

GRUPO TEMÁTICO I – DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

Questão 1 (valor: 1,5 ponto)

Representações policiais por providências cautelares em face do sistema acusatório. Disserte:

A dissertação adequada deverá perpassar, necessariamente, pela análise da (in)capacidade postulatória das autoridades policiais.

O posicionamento favorável à capacidade postulatória dos delegados de polícia se fundamenta em dispositivos infraconstitucionais (art. 282, § 2º, CPP; art. 2º da Lei nº 7.960/89; art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.296/96; etc. Na doutrina, encontra-se o magistério de Eugênio Pacelli de Oliveira, sob os seguintes argumentos: previsão legal; a polícia não é subordinada ao MP (contudo, o afamado autor reconhece que a lei deveria avançar para que o MP controlasse a investigação, como ocorre em inúmeros ordenamentos. Diz, ainda, que a polícia investigativa deveria ser denominada “Polícia Ministerial”, e não polícia judiciária); não se pode falar propriamente em processo cautelar no processo penal, como ocorre no processo civil, tendo-se, em verdade, “providências acauteladoras”.

Em posição diametralmente oposta, a visão constitucionalista contrária à capacidade postulatória dos delegados de polícia apregoa que *“tanto na ação penal de conhecimento quanto na cautelar, é o Ministério Público que deve decidir pela necessidade e adequação da iniciativa probatória, não a polícia judiciária”* e, por consequência, defende que *“o polo ativo processual das medidas cautelares deve ser ocupado pelo Ministério Público, não pela polícia judiciária, que não tem capacidade postulatória. Devem ser considerados inconstitucionais os dispositivos legais que prevejam iniciativa processual à polícia, por incompatibilidade com os princípios do devido processo legal e acusatório, em face do disposto no art. 129, I, da Constituição da República (no caso de normas pré-constitucionais, devem ser tidas por não recepcionadas)”* (Wellington Saraiva). São apontados como fundamentos dessa nova visão: a) o art. 129, I, CR/88: conferiu ao MP a privatividade da Ação Penal (cautelar, inclusive), e não a privatividade da denúncia. Assim, *“se a decisão acerca da existência ou não do processo condenatório é única e exclusivamente do Ministério Público, parece sem razão admitir que qualquer medida cautelar – que é instrumento a serviço da ação principal – seja deferida*

*sem a sua concordância [...]. Como possui a prerrogativa de decidir sobre o início da ação penal principal, com muito maior razão deve possuir legitimidade para decidir se é o caso ou não de requerimento das medidas cautelares na fase das investigações” (Andrey Borges de Mendonça); b) Sistema Acusatório: no sistema inquisitivo, a titularidade da ação penal, em alguns casos, era compartilhada (art. 26, CPP) entre MP, Judiciário e Polícia. Situação completamente absurda diante do novo perfil constitucional do *Parquet* e do processo penal constitucionalizado (devido processo legal e seus consectários). Nesse sentido, “seria incongruente [...] que pudesse haver autores distintos legitimados para a ação penal condenatória e para a ação cautelar, dado o caráter finalisticamente orientado da segunda, que é processualmente autônoma, mas voltada à preservação da utilidade da ação dita principal” (Wellington Saraiva); c) Se o Judiciário não pode adotar medidas cautelares de ofício na fase investigativa (art. 282, § 2º, CPP), também não poderá fazer por mera representação policial, por constituir essa hipótese “verdadeira hipótese de prisão decretada de ofício” (Renato Brasileiro de Lima); d) Havendo o indeferimento da “representação” (policial), o delegado de polícia não poderá recorrer. Isso demonstra a sua falta de capacidade postulatória (nítida ilegitimidade de parte); e) Controle externo difuso da atividade policial: “as representações noticiando possível necessidade de medida cautelar para fim de viabilizar a apuração de infração penal, ou mesmo para assegurar a eficácia de futuro processo penal, estão incluídas no contexto maior do controle externo da atividade policial” (CNPJ); f) Nem o assistente de acusação, que tem capacidade postulatória (após a instauração do processo penal, diga-se), pode dirigir os rumos do processo a seu bel prazer: “O acolhimento de proposta de produção de prova formulada pelo assistente da acusação não prescinde da concordância do titular da ação penal, o Ministério Público - inteligência do § 1º do artigo 271 do Código de Processo Penal, à luz da garantia do devido processo legal” (AI 191684 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma do STF, DJ 06-02-1998); g) Almeja-se evitar a restrição indevida de direitos dos investigados. Nesse sentido: “Imagine-se a seguinte hipótese, como exemplo do cuidado que se deve ter para evitar agravos ao princípio da proporcionalidade nessas situações: a polícia judiciária ‘representa’ ao Poder Judiciário pela busca e apreensão na residência de alguém e o juiz a defere sem manifestação prévia do Ministério Público ou, pior ainda, contra a manifestação deste. Finda a diligência, o membro do MP, único sujeito constitucionalmente competente para formular a *opinio delicti*, demonstra que o fato era atípico ou estava atingido pela prescrição e promove o arquivamento dos autos. Conclusão: houve restrição desnecessária ao direito individual do cidadão atingido (para não mencionar o dispêndio desnecessário de recursos públicos, em afronta ao princípio constitucional da economicidade), que seria evitada se o*

