A Lei nº 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, em seu art. 8º, caput, prevê uma modalidade qualificada ao delito de *associação criminosa*, assim disposta: *Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no [art. 288 do Código Penal](#), quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.*

Renato Brasileiro de Lima¹⁰ leciona quanto a esse dispositivo que é *“Interessante notar que o art. 8º da Lei nº 8.072/90 não criou um novo tipo penal incriminador. Limitou-se apenas a estabelecer novos limites de pena. Por isso, na hipótese de 4 (quatro) indivíduos se associarem, por exemplo, para a prática de crimes de falsificação de remédios, deverão responder pelo crime do art. 273 do Código Penal, em concurso material com o delito previsto no art. 288 do Código Penal, porém com a aplicação da pena cominada pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90: reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos.”*.

Ainda segundo o referido autor, *“supondo que o grupo esteja armado, esta pena poderá, então, ser aumentada até a metade, nos exatos termos do art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Nesse caso, não há falar em bis in idem, vez que não se utiliza duas vezes uma mesma circunstância para aumentar a pena da associação criminosa. Afinal, o art. 8º da Lei nº 8.072/90 estabelece uma pena maior pelo fato de a associação ter como objetivo a prática de crimes hediondos e equiparados, ao passo que o art. 288, parágrafo único, do CP, contempla uma causa de aumento de pena decorrente do fato de o grupo ser armado, o que, em tese, denota maior potencialidade lesiva à incolumidade pública”*.

Segundo Cleber Masson¹¹, *“o art. 8º, caput, da lei dos crimes hediondos é aplicável unicamente aos agrupamentos ilícitos constituídos com a finalidade de praticar delitos hediondos ou assemelhados, com exceção do tráfico de drogas, pois em relação a este crime incide a figura contida no art. 35 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas (associação para o tráfico de drogas).”*.

II - Associação para o Tráfico Ilícito de Drogas

O crime de associação para o tráfico ilícito de drogas encontra-se previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 (lei de drogas), nos termos que segue:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Apesar de o caput do art. 35 da Lei de Drogas utilizar a expressão “reiteradamente ou não”, a doutrina e a jurisprudência têm entendido pela imprescindibilidade de estabilidade e permanência para a

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3a. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Pág. 109.

¹¹ Masson, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. Pág. 1004

caracterização do delito, de forma semelhante ao que ocorre na configuração do crime de associação criminosa. Outra semelhança entre os dois crimes refere-se ao fato de que provada a associação, os agentes respondem também pelo crime de tráfico, em concurso material, caso este venha a se consumar. Ou seja, trata-se também de crime formal, que prescinde da efetiva consumação do crime de tráfico para que os agentes respondam pela associação e, caso este venha a ocorrer, configurar-se-á o concurso.

Quanto à diferença entre a associação para o tráfico e a associação criminosa, Renato Brasileiro¹² destaca que *“enquanto este depende da associação estável e permanente de 3 (três) ou mais pessoas para o fim de praticar uma série indeterminada de crimes, a associação para fins de tráfico estará caracterizada ainda que a associação estável e permanente vise apenas e tão somente um único crime de tráfico de drogas. Tendo em conta que o art. 35 faz uso da cláusula “reiteradamente ou não”, o ideal é concluir que este crime de associação estará caracterizado ainda que a finalidade dos agentes seja a prática de um único delito de tráfico de drogas, desde que, logicamente, evidenciada a estabilidade e permanência da associação”*.

Com efeito, o agrupamento eventual de duas ou mais pessoas permite o reconhecimento do concurso de pessoas, mas não de autêntica associação. Portanto, pode-se conceituar o crime do art. 35, *caput*, como a associação estável e permanente de duas ou mais pessoas com o fim de praticar por uma única vez, ou por várias vezes, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei de Drogas.

Ademais, o STJ entende que o crime de associação para o tráfico não é considerado equiparado a hediondo.

Seguem alguns julgados concernentes à configuração do crime em referência:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, da Lei n. 11.343/2006) exige a demonstração do elemento subjetivo do tipo específico, qual seja, o ânimo de associação de caráter duradouro e estável. Do contrário, o caso é de mero concurso de pessoas. (HC 479.977/SP, j. 14/05/2019)

O delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 não se configura diante de associação eventual, mas apenas quando estável e duradoura, não se confundindo com a simples coautoria. Precedentes. No caso dos autos, em nenhum momento foi feita referência ao vínculo associativo permanente porventura existente entre os agentes, mas apenas àquele que gerou a acusação pelo tráfico em si. Inviável, pois, manter a condenação pela associação, pois meramente eventual. Ordem concedida para se excluir da condenação a figura do art. 35 da Lei 11.343/2006 (STJ - HC 149.330/SP, rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma, j. 06.04.2010).

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa (AgRg no AREsp n. 1035945/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018). Assim, mantido o decreto condenatório pela prática do crime tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, não há possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. (AgRg no AREsp 1293358/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/5/2019).” (HC 511.370/RJ, j. 04/06/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. EXECUÇÃO PENAL. **CRIME DO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/06.**

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3a. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Pág. 774.

DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PRECEDENTES. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE DROGAS. REQUISITO OBJETIVO: FRAÇÃO ESPECÍFICA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ANALOGIA IN MALAM PARTEM. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA ASSEGURAR A ELABORAÇÃO DE CÁLCULO DA PENA, PARA FINS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, SEM A EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA IMPOSTA. [...] 3. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que o crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, já que não está abrangido pelos ditames da Lei n.º 8.072, de 25/07/1990. [...] STJ, HC 284176/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26.08.2014, 5ª Turma, DJe 02.09.2014.

O crime de associação para o tráfico de drogas exige, para caracterização, o liame subjetivo entre os integrantes, a estabilidade e a permanência. Embora registros policiais por tráfico e associação para o tráfico não se prestem para exasperar a pena-base, em conformidade com o Enunciado 444 da Súmula do STJ, militam como evidência da dedicação dos acusados a atividades criminosas, impedindo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (TRF-1ª Reg., ACR 2010.36.01.001373-5/MT, Relª Desª Fed. Mônica Sifuentes, DJe 11/7/2014).

A condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, dada sua natureza autônoma, não caracteriza indício suficiente de que o acusado tenha participado das ações de tráfico. (TRF-1ª Reg., ACR 0014319-32.2010.4.01.3500/GO, Relª Desª Fed. Mônica Sifuentes, DJe 11/7/2014).

O crime de associação, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, por sua natureza formal, não carece do efetivo exercício do tráfico de entorpecente para a integração de sua potencialidade perigosa, nem é exigível habitual exteriorização de seu fim específico. No entanto, para se comprovar que os agentes (duas ou mais pessoas) estão associadas para o fim de traficar, é imprescindível que se apontem os elementos indicadores da vinculação subjetiva, entre eles, seu ânimo de permanência e estabilidade da sociedade criminosa. Não aplicação cumulativa das penas dos crimes de formação de quadrilha e de associação para a prática do tráfico de entorpecentes, em atenção aos princípios da especialidade e do *ne bis in idem*. (TRF-1ª Reg., ACR 2009.36.01.003142-1/MT, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, DJe 18/6/2014).

III - Organização criminosa

Já o crime de *organização criminosa*, por sua vez, encontra-se previsto na lei nº 12.850/2013, cujos arts. 1º e 2º merecem destaque:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º **Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.**

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. ([Redação dada pela lei nº 13.260, de 2016](#))

Art. 2º **Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:** Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

§ 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Cleber Masson¹³, tratando deste tema, destaca que *“a organização criminosa reclama a associação de no mínimo quatro pessoas. Além disso, sua estrutura é bem definida e destina-se à prática de infrações penais dotadas de maior gravidade, revelando-se como autêntica estrutura ilícita de poder, ditando e seguindo regras próprias, à margem da autoridade estatal. Existe um modelo empresarial, com comandantes e comandados, todos voltados à prática de atos contrários ao Direito Penal, a exemplo do PCC –Primeiro Comando da Capital – e do CV – Comando Vermelho –, entre tantas outras facções criminosas. O art. 2º, caput, da Lei 12.850/2013 incrimina a conduta de promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, cominando-lhe a pena de reclusão, de três a oitos anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas pela organização criminosa. Finalmente, a caracterização da organização criminosa autoriza a incidência dos institutos contidos na Lei 12.850/2013, a exemplo da colaboração premiada, da ação controlada e da infiltração de agentes policiais.”*

Guilherme Nucci¹⁴ conceitua que *“a organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes”*.