Ministério Público participasse ab initio da medida cautelar – como deve ser” (Wellington Saraiva); h) Essa corrente não propõe poderes absolutos ao MP. Sempre haverá de existir controle/sindicalidade, conforme anotam Renato Brasileiro (“[...] é possível a aplicação subsidiária do princípio da devolução inserido no art. 28 do CPP. Assim, como aponta a doutrina, o delegado e/ou magistrado, em caso de discordância do membro do Parquet, devem devolver a apreciação da questão ao órgão superior do Ministério Público”) e Andrey Borges de Mendonça (“Imagine-se a hipótese em que o delegado entende imprescindível a prisão temporária ou preventiva, mas há a discordância do Ministério Público. Neste caso, deve haver controle, pois não pode a decisão do promotor ou procurador da República ficar imune a qualquer controle. Justamente por isto, entendemos que deve ser aplicado por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”); i) Esse entendimento é consentâneo com a Teoria do Garantismo: “Por sinal, a possibilidade, na Itália, de retirar a ação penal do Ministério Público (que lá é corretamente tido como uma magistratura) e transferi-la ao Poder executivo, bem como a aprovação de 'leis policiais', foi expressamente apontada por Ferrajoli como movimentos de grande risco para as garantias do cidadão. Vê-se, pois, que, na ótica do autor, o protagonismo do Ministério Público é requisito para existir verdadeiro garantismo” (Wellington Saraiva). Dessarte, para essa visão, a “representação policial” deve ser tida como mera “opinião policial”, “porquanto somente pode haver requerimento, no sentido próprio da palavra, por quem é a parte na relação processual e, portanto, detém a legitimidade ad causam” (Machado Cruz). Em outros termos, “as representações da autoridade policial, portanto, devem ser dirigidas ao Ministério Público, que, caso concorde, as proporá ao Juízo. Caso discorde da medida cautelar pleiteada, o Ministério Público deixará de enviar os autos ao Juízo, devolvendo ao Delegado [onde há tramitação direta de inquéritos policiais] ou deverá ser necessariamente indeferida pelo juiz. O deferimento da medida cautelar, mesmo contra o entendimento do dominus litis, levará à nulidade” (Andrey Borges de Mendonça).

Posta a divergência, e independentemente da corrente que se adote acerca da (in)capacidade postulatória dos delegados de polícia, não se pode admitir o deferimento de medidas cautelares sem a oitiva do Ministério Público (v. g. art. 4º § 2º, e 10, § 1º, ambos da Lei nº 12.850/13), o que seria verdadeira concessão *ex officio* geradora de nulidade insanável. Assim, é de se ter por “*cogente a manifestação do órgão ministerial, a fim de que seja avaliado se a medida sugerida é (ou não) necessária e adequada aos fins da apuração da infração*” (Renato Brasileiro).

Questão 2 (valor: 2 pontos)

Limitações à prova ilícita por derivação (exceções às *exclusionary rules*). Conceitue as teorias abaixo relacionadas e discorra sobre sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro:

- a) teoria da fonte independente (*independent source*);**
- b) teoria do descobrimento inevitável (*inevitable discovery*);**
- c) teoria dos vícios sanados, da tinta diluída ou limitação da mancha purgada (*purged taint*);**
- d) teoria da proporcionalidade (*balancing test*);**
- e) teoria da destruição da mentira do imputado;**
- f) teoria do risco;**
- g) teoria da doutrina da visão aberta (*plain view doctrine*);**
- h) teoria da renúncia do interessado.**

a) teoria da fonte independente: a prova resultante de procedimento independente, ainda que existente uma conexão tênue com outra prova considerada ineficaz (por ter sido obtida por meio ilícito), não deve ser reputada contaminada pelo vício caso tenha sido obtida em conformidade com o ordenamento jurídico. A ilicitude da prova primária não é empecilho para o acesso à prova secundária por meio de procedimento compatível com o ordenamento jurídico. A Teoria da Fonte Independente entende que quando uma prova possui duas fontes, uma lícita e outra ilícita, a prova derivada deverá ser admitida e considerada. A teoria é acolhida pelo Supremo Tribunal Federal e atualmente tem previsão no art. 157, §1º do CPP (São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras).

b) teoria do descobrimento inevitável: a prova derivada de uma fonte ilícita deve ser considerada válida caso se demonstre que ela seria produzida independentemente da prova ilícita originária. Torna-se necessária a revelação de fatos históricos capazes de apontarem com clareza que a prova seria obtida de qualquer maneira. Tem origem do direito norte-americano no caso *Nix v. Williams-Williams II* (1984): a polícia havia localizado o corpo da vítima de homicídio com base em declaração obtida ilegalmente do investigado, tendo sido, posteriormente, demonstrado que o corpo da vítima seria encontrado de qualquer forma por um grupo de voluntários que estava procurando a vítima. A referida teoria vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Para parcela da doutrina, a teoria do descobrimento inevitável teria previsão no art.

157, §2º do CPP (Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova).¹

c) teoria dos vícios sanados, da tinta diluída ou limitação da mancha purgada: a prova secundária derivada de uma prova primária obtida ilegalmente será considerada válida caso o nexos causal tenha sido atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal. O vício existente na prova derivada é expurgado por um acontecimento futuro, por um ato independente interveniente, que determina a cisão do nexos causal entre a ilegalidade da prova primária e a prova secundária. Para alguns doutrinadores a referida teoria teria sido agasalhada no art. 157, §1º do CPP (São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras).

d) teoria da proporcionalidade: o magistrado, no caso concreto, deve ponderar os valores assegurados pela Constituição, considerando a intensidade e a quantidade da violação ao direito fundamental e o dano que poderá advir caso a prova não seja admitida. Infelizmente, a teoria vem sendo pouco aplicada pelos tribunais pátrios enquanto limitação à prova ilícita por derivação, como se a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito fosse uma garantia absoluta.

e) teoria da destruição da mentira do imputado: a prova obtida sem a observância das formalidades estabelecidas na lei não é idônea para comprovar a culpabilidade do acusado, entretanto, pode ser valorada para demonstrar que o acusado está mentindo, desqualificando seu álibi. Não se tem precedente do STF ou do STJ sobre a aplicação desta teoria.

f) teoria do risco: é válida a prova obtida mediante violação ao direito à intimidade quando o acusado, espontaneamente, faz revelações a respeito de sua participação em eventos ilícitos, assumindo o risco quanto à documentação da confissão. O STF vem reconhecendo a validade da gravação de uma conversa por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, sobretudo quando utilizada para a defesa de quem a gravou. A doutrina ainda defende a aplicação em caso de gravações feitas por câmeras de segurança.

g) teoria da doutrina da visão aberta: com esteio no princípio da razoabilidade, deve ser considerada legítima a apreensão de elementos

¹ Américo Bedê Jr. & Gustavo Senna aduzem que o § 2º do art. 157 do CPP trata da *inevitable discovery*, e não da *independent source*. Ademais, diferenciam com precisão as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável, nos seguintes termos: "A diferença entre os institutos é que a descoberta inevitável trabalha do ponto de vista hipotético: em tese, a prova poderia ser obtida de qualquer modo. Já a teoria da fonte independente pressupõe que, concretamente, no caso em análise, tenha sido a prova obtida por outra fonte, ou seja, na prática houve um rompimento, ou, no mínimo, uma atenuação do nexos de causalidade ente a ilicitude e a prova obtida" (*Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009, p. 57).

probatórios do fato investigado e de outro crime quando, a despeito de não se tratar da finalidade gizada no mandado de busca e apreensão, no momento da diligência, o objeto ou documento é encontrado por ser encontrar visível ou ao alcance de todos. No Brasil a teoria é de pouca utilidade prática, haja vista a adoção da teoria do encontro fortuito de provas.

h) teoria da renúncia do interessado: a prova será considerada válida caso o acusado disponha, legitimamente, da garantia constitucional. É aplicada no direito norte-americano para mitigar a exigência de prévia autorização judicial para cumprimento de busca e apreensão domiciliar. No Brasil, a teoria tem aplicação nos casos da apreensão do lixo descartado pelo acusado.

Questão 3 (valor 1,5 ponto)

Estabeleça a relação entre a chamada teoria dos três círculos concêntricos e a tutela penal da intimidade na sociedade da informação.