Pelo conceito legal, tem-se, portanto, que para caracterização da organização criminosa são necessários: **associação de quatro ou mais pessoas; estruturalmente ordenada**, exige-se um conjunto de pessoas estabelecido de maneira organizada, significando alguma forma de hierarquia (superiores e subordinados); **divisão de tarefas**, a decorrência natural de uma organização é a partição de trabalho, de modo

¹³ Masson, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. Pág. 1005

¹⁴ Nucci, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 14.

que cada um possua uma atribuição particular, respondendo pelo seu posto; **obtenção de vantagem de qualquer natureza**, o objetivo da organização criminosa é alcançar uma vantagem (ganho, lucro, proveito), como regra, de cunho econômico; **mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos ou mediante a prática de infrações penais de caráter transnacional**, independentemente da natureza da infração penal e de sua pena máxima abstrata, caso transponha as fronteiras do Brasil, atingindo outros países, a atividade permite caracterizar a organização criminosa.

O tipo penal prevê as seguintes condutas alternativas: promover, constituir (formar, organizar, compor), financiar (custear, dar sustento a algo) ou integrar (tomar parte, juntar-se, completar).

Guilherme Nucci¹⁵ destaca que *“cuidando-se de tipo penal misto alternativo, pode o agente praticar uma ou mais que uma das condutas ali enumeradas para configurar somente um delito. Das formas verbais previstas, parece-nos inadequada a figura promover. Primeiro, pelo duplo sentido; segundo, porque no significado de gerar, encaixa-se no outro verbo constituir; ainda, no significado de difundir, torna-se estranha a figura de difundir a organização criminosa, algo que, normalmente, é camuflado. Em verdade, bastaria o verbo integrar, que abrangeria todos os demais. Quem promove ou constitui uma organização, naturalmente a integra; quem financia, igualmente, a integra, mesmo como partícipe.”*.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde que se identifique claramente a associação de, pelo menos, quatro pessoas. E tal qual o crime de associação criminosa, esse número mínimo pode ser constituído, inclusive, por menores de 18 anos, conforme disposto no destacado art. 2º, § 4º, I. O sujeito passivo é a sociedade.

Quanto à consumação, Renato Brasileiro¹⁶, ensina o seguinte:

*“Em se tratando de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, consuma-se o crime de organização criminosa com a simples associação de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional, pondo em risco, presumidamente, a paz pública. Sua consumação independe, portanto, da prática de qualquer ilícito pelos agentes reunidos na *societas delinquentium*. Trata-se, portanto, de crime de perigo abstrato cometido contra a coletividade (crime vago), punindo-se o simples fato de se figurar como integrante do grupo”*.

No que se refere às demais características do crime de organização criminosa, Guilherme Nucci¹⁷, dispõe que:

“O delito é doloso, não se admitindo a forma culposa. Exige-se o elemento subjetivo específico implícito no próprio conceito de organização criminosa: obter vantagem ilícita de qualquer natureza. A expressão pessoalmente ou por interposta pessoa é elemento normativo do tipo, dependente de valoração cultural. O crime é comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa; de forma livre, podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente; comissivo, pois os verbos representam ações; permanente, cuja consumação se prolonga no tempo,

¹⁵ Nucci, Guilherme de Souza. Organização criminosa. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 21.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3a. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Pág. 495.

¹⁷ Nucci, Guilherme de Souza. Organização criminosa. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 22/23.

enquanto perdurar a associação criminosa; de perigo abstrato, cuja potencialidade lesiva é presumida em lei; plurissubjetivo, que demanda várias pessoas para a sua concretização; plurissubsistente, praticado em vários atos. Não admite tentativa, pois o delito é condicionado à existência de estabilidade e durabilidade para se configurar. Portanto, enquanto não se vislumbrar tais elementos, cuida-se de irrelevante penal ou pode configurar outro crime, como a associação criminosa (art. 288, CP).

De outra sorte, detectada a estabilidade e durabilidade, por meio da estrutura ordenada e divisão de tarefas, o crime está consumado.

As penas previstas – reclusão, de 3 a 8 anos, e multa – são elevadas, não admitindo transação ou suspensão condicional do processo. Em caso de condenação, cuidando-se de delito não violento, é possível aplicar pena alternativa (até 4 anos de reclusão). Comporta os regimes aberto, semiaberto e fechado, dependendo do caso concreto, conforme os elementos do art. 59 do Código Penal.

Deixa-se expressa a adoção do sistema da acumulação material, ou seja, pune-se o integrante da organização criminosa, com base no delito previsto no art. 2.º da Lei 12.850/2013, juntamente com todos os demais delitos eventualmente praticados para a obtenção de vantagem ilícita. Somam-se as penas”.

Alguns julgados correlatos ao crime de organização criminosa:

Apresentada fundamentação concreta, evidenciada na natureza, quantidade e variedade da droga apreendida (Durante a investigação foram realizados 12 (doze) flagrantes, que resultaram na apreensão de aproximadamente 1,1 toneladas de cocaína e 3 toneladas de maconha, e na prisão de 21 (vinte e uma) pessoas), bem como no fato de **o paciente integrar organização criminosa internacional com diversos membros e frentes de atuação (trata-se de organização criminosa que estaria adquirindo grandes carregamentos de cocaína no Paraguai e Bolívia para distribuição no Rio Grande do Sul, Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro), não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva.** 2. A via estreita do *habeas corpus* não se presta ao revolvimento da matéria fático-probatória, como ocorre na impugnação aos indícios probatórios admitidos de autoria. 3. **Não se evidencia como desnecessária a gravosa cautelar de prisão a agente que, mesmo bem inserido socialmente, tem indicada atuação relevante e duradoura em organização criminosa de tráfico internacional de grandes quantidades de entorpecente.** 4. Recurso ordinário improvido. (STJ -RHC 52.107-RS, 2014/0251964-6, 6.ª T., Rel. Nefi Cordeiro, DJ 11.11.2014).

1. Mesmo com o advento da Lei n. 12.850, de 2013, não houve alteração no conceito legal de organização criminosa, que continua baseado no Decreto n. 5.015, de 12.3.2004, o qual promulgou o Decreto Legislativo n. 231, de 29.5.2003, e ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), cujo artigo 2º, *a*, define grupo criminoso organizado como grupo estruturado de quatro ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. 2. No caso destes autos, criminosos se reuniram com Policiais de forma aleatória, sem hierarquia ou divisão de tarefas para o cometimento de diversos crimes da mesma natureza – crime de extorsão mediante sequestro. 3. Nesses termos, não há que se reconhecer, a princípio, a configuração de uma organização criminosa ante o não preenchimento dos requisitos legais. 4. Conflito dirimido e declarada a competência em favor da 5.ª Vara Penal da Comarca de Belém (TJPA, CJ 201430284715/PA, Tribunal Pleno, Rel. Ronaldo Marques Valle, DJ 03.12.2014).

I – Não merece prosperar a alegação da Defesa de incompetência da 17ª Vara Criminal da Capital para processar e julgar o feito, eis que **restou evidenciada nos autos a caracterização de organização criminosa, uma vez que há pluralidade de agentes, devidamente organizados entre si e com divisão de tarefas entre eles, ao passo em que reunidos com o objetivo de obter vantagem mediante a prática de crime punido com pena igual ou superior a quatro anos.** Assim, essas circunstâncias indicam que o apelante integra perigosa associação criminosa, o que atesta a competência da 17.ª Vara Criminal para atuar no presente feito. II – Superada a preliminar de nulidade arguida, de igual sorte não merece acolhimento o pleito defensivo consubstanciado na concessão de liberdade provisória ao apelante, uma vez que a manutenção da sua custódia cautelar é medida que se impõe para garantir a ordem pública, sobretudo quando se leva em conta a gravidade concreta do delito em tela, bem como a contumácia delitiva do recorrente em crimes dessa natureza. III – Apelação conhecida e improvida” (TJAL, APL 05002052120128020001/AL, Câmara Criminal, Rel. Sebastião Costa Filho, DJ 10.12.2014).