O assunto é explorado pela doutrina, especialmente na obra de Paulo José da Costa Júnior. Segundo o autor, coube ao alemão Henquel, em 1958, um grande avanço no entendimento do tema, ao decompor a intimidade em três esferas de profundidade, os chamados três círculos concêntricos. Além desses círculos, estariam todos os episódios e acontecimentos públicos do indivíduo, aqueles que ele não pretende resguardar de outras pessoas ou grupos sociais. Contudo, a intimidade pode sofrer um escalonamento, progressivamente mais restrita, conforme se pretenda resguardar mais ou menos os fatos da vida.

Assim, podem os fatos da vida ser divididos em públicos e íntimos. Excetuados, portanto, os acontecimentos públicos, Henquel dividiu a intimidade em três esferas²: 1) A vida privada *stricto sensu*, onde se situariam os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem públicos. 2) A esfera da intimidade, onde estariam os acontecimentos que o titular só compartilha com pessoas nas quais deposita certa dose de confiança. Assim, ficam excluídos da esfera da intimidade não só os acontecimentos de domínio público da vida do indivíduo, mas também aqueles fatos que ele pretende que não sejam conhecidos de uma parcela mais reservada de convívio, que se situa na vida privada *stricto sensu*. 3) A esfera de segredo, que só seria de conhecimento do titular ou por pessoa por ele especialmente autorizada. São acontecimentos que o indivíduo guarda para si e para outros muito

2 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só. Tutela penal da intimidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 27 a 29.

próximos do seu convívio e nos quais deposita considerável dose de confiança.

À evidência, as relações sociais do indivíduo, se este é mais reservado ou não, delimitam as esferas que subdividem sua intimidade. Por exemplo, as personalidades públicas devem receber tratamento diferenciado. Quem se dedica à profissões ou atividades públicas, deve possuir uma intimidade menos restrita que a dos demais cidadãos. Assim, pode-se restabelecer uma diferenciação entre intimidade e vida privada. Por intimidade, entende-se um âmbito mais restrito das relações enquanto a vida privada é referente a um campo um pouco mais amplo.

Concebido como um direito fundamental de primeira geração, o direito à intimidade e à vida privada foi estabelecido como uma liberdade clássica, ou seja, um direito contra a intromissão de terceiros ou mesmo do Estado na vida de cada um. Em sua concepção, trata a doutrina do tema como um direito de natureza negativa, ou de defesa contra intromissões indevidas. Todavia, tal concepção resta insuficiente para a concepção do direito fundamental, especialmente na sociedade de risco. Na atualidade, deve o direito à intimidade também assumir a característica de um direito de controle sobre os dados e informações individuais.

O Direito Penal, em atenção aos dispositivos da Carta Magna, protege a liberdade individual, a intimidade e a privacidade do indivíduo, através, por exemplo, da reserva de seu domicílio, do sigilo de suas comunicações telefônicas, etc. No domicílio e em sua correspondência o indivíduo mais se deixa mostrar, mais é transparente e vulnerável em seu modo de ser. Tutelando a lei penal o domicílio, está defendendo um dos redutos da liberdade individual (Código Penal, artigo 150). Ainda, a lei penal tutela a inviolabilidade da correspondência, já que através desta está manifestada a própria liberdade de pensamento (Código Penal, artigo 151). No artigo 153, o Código Penal tutela a intimidade, protegendo contra a violação de segredo que, se divulgado, pode produzir dano contra alguém. Segredo é um fato que não é conhecido amplamente e que, por sua natureza ou pela vontade de quem o confia ou nele tem interesse, não deve ser conhecido.

Entretanto, a análise dos dispositivos penais revela que estes se mostram ineficazes na defesa do bem jurídico privacidade, mormente considerando o progresso e a efervescência tecnológica da sociedade da informação.

Certo é que o bem jurídico, embora constitua figura essencial ao Direito Penal, não pode ser delimitado com segurança, em um conceito fechado e estanque. O direito é cultural e possui sentido valorativo, configurando um sistema aberto e não fechado. O conceito de bem jurídico, dessarte, não é estático, mas dinâmico, aberto aos avanços culturais e ao sistema científico. Há uma modificação constante da

valoração dos bens jurídicos, determinando os movimentos de descriminalização e criminalização, aumento e diminuição de penas, etc.

A simples análise da teoria de Henkel, largamente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência, demonstra como é difícil precisar o que está em cada uma das esferas e como são extremamente imprecisas e tênues suas fronteiras. Efetivamente, seria difícil ao Direito Penal tipificar um comportamento penalmente relevante, fixando a sanção proporcionalmente, de acordo com a importância e profundidade da lesão provocada ao bem jurídico.

Os riscos na sociedade da informação demonstram a existência de duas correntes. Uma delas, prega o recrudescimento da intervenção do Estado, tanto pela política criminal fundada em um Direito Penal como sustentáculo da segurança pública, quanto pelo aumento da utilização desarrazoada ou até mesmo ilegal dos institutos investigativos, como forma de combate aos males impostos pela criminalidade.

De outro lado, há aqueles que sustentam o afastamento do Direito Penal desse conflito. Para essa corrente, o Direito Penal está voltado para a Constituição, como os demais ramos do direito. Assim resulta que os bens jurídicos penais deverão ser bens constitucionais, ou pelo menos harmonizáveis com os valores tutelados pela Constituição. As constituições podem estabelecer limitações ao poder de criminalizar, elegendo bens jurídicos vitais que não podem ser rechaçados por norma infraconstitucional. A tutela penal deve ser legítima e receber essa legitimação, em especial, da Constituição Federal. Sempre pareceu difícil ao Direito Penal tutelar diretamente a intimidade. A tutela penal, constituindo um símbolo para deter a violação da intimidade, não está em grau de impedir de maneira segura a lesão mesma como eficaz meio de tutela que a personalidade requer.

Em síntese, “uma das formas de tutela da intimidade do cidadão, pelo Estado, segue sendo o Direito Penal, com suas garantias específicas, como o respeito ao Direito Penal da Culpa e a todos os princípios que são objeto de conquista histórica de sua contenção e humanização. Há que se observar que os novos riscos sociais podem demandar a previsão de outras condutas proibidas, desde que não se fermentem a uma imputação alargada, desvinculada da proteção de um bem jurídico concreto e identificável, o mais próximo possível de um bem individual ou direito fundamental”³.

3 RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Tutela Penal da Intimidade. Perspectivas da atuação penal na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 134.

Questão 4 – prática (valor 2 pontos)

Após a análise da narrativa abaixo, explique fundamentadamente os eventuais erros e acertos das autoridades que atuaram no caso, numerando os pontos analisados:

Surgiu a informação sobre a existência de um receptor de gado furtado, cujas atividades eram centradas no município de Rio Verde, conhecido pela alcunha de Zé do Boi. De posse de alguns elementos preambulares de prova, sem conseguir dar andamento ao inquérito policial em razão da dificuldade na obtenção de outros elementos esclarecedores, o Delegado de Polícia local encaminhou documento ao Juiz da comarca, requerendo “autorização para escuta ambiental das conversas” do suposto autor, para que fosse esclarecido o delito.

Após a abertura de vista ao Ministério Público, com parecer favorável do Promotor de Justiça, o Juiz da comarca autorizou a interceptação das conversas. Transcorrido o prazo legal, foi encaminhada pelo Delegado a representação para renovação do pedido, mediante devida fundamentação.

Após sucessivas prorrogações, utilizando o Magistrado da técnica “*per relationem*”, apareceu nas conversas a notícia de que viria para o município um carregamento de drogas possivelmente oriundo da Bolívia, com o envolvimento de outras pessoas, inclusive do traficante “Pedro Farinha Branca”.

No momento, o Delegado de Polícia de Rio Verde verificou que a situação era urgente e, portanto, faria flagrante do crime noticiado nas conversas. Assim, foi o carregamento das drogas interceptado no perímetro urbano de Rio Verde, sendo que dois traficantes foram presos, sendo eles Manoel Messias e Quirino Santo. Concluído o inquérito policial, este foi remetido ao Juízo de Rio Verde.

Após encaminhamento dos autos inquisitoriais ao Ministério Público, o Promotor de Justiça requereu o retorno dos autos à DEPOL para complementação das investigações e indiciamento de “Pedro Farinha Branca”. Em seguida, deferiu o Juiz de Direito as diligências e determinou que estas fossem realizadas, inclusive com o indiciamento de “Pedro Farinha Branca”, uma vez que estavam presentes provas suficientes da autoria deste último no tráfico de drogas.

Realizadas as providências, juntado o Laudo Preliminar de Constatação das drogas, o Delegado de Polícia devolveu o inquérito policial. De posse do caderno, o Promotor de Justiça denunciou os envolvidos pelo tráfico das drogas apreendidas,

sendo parte delas oriundas do Estado de Mato Grosso (maconha) e outra parte (cocaína) procedente da Bolívia. A denúncia foi fundamentada no tipo do artigo 34, *caput*, da Lei Antidrogas.

Recebida a denúncia pelo Magistrado, foram os réus citados para apresentação de defesa preliminar.

Em audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela defesa e, após, foram interrogados os acusados.

Todos os réus foram condenados conforme pedido inicial do Ministério Público. Após 10 dias de prolação da sentença foi juntado aos autos o Laudo Toxicológico Definitivo das drogas apreendidas.