IV – Conclusão

Por todo o exposto, é possível constatar que há semelhanças entre os três crimes ora analisados, dentre as quais se destacam o fato de que todos eles são *crimes de concurso necessário, plurissubjetivos, necessidade de estabilidade e permanência entre seus integrantes para que restem configurados, bem como que são crimes de natureza formal*, consumam-se independente da efetiva prática dos crimes para os quais houve a formação da respectiva sociedade delitiva, bastando a firme associação, e, caso os crimes visados venham a ocorrer, haverá concurso material.

No entanto, da análise dos tipos penais extraem-se algumas diferenças nítidas entre eles, quais sejam: **quanto à quantidade de membros da sociedade**, na *associação para o tráfico de drogas* o mínimo exigido é de dois membros, no delito de *associação criminosa* exige-se o mínimo de três pessoas e para a configuração da *organização criminosa*, é necessária a reunião de, no mínimo quatro; **quanto ao especial fim de agir**, na *associação para o tráfico* é a prática dos crimes definidos nos arts. 33, caput e § 1º, 34 e 36 da Lei de Drogas, na *associação criminosa* é a prática de crimes, uma vez que o legislador utilizou tal expressão crimes no plural, ou seja, jamais haverá uma associação criminosa com destinação à prática de apenas um delito, independentemente do quantum de pena cominada, além disso não exige o objetivo de obtenção de uma vantagem, podendo ocorrer com o simples fim de emulação ou perversidade e na *organização criminosa* é a prática de infrações penais cujas penas máximas seja m superiores a 4 (quatro) a nos, ou que sejam de caráter transnacional e com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza e por fim **quanto à estrutura organizacional**, tanto a *associação para o tráfico de drogas* quanto a *associação criminosa* são menos sofisticadas, não exigindo estrutura ordenada, nem divisão prévia de tarefas, bem como também prescinde de um líder, já a *organização criminosa* exige a reunião de, pelo menos, quatro pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, sob um comando individual ou coletivo.

Teresina, 26 de novembro de 2020

LUANA AZERÊDO ALVES
PROMOTORA DE JUSTIÇA
COORDENADORA DO CAOCRIM

ATUALIZAÇÕES

JURISPRUDÊNCIA – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INFORMATIVO 996 - 999

Cuidado a menor e à pessoa com deficiência e substituição de prisão preventiva

Tem direito à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar — desde que observados os requisitos do art. 318 do Código de Processo Penal (CPP) (1) e não praticados crimes mediante violência ou grave ameaça ou contra os próprios filhos ou dependentes — os pais, caso sejam os únicos responsáveis pelos cuidados de menor de 12 anos ou de pessoa com deficiência, bem como outras pessoas presas, que não sejam a mãe ou o pai, se forem imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos ou com deficiência.

Em observância à proteção integral e à prioridade absoluta conferidas pela Constituição Federal de 1988 (CF) às crianças e às pessoas com deficiência, é cabível a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar, nos casos dos incisos III e VI do art. 318 do CPP, quando o contexto familiar do investigado ou réu demonstrar a sua importância para a criação, o suporte, o cuidado e o desenvolvimento de criança ou pessoa com deficiência, bem como em decorrência das atuais circunstâncias de grave crise na saúde pública nacional que geram riscos mais elevados às pessoas inseridas no sistema penitenciário, em especial em razão da proliferação do Coronavírus (Covid-19) no Brasil.

Eventual recusa à substituição deve ser amplamente fundamentada pelo magistrado e só deve ocorrer em casos graves, tais como a prática pelo acusado de crime com violência ou grave ameaça à pessoa ou a prática de delitos contra sua própria prole.

Ressalte-se que o art. 318, VI, do CPP, prevê expressamente que, nos casos de presos do sexo masculino, o juiz deverá substituir a prisão preventiva pela domiciliar caso ele seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Em se tratando de outras pessoas presas que não sejam a mãe ou o pai, o inciso III estabelece que deverá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar se o preso for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

Com base nesse entendimento, a Segunda Turma concedeu a ordem de **habeas corpus** coletivo.

(1) CPP: “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante; V – mulher

com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” **HC 165704/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20.10.2020. (HC-165704)**

Delação premiada e fixação de competência

A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração da competência.

Isso porque, conforme decidido por esta Corte, nos autos do INQ 4.130, os fatos relatados em colaboração premiada não geram prevenção. Enquanto meio de obtenção de prova, os fatos relatados em colaboração premiada, quando não conexos com o objeto do processo que deu origem ao acordo, devem receber o tratamento conferido ao encontro fortuito de provas.

Destaca-se que a regra no processo penal é o respeito ao princípio do juiz natural, com a devida separação das competências entre justiça estadual e justiça federal. Assim, para haver conexão ou continência, seria necessário que, além da mera coincidência de agentes, houvesse uma conexão fático-objetiva entre os fatos imputados em ambas ações penais. Deve-se ter em conta que a conexão e a continência são “verdadeiras causas modificadoras da competência e que têm por fundamento a necessidade de reunir os diversos delitos conexos ou os diferentes agentes num mesmo processo, para julgamento simultâneo”.

Com a finalidade de viabilizar a instrução probatória e impedir a prolação de decisões contraditórias, a alteração da competência deve-se limitar às restritas situações em que houver o concurso de agentes em crime específico, simultâneo ou recíproco, nos casos de crimes cometidos com a finalidade de ocultar infração anterior, quando houver um liame probatório indispensável, ou nas hipóteses de duas pessoas serem acusadas do mesmo crime (arts. 76 e 77 do Código Penal).

No caso, o único vínculo fático-objetivo que sustentaria a tese da conexão instrumental seria a citação do paciente em uma delação, no sentido de que ele integraria a suposta organização criminosa investigada na ação que tramita perante a justiça federal. Não obstante a coincidência parcial de réus nas ações penais, há autonomia na linha de acontecimentos que desvincula os fatos imputados ao paciente numa delas dos fatos descritos na outra.

Trata-se de agravo regimental em habeas corpus impetrado contra decisão de indeferimento de idêntica medida no Superior Tribunal de Justiça que manteve a competência da justiça federal para julgar e processar o paciente, promotor de justiça aposentado.

Com base no entendimento exposto, a Segunda Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental interposto contra decisão concessiva da ordem, decretou a ilegalidade da prisão preventiva do paciente, por estar fundada em suposições e ilações, e determinou a remessa dos autos à justiça comum estadual de primeiro grau.

HC 181978 AgR/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10.11.2020. (HC-181978)

JURISPRUDÊNCIA - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INFORMATIVO 681 - 682

Direito à privacidade e à intimidade. Identificação de usuários em determinada localização geográfica. Imposição que não indica pessoa individualizada. Requisição de dados pessoais armazenados por provedor de serviços de *internet*. Ausência de ilegalidade ou de violação dos princípios e garantias constitucionais. Fundamentação da medida. Necessidade.

Os direitos à vida privada e à intimidade fazem parte do núcleo de direitos relacionados às liberdades individuais, sendo, portanto, protegidos em diversos países e em praticamente todos os documentos importantes de tutela dos direitos humanos. No Brasil, a Constituição Federal, no art. 5º, X, estabelece que: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Nesse contexto, a ideia de sigilo expressa verdadeiro direito da personalidade, notadamente porque se traduz em garantia constitucional de inviolabilidade dos dados e informações inerentes a pessoa, advindas também de suas relações no âmbito digital.

Em uma sociedade em que a informação é compartilhada cada vez com maior velocidade, nada mais natural que a preocupação do indivíduo em assegurar que fatos inerentes a sua vida pessoal sejam protegidos, sobretudo diante do desvirtuamento ou abuso de interesses de terceiros. Entretanto, mesmo reconhecendo que o sigilo é expressão de um direito fundamental de alta relevância ligado à personalidade, a doutrina e a jurisprudência compreendem que não se trata de um direito absoluto, admitindo-se a sua restrição quando imprescindível ao interesse público.

De fato, embora deva ser preservado na sua essência, este Superior Tribunal de Justiça, assim como a Suprema Corte, entende que é possível afastar a proteção ao sigilo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, invariavelmente por meio de decisão proferida por autoridade judicial competente, suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre

lastreada em indícios que devem ser, em tese, suficientes à configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública.