1) A Lei n. 9.296/96 dispõe que a interceptação telefônica é possível por ordem judicial: a) de ofício, a requerimento do Ministério Público ou autoridade policial; b) tratando-se de fato punido com reclusão; c) desde que seja imprescindível para a instrução processual penal ou para a investigação criminal; d) desde que já existam indícios suficientes de autoria ou participação. Fora dessas hipóteses a interceptação telefônica pode ser considerada prova ilícita, porque viola a intimidade. No caso em tela, agiu acertadamente o Delegado de Polícia, já que o crime de receptação é punido com pena de reclusão e a interceptação era imprescindível para a coleta de novas provas.

2) Não se deve confundir a *interceptação telefônica*, que é a gravação de um diálogo telefônico entre duas ou mais pessoas sem que qualquer dos interlocutores saiba da medida; a *escuta telefônica*, que ocorre quando um terceiro (órgão policial, por exemplo) capta a conversa, com o consentimento de apenas um dos interlocutores; e a *gravação clandestina (ou sub-reptícia)*, que se refere à conversa (telefônica ou pessoal) gravada por uma parte sem o conhecimento da outra e sem ordem judicial. Na escuta ambiental, uma terceira pessoa capta sons ou imagens provenientes de duas ou mais pessoas, tendo uma delas conhecimento da atitude do interceptante. Portanto, o delegado nomeou incorretamente o pedido ao Juiz, que deveria ser de interceptação telefônica.

3) Representação do Delegado de Polícia e “parecer” do Ministério Público. Capacidade postulatória da autoridade policial. É correto que o Promotor de Justiça exare “parecer” em representações policiais? Existem dois entendimentos sobre o assunto:

O posicionamento favorável à capacidade postulatória dos delegados de polícia se fundamenta em dispositivos infraconstitucionais (art. 282, § 2º, CPP; art. 2º da Lei nº 7.960/89; art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.296/96; etc.

Na doutrina, encontra-se o magistério de Eugênio Pacelli de Oliveira, sob os seguintes argumentos: previsão legal; a polícia não é subordinada ao MP (*contudo, o afamado autor reconhece que a lei deveria avançar para que o MP controlasse a investigação, como ocorre em inúmeros ordenamentos. Diz, ainda, que a polícia investigativa deveria ser denominada "Polícia Ministerial", e não polícia judiciária*); não se pode falar propriamente em processo cautelar no processo penal, como ocorre no processo civil, tendo-se, em verdade, "providências acauteladoras".

Em posição diametralmente oposta, a visão constitucionalista contrária à capacidade postulatória dos delegados de polícia apregoa que *"tanto na ação penal de conhecimento quanto na cautelar, é o Ministério Público que deve decidir pela necessidade e adequação da iniciativa probatória, não a polícia judiciária"* e, por consequência, defende que *"o polo ativo processual das medidas cautelares deve ser ocupado pelo Ministério Público, não pela polícia judiciária, que não tem capacidade postulatória. Devem ser considerados inconstitucionais os dispositivos legais que prevejam iniciativa processual à polícia, por incompatibilidade com os princípios do devido processo legal e acusatório, em face do disposto no art. 129, I, da Constituição da República (no caso de normas pré-constitucionais, devem ser tidas por não recepcionadas)"* (Wellington Saraiva). São apontados como fundamentos dessa nova visão: a) o art. 129, I, CR/88: conferiu ao MP a privatividade da Ação Penal (cautelar, inclusive), e não a privatividade da denúncia. Assim, *"se a decisão acerca da existência ou não do processo condenatório é única e exclusivamente do Ministério Público, parece sem razão admitir que qualquer medida cautelar – que é instrumento a serviço da ação principal – seja deferida sem a sua concordância [...]. Como possui a prerrogativa de decidir sobre o início da ação penal principal, com muito maior razão deve possuir legitimidade para decidir se é o caso ou não de requerimento das medidas cautelares na fase das investigações"* (Andrey Borges de Mendonça); b) Sistema Acusatório: no sistema inquisitivo, a titularidade da ação penal, em alguns casos, era compartilhada (art. 26, CPP) entre MP, Judiciário e Polícia. Situação completamente absurda diante do novo perfil constitucional do *Parquet* e do processo penal constitucionalizado (devido processo legal e seus consectários). Nesse sentido, *"seria incongruente [...] que pudesse haver autores distintos legitimados para a ação penal condenatória e para a ação cautelar, dado o caráter finalisticamente orientado da segunda, que é processualmente autônoma, mas voltada à preservação da utilidade da ação dita principal"* (Wellington Saraiva); c) Se o Judiciário não pode adotar medidas cautelares de ofício na fase investigativa (art. 282, § 2º, CPP), também não poderá fazer por mera representação policial, por constituir essa hipótese *"verdadeira hipótese de prisão decretada de ofício"* (Renato Brasileiro de Lima); d) Havendo o indeferimento da "representação" (policial), o delegado de polícia não