Importante ressaltar que a determinação de quebra de dados informáticos estáticos, relativos a arquivos digitais de registros de conexão ou acesso a aplicações de *internet* e eventuais dados pessoais a eles vinculados, é absolutamente distinta daquela que ocorre com as interceptações das comunicações, as quais dão acesso ao fluxo de comunicações de dados, isto é, ao conhecimento do conteúdo da comunicação travada com o seu destinatário. Há uma distinção conceitual entre a quebra de sigilo de dados armazenados e a interceptação do fluxo de comunicações. Decerto que o art. 5º, X, da CF/88 garante a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, inclusive quando os dados informáticos constarem de banco de dados ou de arquivos virtuais mais sensíveis. Entretanto, o acesso a esses dados registrados ou arquivos virtuais não se confunde com a interceptação das comunicações e, por isso mesmo, a amplitude de proteção não pode ser a mesma.

Com efeito, o procedimento de que trata o art. 2º da Lei n. 9.296/1996, cujas rotinas estão previstas na Resolução n. 59/2008 (com alterações ocorridas em 2016) do CNJ, os quais regulamentam o art. 5º, XII, da CF, não se aplicam a procedimento que visa a obter dados pessoais estáticos armazenados em seus servidores e sistemas informatizados de um provedor de serviços de *internet*. A quebra do sigilo desses dados, na hipótese, corresponde à obtenção de registros informáticos existentes ou dados já coletados.

Ademais, não há como pretender dar uma interpretação extensiva aos referidos dispositivos, de modo a abranger a requisição feita em primeiro grau, porque a ordem é dirigida a um provedor de serviço de conexão ou aplicações de *internet*, cuja relação é devidamente prevista no Marco Civil da *Internet*, o qual não impõe, entre os requisitos para a quebra do sigilo, que a ordem judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação ou que a prova da infração (ou da autoria) possa ser realizada por outros meios.

Nota-se que os arts. 22 e 23 do Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965/2014) não exigem a indicação ou qualquer elemento de individualização pessoal na decisão judicial. Assim, para que o magistrado possa requisitar dados pessoais armazenados por provedor de serviços de *internet*, mostra-se satisfatória a indicação dos seguintes elementos previstos na lei: a) indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa da utilidade da requisição; e c) período ao qual se referem os registros. Não é necessário, portanto, que o magistrado fundamente a requisição com indicação da pessoa alvo da investigação, tampouco que justifique a indispensabilidade da medida, ou seja, que a prova da infração não pode ser realizada por outros meios.

Logo, a quebra do sigilo de dados armazenados, de forma autônoma ou associada a outros dados pessoais e informações, não obriga a autoridade judiciária a indicar previamente as pessoas que estão

sendo investigadas, até porque o objetivo precípua dessa medida, na expressiva maioria dos casos, é justamente de proporcionar a identificação do usuário do serviço ou do terminal utilizado.

De se observar, quanto à proporcionalidade da quebra de dados informáticos, se a determinação judicial atende aos seguintes critérios: a) adequação ou idoneidade (dos meios empregados para se atingir o resultado); b) necessidade ou proibição de excesso (para avaliar a existência ou não de outra solução menos gravosa ao direito fundamental em foco); c) proporcionalidade em sentido estrito (para aferir a proporcionalidade dos meios empregados para o atingimento dos fins almejados).

Logo, a ordem judicial para quebra do sigilo dos registros, delimitada por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo, não se mostra medida desproporcional, porquanto, tendo como norte a apuração de gravíssimos crimes, não impõe risco desmedido à privacidade e à intimidade dos usuários possivelmente atingidos por tal diligência. **RMS 61.302-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, por maioria, julgado em 26/08/2020, DJe 04/09/2020**

Crime de falso testemunho. Processo em trâmite no TJDF. Ausência de interesse da União. Competência da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Ao desenhar a partição de competências do Poder Judiciário da União, a Constituição da República dividiu-o em cinco ramos: 1) Justiça Comum Federal; 2) Justiça Eleitoral; 3) Justiça do Trabalho; 4) Justiça Militar; e 5) Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Segundo a Súmula 165/STJ, "compete à justiça federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista". Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.684 concluiu, em definitivo, faltar à Justiça do Trabalho jurisdição penal (Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 29/05/2020). Exceptuada a Justiça do Trabalho, todos os demais ramos do Poder Judiciário da União têm jurisdição penal.

Ocorre que, em 1992, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão no qual firmou a competência da Justiça Federal para julgar crime de falso testemunho praticado contra a administração da Justiça Eleitoral (CC 2.437/SP, Rel. Ministro José Dantas, DJ 06/04/1992). Pela jurisprudência do STJ, portanto, no caso de depoimento falso constatado em causa no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, é da Justiça Federal a competência para processar e julgar tal delito.

No âmbito da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar reconhece a atribuição da Justiça Castrense para o crime de falso testemunho (art. 346 do Código Penal Militar) cometido em processos de sua jurisdição.

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao contrário da Justiça Trabalhista, detém atribuições criminais (como também as Justiças Eleitoral e a Militar). Todavia, diferentemente de todos outros braços do Poder Judiciário da União, o TJDFT possui natureza híbrida, pois sua competência jurisdicional corresponde à dos Tribunais estaduais (ou seja, não se trata de Justiça especializada). Por isso, o Superior Tribunal de Justiça proferiu julgados nos quais consignou que outros crimes (diversos do falso testemunho) cometidos contra o MPDFT ou o TJDFT não são processados e julgados na Justiça Comum Federal.

Em conclusão, a índole *sui generis* da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, distinta por sua atribuição jurisdicional equivalente à dos Tribunais estaduais, impede o reconhecimento de interesse direto da União na causa. **CC 166.732-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 14/10/2020, DJe 21/10/2020**

Prisão preventiva. Liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança. Pandemia de covid-19. Recomendação n. 62/CNJ. Excepcionalidade das prisões. Ordem concedida. Extensão dos efeitos para todo o território nacional.

Busca-se no *habeas corpus* coletivo, a soltura de todos os presos do estado do Espírito Santo que tiveram o deferimento da liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança.

Não se pode olvidar que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62/2020, em que recomenda aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Nesse contexto, corroborando com a evidência de notória e maior vulnerabilidade do ambiente carcerário à propagação do novo coronavírus, nota técnica apresentada após solicitação apresentada pela Coordenação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no Distrito Federal - IBCCrim/DF, demonstra que, sendo o distanciamento social tomado enquanto a medida mais efetiva de prevenção à infecção pela covid-19, as populações vivendo em aglomerações, como favelas e presídios, mostram-se significativamente mais sujeitas a contrair a doença mesmo se proporcionados equipamentos e insumos de proteção a estes indivíduos.

Por sua vez, a Organização das Nações Unidas (ONU), admitindo o contexto de maior vulnerabilidade social e individual das pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, divulgou, em 31/3/2020, a Nota de Posicionamento - Preparação e respostas à covid-19 nas prisões. Dentre as análises realizadas, a ONU afirma a possível insuficiência de medidas preventivas à proliferação da covid-19 nos presídios em que sejam verificadas condições estruturais de alocação de presos e de fornecimento de insumos de higiene pessoal precárias, a exemplo da superlotação prisional.

Assim, a ONU recomenda a adoção de medidas alternativas ao cárcere para o enfrentamento dos desafios impostos pela pandemia aos já fragilizados sistemas penitenciários nacionais e à situação de inquestionável vulnerabilidade das populações neles inseridas.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) igualmente afirmou, por meio de sua Resolução n. 1/2020, a necessidade de adoção de medidas alternativas ao cárcere para mitigar os riscos elevados de propagação da covid-19 no ambiente carcerário, considerando as pessoas privadas de liberdade como mais vulneráveis à infecção pelo novo coronavírus se comparadas àquelas usufruindo de plena liberdade ou sujeitas a medidas restritivas de liberdade alternativas à prisão.

Por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF n. 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional se encontra em um estado de coisas inconstitucional, é que se faz necessário dar imediato cumprimento às recomendações apresentadas no âmbito nacional e internacional, que preconizam a máxima excepcionalidade das novas ordens de prisão preventiva, inclusive com a fixação de medidas alternativas à prisão, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (covid-19).