poderá recorrer. Isso demonstra a sua falta de capacidade postulatória (nítida ilegitimidade de parte); e) Controle externo difuso da atividade policial: *“as representações noticiando possível necessidade de medida cautelar para fim de viabilizar a apuração de infração penal, ou mesmo para assegurar a eficácia de futuro processo penal, estão incluídas no contexto maior do controle externo da atividade policial”* (CNPJ); f) Nem o assistente de acusação, que tem capacidade postulatória (após a instauração do processo penal, diga-se), pode dirigir os rumos do processo a seu bel prazer: *“O acolhimento de proposta de produção de prova formulada pelo assistente da acusação não prescinde da concordância do titular da ação penal, o Ministério Público - inteligência do § 1º do artigo 271 do Código de Processo Penal, à luz da garantia do devido processo legal”* (AI 191684 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma do STF, DJ 06-02-1998); g) Almeja-se evitar a restrição indevida de direitos dos investigados. Nesse sentido: *“Imagine-se a seguinte hipótese, como exemplo do cuidado que se deve ter para evitar agravos ao princípio da proporcionalidade nessas situações: a polícia judiciária 'representa' ao Poder Judiciário pela busca e apreensão na residência de alguém e o juiz a defere sem manifestação prévia do Ministério Público ou, pior ainda, contra a manifestação deste. Finda a diligência, o membro do MP, único sujeito constitucionalmente competente para formular a opinio delicti, demonstra que o fato era atípico ou estava atingido pela prescrição e promove o arquivamento dos autos. Conclusão: houve restrição desnecessária ao direito individual do cidadão atingido (para não mencionar o dispêndio desnecessário de recursos públicos, em afronta ao princípio constitucional da economicidade), que seria evitada se o Ministério Público participasse ab initio da medida cautelar – como deve ser”* (Wellington Saraiva); h) Essa corrente não propõe poderes absolutos ao MP. Sempre haverá de existir controle/sindicalidade, conforme anotam Renato Brasileiro (*“[...] é possível a aplicação subsidiária do princípio da devolução inserido no art. 28 do CPP. Assim, como aponta a doutrina, o delegado e/ou magistrado, em caso de discordância do membro do Parquet, devem devolver a apreciação da questão ao órgão superior do Ministério Público”*) e Andrey Borges de Mendonça (*“Imagine-se a hipótese em que o delegado entende imprescindível a prisão temporária ou preventiva, mas há a discordância do Ministério Público. Neste caso, deve haver controle, pois não pode a decisão do promotor ou procurador da República ficar imune a qualquer controle. Justamente por isto, entendemos que deve ser aplicado por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”*); i) Esse entendimento é consentâneo com a Teoria do Garantismo: *“Por sinal, a possibilidade, na Itália, de retirar a ação penal do Ministério Público (que lá é corretamente tido como uma magistratura) e transferi-la ao Poder executivo, bem como a aprovação de 'leis policiais', foi expressamente apontada por Ferrajoli como movimentos de grande*

risco para as garantias do cidadão. Vê-se, pois, que, na ótica do autor, o protagonismo do Ministério Público é requisito para existir verdadeiro garantismo” (Wellington Saraiva). Dessarte, para essa visão, a “representação policial” deve ser tida como mera “opinião policial”, “porquanto somente pode haver requerimento, no sentido próprio da palavra, por quem é a parte na relação processual e, portanto, detém a legitimidade ad causam” (Machado Cruz). Em outros termos, “as representações da autoridade policial, portanto, devem ser dirigidas ao Ministério Público, que, caso concorde, as proporá ao Juízo. Caso discorde da medida cautelar pleiteada, o Ministério Público deixará de enviar os autos ao Juízo, devolvendo ao Delegado [onde há tramitação direta de inquéritos policiais] ou deverá ser necessariamente indeferida pelo juiz. O deferimento da medida cautelar, mesmo contra o entendimento do dominus litis, levará à nulidade” (Andrey Borges de Mendonça).