Assim, nos termos em que preconiza o Conselho Nacional de Justiça em sua Resolução, não se mostra proporcional a manutenção dos investigados na prisão, tão somente em razão do não pagamento da fiança, visto que os casos - notoriamente de menor gravidade - não revelam a excepcionalidade imprescindível para o decreto preventivo.

Ademais, o Judiciário não pode se portar como um Poder alheio aos anseios da sociedade, sabe-se do grande impacto financeiro que a pandemia já tem gerado no cenário econômico brasileiro, aumentando a taxa de desemprego e diminuindo ou, até mesmo, extirpando a renda do cidadão brasileiro, o que torna a decisão de condicionar a liberdade provisória ao pagamento de fiança ainda mais irrazoável. **HC 568.693-ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 14/10/2020, DJe 16/10/2020**

Bem de família. Exceção à regra da impenhorabilidade. Sentença penal condenatória transitada em julgado. Imprescindibilidade. Art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/1990. Interpretação restritiva.

A Lei n. 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como instrumento de tutela do direito fundamental à moradia da família e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para uma vida digna.

No entanto, mesmo esse importantíssimo instituto possui limites de aplicações. A depender das circunstâncias, a própria Lei n. 8.009/1990 prevê exceções à regra da impenhorabilidade. Assim, o art. 3º,

VI, da mencionada lei dispõe que não é possível opor a impenhorabilidade quando o bem em questão for adquirido como produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória.

Nessas hipóteses, no cotejo entre os bens jurídicos envolvidos, o legislador preferiu defender o ofendido por conduta criminosa ao autor da ofensa, conforme nota a doutrina: "essas exceções significam que a Lei do Bem de Família teve a intenção de balancear valores, privilegiando o valor moradia, mas ressaltando que o bem de família será penhorável em benefício dos credores por alimentos, ou por verbas devidas aos trabalhadores da própria residência, ou por garantia real constituída pelo devedor residente no imóvel etc."

Sobre efeitos da condenação penal sobre o âmbito cível, é fato que a sentença penal condenatória produz também efeitos extrapenais, tanto genéricos quanto específicos. Os efeitos genéricos decorrem automaticamente da sentença, sem necessidade de abordagem direta pelo juiz. Entre esses efeitos genéricos, há a obrigação de reparar o dano causado, tal como previsto no art. 91, I, do Código Penal.

Por se tratar de regra que excepciona a impenhorabilidade do bem de família e decorrer automaticamente de sentença penal condenatória, a jurisprudência do STJ já se posicionou sobre a impossibilidade de interpretação extensiva de outros incisos contidos no art. 3º da Lei n. 8.009/1990.

Por fim, anota-se ser inegável que, para a incidência da exceção prevista no art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/1990, faz-se necessária a presença de sentença penal condenatória transitada em julgado, por não ser possível a interpretação extensiva. **REsp 1.823.159-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 13/10/2020, DJe 19/10/2020**

Estupro de vulnerável. Irmã da vítima. Conduta omissiva imprópria. Atipicidade. Inocorrência. Possível assunção do papel de garantidor. Art. 13, § 2º, "b" e "c", do Código Penal.

Trata-se de denúncia pela prática do delito de estupro de vulnerável na forma omissiva imprópria, tendo por vítimas as irmãs menores da denunciada e como autor da conduta comissiva seu marido.

Os crimes omissos impróprios, de acordo com a doutrina, são aqueles que "(...) envolvem um não fazer, que implica a falta do dever legal de agir, contribuindo, pois, para causar o resultado. Não têm tipos específicos, gerando uma tipicidade por extensão. Para que alguém responda por um delito omissivo impróprio é preciso que tenha o dever de agir, imposto por lei, deixando de atuar, dolosa ou culposamente, auxiliando na produção do resultado."

Quando se fala em "dever legal de agir" e em assunção do papel de "garantidor", o Código Penal, no art. 13, § 2º, apresenta três hipóteses taxativas para caracterizar tal incumbência ao agente.

Na primeira perspectiva, na alínea "a", tem-se a figura do garantidor legal *stricto sensu*, aquele que tem por lei o dever de proteção, vigilância e cuidado, hipótese comumente aplicada entre os pais e os seus filhos menores de idade, no exercício de seu poder familiar. Nesse ponto, é clara a impossibilidade de extensão das obrigações paternas aos irmãos. Afinal, muito embora haja vínculo familiar e até presumidamente uma relação afetiva entre irmãos, o mero parentesco não torna penalmente responsável um irmão para com o outro, salvo, evidentemente, os casos de transferência de guarda ou tutela.

A lei, ainda, expressamente prevê a assunção da figura de "garantidor" pelo agente, nas alíneas "b" e "c", quais sejam: o da pessoa que de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, e daquele que criou o risco da ocorrência do resultado a partir de seu comportamento anterior.

Assim, muito embora uma irmã mais velha não possa ser enquadrada na alínea "a" do art. 13, § 2º, do CP, pois o mero parentesco não torna penalmente responsável um irmão para com o outro, caso caracterizada situação fática de assunção da figura do "garantidor" pela irmã, nos termos previstos nas duas alíneas seguintes do referido artigo ("b" e "c"), não há falar em atipicidade de sua conduta. Hipótese em que a acusada omitiu-se quanto aos abusos sexuais em tese praticados pelo seu marido na residência do casal contra suas irmãs menores durante anos. Assunção de responsabilidade ao levar as crianças para sua casa sem a companhia da genitora e criação de riscos ao não denunciar o agressor, mesmo ciente de suas condutas, bem como ao continuar deixando as meninas sozinhas em casa. **HC 603.195-PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 06/10/2020, DJe 16/10/2020**

Sonegação fiscal. Teoria do domínio do fato. Inexistência de nexo de causalidade. Inaplicabilidade. Dolo. Essencialidade. Descrição de culpa em sentido estrito. Incompatibilidade com o tipo penal.

Apesar de o Código Penal prever que todo aquele que concorre para o crime é considerado autor (art. 29, caput), ainda que a sua participação seja de menor importância (art. 29, § 1º), há situações nas quais o intérprete lança mão do domínio do fato, do modo a presumir e demarcar a autoria.

Entretanto, o conceito de "domínio do fato" ou "domínio final do fato" não se satisfaz com a simples referência à posição do indivíduo como administrador ou gestor (de fato ou previsto no contrato social da empresa). Vale dizer, é insuficiente considerar tal circunstância, isoladamente, para que se possa atribuir a responsabilidade penal pela prática de crime tributário.

Em relação ao domínio do fato, há interessantes produções doutrinárias que chamam a atenção para os problemas que orbitam ao redor dessa teoria. O principal deles pode ser identificado logo em sua

gênese, isto é, na ausência de uma construção teórico-dogmática coerente e passível de ser coordenada em harmonia com o nosso ordenamento jurídico, sobretudo na atuação jurisdicional diante de casos concretos. Fazer uso da teoria do domínio do fato pressupõe do intérprete a manutenção da coerência sistêmica.

Foi com Welzel, em 1939, que surgiu uma teoria do domínio do fato como critério de delimitação de autoria e que dependeria de dois pressupostos: a) os pessoais, decorrentes da estrutura do tipo, e o b) fático, ligado ao domínio final do fato (o autor seria o senhor da decisão e da execução de sua vontade final). O domínio do fato, em sua concepção, portanto, compunha as espécies de autoria ou coautoria (direta ou mediata).

Todavia, é com Roxin, sem dúvida, que a teoria do domínio do fato ganhou "sua expressão mais acabada" Longe de ser um aprimoramento ou aperfeiçoamento da teoria de Welzel, constituiu-se ela uma construção nova, com implicações teóricas e práticas distintas.

Enquanto para Welzel a teoria do domínio do fato seria um pressuposto (requisito) material para determinação da autoria, para Roxin consistiria em um critério para delimitação do papel do agente na prática delitiva (como autor ou partícipe). Ela representou, assim, uma forma de distinguir autor de partícipe e não fundamentou responsabilidade penal onde ela não existe, mas apenas distinguiu o papel desempenhado por cada agente no delito.

Roxin desenvolveu uma teoria em que o domínio do fato se manifestava de três maneiras, sem a pretensão de universalidade sobre todos os casos: a) domínio da ação, nas hipóteses em que o agente realiza, por sua própria pessoa, todos os elementos estruturais do crime (autoria imediata); b) domínio da vontade, na qual um terceiro funciona como instrumento do crime (autoria mediata); e c) domínio funcional do fato, que trata da ação coordenada, com divisão de tarefas, por pelo menos mais uma pessoa.

Ao tratar especificamente do domínio da vontade, Roxin distinguiu três hipóteses: (1) por coação exercida sobre terceiro, (2) por indução a erro de terceiro e (3) por um aparato organizado de poder. Esta última hipótese trata daquele que "servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados".

Mas, para Roxin, esse não seria o único critério de fundamentação e distinção da autoria e da participação. Existiriam outros delitos que não seriam influenciados pela teoria do domínio do fato, como naqueles em que há violação de dever (delitos próprios). Então, v. g., no crime de peculato, não seria estabelecida a autoria pela teoria do domínio do fato, mas por violação de dever. Além desses, os delitos

culposos, omissivos (próprios e impróprios), também não seriam abrangidos pela teoria do domínio do fato.

Observa-se, portanto, que a referida teoria opera em um plano de abstração e funciona como uma *ratio*, a qual é insuficiente, por si mesma e se conceitualmente considerada, para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É insuficiente e equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado aos fatos, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo (comprovação da existência de um plano delituoso comum ou a contribuição relevante para a ocorrência do fato criminoso).

Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva.

Também não é correto, no âmbito da imputação da responsabilidade penal, partir da premissa ligada à forma societária, ao número de sócios ou ao porte apresentado pela empresa para se presumir a autoria, sobretudo porque nem sempre as decisões tomadas por gestor de uma sociedade empresária ou pelo empresário individual, - seja ela qual for e de que forma esteja constituída - implicam o absoluto conhecimento e aquiescência com os trâmites burocráticos subjacentes, os quais, não raro, são delegados a terceiros.

O delito de sonegação fiscal, previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, exige, para sua configuração, que a conduta do agente seja dolosa, consistente na utilização de procedimentos (fraude) que violem de forma direta a lei ou o regulamento fiscal, com objetivo de favorecer a si ou terceiros, por meio da sonegação. Há uma diferença inquestionável entre aquele que não paga tributo por circunstâncias alheias à sua vontade de pagar (dificuldades financeiras, equívocos no preenchimento de guias etc.) e quem, dolosamente, sonega o tributo com a utilização de expedientes espúrios e motivado por interesses pessoais.

Na hipótese, o quadro fático descrito na imputação é mais indicativo de conduta negligente ou imprudente. A constatação disso é reforçada pela delegação das operações contábeis sem a necessária fiscalização, situação que não se coaduna com o dolo, mas se aproxima da culpa em sentido estrito, não prevista no tipo penal em questão. **REsp 1.854.893-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020**

Execução Penal. Progressão de regime. Crime hediondo. Reincidente não específico. Requisito objetivo. Lei n. 13.964/2019 (Pacote anticrime). Lacuna na nova redação do art. 112 da LEP. Interpretação *in bonam partem*.

Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que, nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo) (AgRg no HC n. 494.404/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 20/5/2019).

Contudo, tal entendimento não pode mais prevalecer diante da nova redação do art. 122 da Lei de Execução Penal, trazida com a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Com efeito, a Lei de Crimes Hediondos não fazia distinção entre a reincidência genérica e a específica para estabelecer o cumprimento de 3/5 da pena para fins de progressão de regime, é o que se depreende da leitura do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990: A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Já a Lei n. 13.964/2019 trouxe significativas mudanças na legislação penal e processual penal, e, nessa toada, revogou o referido dispositivo legal. Agora, os requisitos objetivos para a progressão de regime foram sensivelmente modificados, tendo sido criada uma variedade de lapsos temporais a serem observados antes da concessão da benesse.

A leitura da atual redação do dispositivo em comento revela, porém, que a situação em exame (condenado por crime hediondo, reincidente não específico) não foi contemplada na lei. Vejamos: Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: [...] V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; [...] VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Dessa forma, em relação aos apenados que foram condenados por crime hediondo mas que são reincidentes em razão da prática anterior de crimes comuns não há percentual previsto na Lei de Execuções Penais, em sua nova redação, para fins de progressão de regime, visto que os percentuais de

60% e 70% se destinam unicamente aos reincidentes específicos, não podendo a interpretação ser extensiva, vez que seria prejudicial ao apenado. Assim, por ausência de previsão legal, o julgador deve integrar a norma aplicando a *analogia in bonam partem*.

No caso (condenado por crime hediondo com resultado morte, reincidente não específico), diante da lacuna na lei, deve ser observado o lapso temporal relativo ao primário. Impõe-se, assim, a aplicação do contido no inciso VI, *a*, do referido artigo da Lei de Execução Penal, exigindo-se, portanto, o cumprimento de 50% da pena para a progressão de regime. **HC 581.315-PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 06/10/2020, DJe 19/10/2020**

***Habeas corpus* individual e coletivo. Tráfico privilegiado. Art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006. Crime não hediondo. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Regime prisional. Proporcionalidade. Súmulas e jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. Força normativa. Desrespeito ao sistema de precedentes. Necessidade de segurança jurídica, estabilidade e isonomia do jurisdicionado. Busca da racionalidade punitiva.**

Há anos são perceptíveis, em um segmento da jurisdição criminal, os reflexos de uma postura judicial que, sob o afirmado escudo da garantia da independência e da liberdade de julgar, reproduz política estatal que se poderia, não sem exagero, qualificar como desumana, desigual, seletiva e preconceituosa. Tal orientação, que se forjou ao longo das últimas décadas, parte da premissa equivocada de que não há outro caminho, para o autor de qualquer das modalidades do crime de tráfico - nomeadamente daquele considerado pelo legislador como de menor gravidade -, que não o seu encarceramento.

Essa insistente desconsideração de alguns órgãos judicantes às diretrizes normativas derivadas das Cortes de Vértice produz um desgaste permanente da função jurisdicional, com anulação e/ou repetição de atos, e implica inevitável lesão financeira ao erário, bem como gera insegurança jurídica e clara ausência de isonomia na aplicação da lei aos jurisdicionados.

Em suma, diante da mesma situação factual - tráfico de pequena monta, agente primário, sem antecedentes penais, sem prova de vínculo com organização criminoso e de exercício de atividade criminoso (que não seja, é claro, a específica mercancia ilícita eventual que lhe rendeu a condenação) -, há de reconhecer-se que:

A Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), em seu art. 112, § 5º (com a redação que lhe conferiu a Lei n. 13.964/2019) é expressa em dizer que "§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006";

O Ministério Público, a par da função exclusiva de exercitar a ação penal pública, é também constitucionalmente incumbido da "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*, da C.R.), e deve agir de acordo com critérios de objetividade, comprometido, pois, com o direito (*custos iuris*) e com a verdade. Logo, a acusação formulada pelo Ministério Público há de consubstanciar uma imputação responsabilmente derivada da realidade fático-jurídica evidenciada pelo simples exame do inquérito policial, muitas vezes já indicativa de que não se cuida de hipótese de subsunção da conduta do agente ao crime de tráfico de drogas positivado no *caput* do art. 33 da LAD.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores - quer por meio de Súmulas (verbetes n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ), quer por meio de julgamentos proferidos pela composição Plena do Supremo Tribunal Federal, seguidos por inúmeros outros julgamentos da mesma Corte e do STJ - é uníssona e consolidada no sentido de que:

Não se pode impor regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito e sem a idônea motivação, que não pode decorrer da mera opinião do julgador;

O condenado por crime de tráfico privilegiado, nos termos do art. 33. § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a pena inferior a 4 anos de reclusão, faz jus a cumprir a reprimenda em regime inicial aberto ou, excepcionalmente, em semiaberto, desde que por motivação idônea, não decorrente da mera natureza do crime, de sua gravidade abstrata ou da opinião pessoal do julgador;

O condenado por crime de tráfico privilegiado, nas condições e nas ressalvas da alínea anterior, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

O autor do crime previsto no art. 33, § 4º da LAD não pode permanecer preso preventivamente, após a sentença (ou mesmo antes, se a segregação cautelar não estiver apoiada em quadro diverso), porque:

a) O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal - e copiosa jurisprudência das Cortes Superiores - afastou a vedação à liberdade provisória referida no art. 44 da LAD;

b) Não é cabível prisão preventiva por crime punido com pena privativa máxima igual ou inferior a 4 anos (art. 313, I do Código de Processo Penal);

c) O tempo que o condenado eventualmente tenha permanecido preso deverá ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (art. 387, § 2º do CPP), o que, a depender do tempo da custódia e do quantum da pena arbitrada, implicará imediata soltura do sentenciado, mesmo se fixado o regime inicial intermediário, ou seja, o semiaberto (dado que, como visto,

não se mostra possível a inflição de regime fechado ao autor de tráfico privilegiado). **HC 596.603-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 08/09/2020, DJe 22/09/2020**

Prisão em flagrante. Conversão de ofício em prisão preventiva. Vigência da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Ilegalidade. Necessidade de prévio requerimento.

A Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) promoveu diversas alterações processuais, deixando clara a intenção do legislador de retirar do magistrado qualquer possibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva.

O anterior posicionamento desta Corte, no sentido de que "não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva", merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela referida lei, já que parece evidente a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório.

Com efeito, a alteração introduzida no art. 311 do CPP, do qual foi suprimida a expressão "de ofício", corrobora a interpretação segundo a qual passou a ser imprescindível a representação prévia para decretação da prisão cautelar, inclusive para conversão do flagrante em preventiva.

Portanto, a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do assistente ou querelante, ou da autoridade policial.

No mesmo sentido, o em. Ministro Celso de Mello, quando da apreciação do pedido liminar no HC 186.421/SC, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, enfrentou o tema, decidindo pela interpretação sistemática do dispositivo processual acima referenciado, concluindo pela inviabilidade da conversão de ofício do flagrante em preventiva.

Destaca-se, ainda, recente pedido liminar deferido pela Suprema Corte, nos autos do HC 191.042/MG (Rel. Ministro Edson Fachin, DJe de 23/9/2020), no mesmo sentido da tese ora defendida.

Por fim, como dever de lealdade, cita-se o resultado do julgamento do HC 583.995/MG (Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ acórdão Min. Rogério Schietti Cruz), no qual a Sexta Turma do STJ em 15/9/2020, por 3 votos a 2, decidiu pela possibilidade de conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, ainda que após a vigência da Lei n. 13.964/2019. Até a Quinta Turma também decidiu na mesma linha, no AgRg 611.940, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em 22/09/2020, cujo voto, porém, não mereceu uma discussão maior no Colegiado.

No referido julgamento da 6ª Turma, restou decidido que a conversão do flagrante em prisão preventiva é uma situação à parte, que não se confunde com a decisão judicial que simplesmente decreta a preventiva ou qualquer outra medida cautelar. Para o ministro Rogerio Schietti - cujo voto foi acompanhado pela ministra Laurita Vaz e pelo ministro Antonio Saldanha Palheiro - quando há o flagrante, a situação é de urgência, pois a lei imporia ao juiz, independentemente de provocação, a obrigação imediata de verificar a legalidade da prisão e a eventual necessidade de convertê-la em preventiva ou aplicar medida cautelar diversa.

Apesar dos argumentos muito bem lançados, tal interpretação seria uma evidente autorização à atuação inquisitiva do Juiz, contrariando o propósito da nova Lei, claramente no sentido da linha acusatória. HC 590.039-GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 20/10/2020, DJe 29/10/2020

Estupro de vulnerável. Ambiente doméstico e familiar. Vítima do sexo feminino. Idade. Irrelevância. Competência. Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher.

Inicialmente, frisa-se que a Lei n. 11.340/2006 não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher (pouco importando sua idade) e que a violência seja cometida no ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

No caso, o que importa é constatar que não apenas a agressão sexual se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente - especializado - para processar e julgar a ação penal.

Não se ignora que parte da jurisprudência desta Corte Superior considera apenas o fator etário e não a condição de mulher da vítima, a fim de excluir a competência da vara especializada, mesmo quando o delito é praticado em ambiente doméstico.

É descabida a preponderância de um fator meramente etário, para afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei Maria da Pena, desconsiderando o que, na verdade, importa, é dizer, a violência praticada contra a mulher (de qualquer idade), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

A Lei n. 11.340/2006 nada mais objetiva do que proteger vítimas, contra quem os abusos aconteceram no ambiente doméstico e decorreram da distorção sobre a relação familiar decorrente do

pátrio poder, em que se pressupõe intimidade e afeto, além do fator essencial de ela ser mulher, elementos suficientes para atrair a competência da vara especializada em violência doméstica.

A prevalecer o entendimento combatido, crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica - segmento especial e prioritariamente protegido pela Constituição da República (art. 227) - passariam a ter um âmbito de proteção menos efetivo do que mulheres adultas. E, mesmo em relação a estas, cumpre enfatizar que não se poderia jamais cogitar de retorno a um tempo em que muitos professavam que somente as mulheres frágeis física ou emocionalmente encontravam guarida nas normas protetivas da Lei Maria da Penha.

Ademais, a ideia de vulnerabilidade da vítima que passou a compor o nome do delito do art. 217-A do Código Penal tem o escopo de afastar relativizações da violência sexual contra vítimas nessas condições, entre elas as de idade inferior a 14 anos de idade, não se exigindo igual conceito para fins de atração do complexo normativo da Lei Maria da Penha. RHC 121.813-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 20/10/2020, DJe 28/10/2020

Busca e apreensão. Quebra de sigilo telemático. Investigações Criminais. Delimitação temporal. Desnecessidade. Lei n. 12.965/2014 (Lei do Marco Civil da Internet).

A Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) aplica-se às relações privadas e no seu art. 10 tem previsão ampla da necessidade de tutela da privacidade de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas. No entanto, ao tratar do acesso judicial somente exige limitação temporal quanto aos registros de "aplicações de internet", termo legal usado para definir "o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet" (art. 5º, VII).

Assim, não há limitação de tempo para acesso aos dados pessoais, em sentido amplo, mas apenas ao acesso à internet.

Ademais, a proteção da privacidade mencionada no art. 3º, II, do estatuto legal refere-se ao uso da internet, conceituada como "o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes" (art. 5º, I).

Apesar de o artigo 22, III, da referida lei determinar que a requisição judicial de registro deve conter o período ao qual se referem, tal quesito só é necessário para o fluxo de comunicações, sendo inaplicável nos casos de dados já armazenados que devem ser obtidos para fins de investigações criminais.

Dessa forma, não é necessário especificar a limitação temporal para os acessos requeridos pelo Ministério Público, por se tratar de dados estáticos, constantes nas plataformas de dados.

No caso, não se trata de guarda e disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, e, acaso fosse, a autoridade policial ou o Ministério Público poderia requerer cautelarmente que o provedor de aplicações de internet, por ordem judicial, guardasse os registros de acesso à aplicação de internet, para finalidades de investigação criminal. **HC 587.732-RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020**

Prisão em flagrante. Conversão em preventiva. Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Decisão de ofício. Possibilidade.

A conversão da decretação da prisão em flagrante em preventiva de ofício, embora suscite relevante controvérsia, deve ser resolvida em favor de sua possibilidade.

Desde que concretamente fundamentada, a decisão que conclui pela necessidade, sempre excepcional, de imposição da prisão cautelar é de ser admitida em razão do poder geral de cautela do magistrado, que, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve, uma vez vislumbrada a presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, independente de provação, decretar a prisão cautelar.

Além de ser necessária a admissão dessa hipótese por questões pragmáticas, como, por exemplo, nos casos de ausência de membro do Ministério Público em audiências em que se delibere sobre a necessidade da prisão do acusado, deve-se assinalar que tal proceder não macula o princípio acusatório. O que há, nessa hipótese, é a regularização da prisão em flagrante, sem prejuízo de provação das partes sobre a necessidade ou não de sua manutenção. Ou seja, um contraditório diferido.

A propósito, conforme já decidiu esta Corte, "embora o art. 311 do CPP aponte a impossibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo Juízo, é certo que, da leitura do art. 310, II, do CPP, observa-se que cabe ao Magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, proceder a sua conversão em prisão preventiva, independentemente de provocação do Ministério Público ou da Autoridade Policial, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP, exatamente como se verificou na hipótese dos autos, não havendo falar em nulidade quanto ao ponto" (HC n. 539.645/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/8/2020, DJe 24/8/2020).

ATIVIDADES DO CAOCRIM

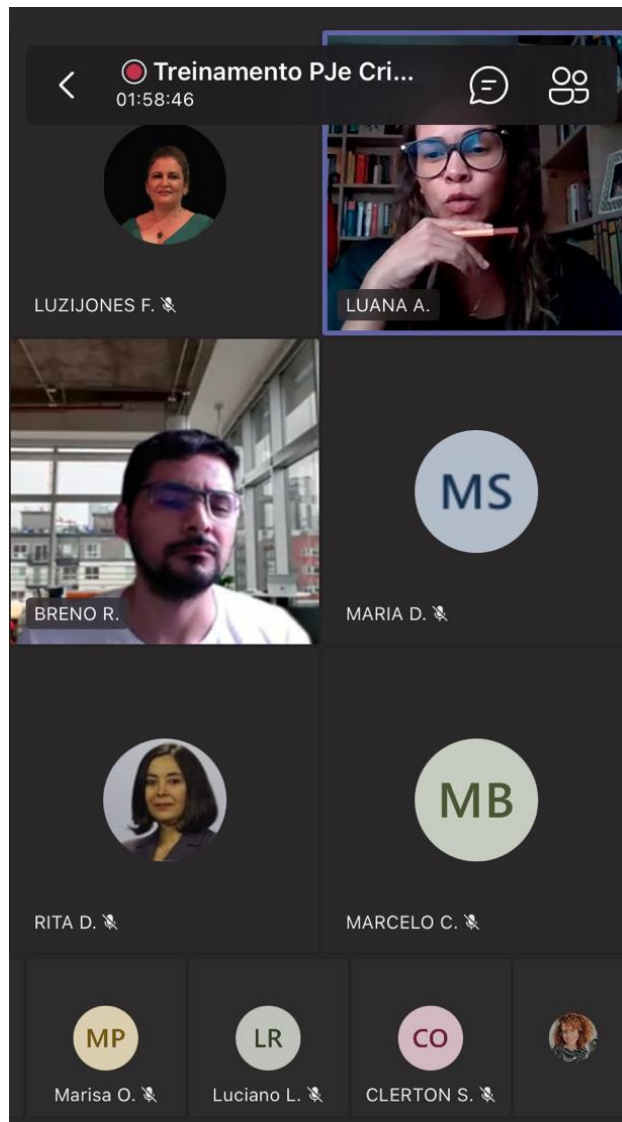
REUNIÕES E EVENTOS

Novembro

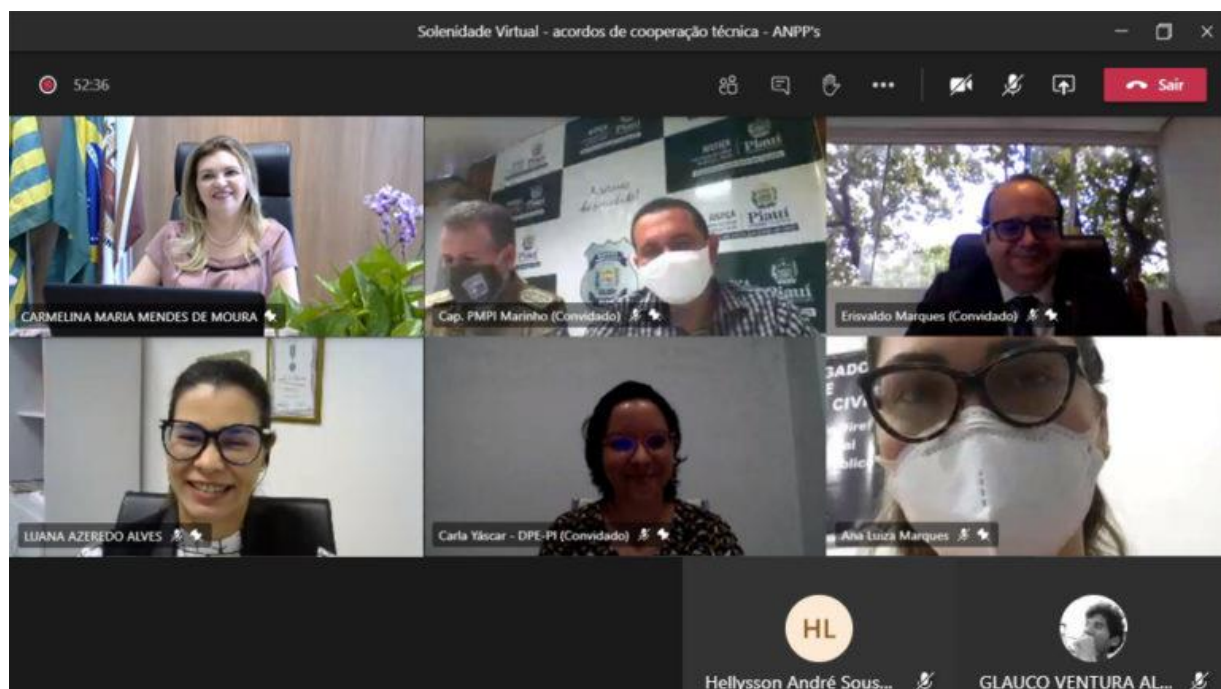
<i>D</i>	<i>S</i>	<i>T</i>	<i>Q</i>	<i>Q</i>	<i>S</i>	<i>S</i>
1	2	3 Reunião com a comissão do procedimento extrajudicial eletrônico	4 Reunião com a equipe CAOCRIM	5 Reunião com o GACEP	6	7
8	9 Reunião com a OAB sobre os acordos de cooperação p/ ANPP	10 Reunião com o GAPPE Reunião com o Grupo de Estudos	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23 Reunião com a TI sobre o Brainstorm Apresentação do Relatório final do procedimento judicial eletrônico	24 Assinatura dos acordos de cooperação em relação aos ANPP's SIMPÓSIO SOBRE O DIREITO DAS VITIMAS CRIMINAIS	25 Reunião com o GACEP SIMPÓSIO SOBRE O DIREITO DAS VITIMAS CRIMINAIS	26 Reunião CAOCRIM Reunião com a Defensoria Pública e Promotores do Núcleo Criminal SIMPÓSIO SOBRE O DIREITO DAS VITIMAS CRIMINAIS	27 Seminário Internacional de Justiça Negociada e ANPP Treinamento PJE Criminal SIMPÓSIO SOBRE O DIREITO DAS VITIMAS CRIMINAIS	28
29	30					

REGISTROS

Treinamento PJE Criminal



Assinatura dos acordos de cooperação em relação aos ANPP's



ATENDIMENTOS

Atendimentos realizados aos órgãos de execução: 102

<u>Dúvidas e Orientações</u> : 14
<u>Acesso aos sistemas (SISBO, SISPROCEP, BID, SEEU, SIAPEN, SPC)</u> : 80
<u>Dúvidas acerca de ANPP</u> : 5
<u>Subsídios doutrinários, legislativos e jurisprudenciais</u> : 4
<u>Envios de Modelos de Peças/Material de Apoio</u> : 3

OFÍCIOS EXPEDIDOS

GERAL: 2

EQUIPE TÉCNICA DO CAOCRIM

LUANA AZERÊDO ALVES – Coordenadora do CAOCRIM
luana.azeredo@mppi.mp.br

GLAUCO VENTURA ALVES NERI – Técnico Ministerial
glaucoventura@mppi.mp.br

PABLO KELSON VERAS GOMES – Técnico Ministerial
pablokelson@mppi.mp.br

JULIANA RESENDE MENDES – Assessora Ministerial
julianaresende@mppi.mp.br

LEONARDO MACIEL LIMA – Estagiário

COLABORADOR

Design Gráfico: **Marcos Vinícius Lima Vieira** - Estagiário

CONTATOS

Avenida Lindolfo Monteiro, 911, Bairro de Fátima. Teresina – PI.

E-mail: **caocrim@mppi.mp.br**

Telefone: **(86) 3216-4550. Ramais: 511 (Gabinete), 586 (Coordenação)**