4) O pedido de interceptação telefônica deve ser fundamentado e pode ser prorrogado por sucessivas vezes. Mesmo a teor do artigo 5º da Lei n. 9296/96, (“A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”), tem decidido nossos tribunais que a interceptação das conversas telefônicas pode ser renovada por sucessivas vezes. Verbis:

[...] É pacífico neste sodalício Superior o entendimento de que “embora a Lei nº 9.296/96 estipule prazo de 15 (quinze) dias, para a interceptação de comunicações telefônicas, renovável por igual tempo, as prorrogações podem se estender por períodos superiores ao previsto em lei, desde que devidamente motivadas, como na hipótese em epígrafe. Precedentes do STF e STJ” (HC 224.442/SP) (AgRg nos EDcl no Agravo em REsp nº 188.531/SP, 6ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15.04.2014).

[...] Sucessivas prorrogações da interceptação telefônica. Possibilidade. Período não superior a 15 (quinze) dias em cada renovação. Precedentes. Persecução penal e delação anônima. Viabilidade, desde que a instauração formal do procedimento investigatório tenha sido precedida de averiguação sumária, “com prudência e discricção”, destinada a apurar a verossimilhança dos fatos delatados e da respectiva autoria [...]. (HC 121271 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do STF, DJe-164 de 26-08-2014).

Sobre técnica da fundamentação *per relationem*, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que este último se reportou como razão de decidir. Precedentes. (HC 99827. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe-098 de 25-05-2011).

[...] Alegada falta de fundamentação do ato decisório que determinou a interceptação telefônica. Inocorrência. Decisão que se valeu da técnica de motivação "per relationem". Legitimidade constitucional dessa técnica de fundamentação. [...]. (HC 121271 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do STF, DJe-164 de 26-08-2014).

5) Competência para os atos persecutórios e ação penal subsequente. Após verificada a possível prática de crime de tráfico internacional de drogas, a atribuição para as ações persecutórias passa a ser da Polícia Federal e da Justiça Federal, conforme artigo 70 da Lei n. 11.343/06. Assim, agiu com equívoco o Delegado de Polícia ao lavrar o auto de prisão em flagrante, bem como o Promotor de Justiça, ao não pedir a remessa dos autos à Justiça Federal e também o Magistrado, ao determinar o prosseguimento do feito na Justiça Estadual.

Deve-se lembrar que no problema há crime de tráfico de drogas de competência da Justiça Estadual (maconha) e outro transnacional (cocaína), já que parte da droga é oriunda da Bolívia. Sobre o assunto, esclarece a Súmula n. 122 do Superior Tribunal de Justiça: "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, 'a', do Código de Processo Penal".

Por conseguinte, haverá nulidade do processo penal em razão do feito ser de competência da Justiça Federal.

6) Uso da prova obtida fortuitamente em interceptação telefônica. No problema, a interceptação telefônica foi deferida para se apurar crime de receptação. Contudo, no decorrer da interceptação foi apurada a existência de outro crime, sem conexão com os inicialmente apurados. Para Guilherme de Souza Nucci, a prova deve ser utilizada, já que foi lícitamente autorizada pelo Estado com respaldo constitucional: "Descoberto outro crime, ainda que não haja conexão entre este e a

infração que se está investigando, é preciso apurá-lo mormente se de ação penal pública incondicionada⁴. A prova, segundo vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, pode ser utilizada. Assim:

[...] O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. [...] (AI 626214 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma do STF, DJe-190 de 08-10-2010).

7) Na denúncia, omitiu o Promotor de Justiça o crime do artigo 35 da Lei n. 11.343/06, certo que os autores estavam associados para a prática do crime de tráfico de drogas, sendo-lhes aplicáveis as infrações dos artigos 34, *caput*, e 35 da Lei Antidrogas, em concurso material (CP, art. 69).

8) Não cabe ao Promotor de Justiça requerer e ao Magistrado determinar o indiciamento em inquérito policial. A respeito, é taxativo o § 6º, do art. 2º, da Lei nº 12.830/13 (“O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”). Assim, não deve o magistrado requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento formal de determinada pessoa. Trata-se de procedimento incompatível com o sistema acusatório. Nesse sentido:

[...] 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. [...] (HC 115015, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma do STF, DJe-179 de 12-09-2013).

[...] 1. É por meio do indiciamento que a autoridade policial aponta determinada pessoa como a autora do ilícito em apuração. 2. Por se tratar de medida ínsita à fase investigatória, por meio da qual o Delegado de Polícia externa o seu convencimento sobre a autoria dos fatos apurados, não se

4 Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: RT, 2009, p. 365.

admite que seja requerida ou determinada pelo magistrado, já que tal procedimento obrigaria o presidente do inquérito à conclusão de que determinado indivíduo seria o responsável pela prática criminosa, em nítida violação ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Inteligência do artigo 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 3. Recurso provido para anular a decisão que determinou o indiciamento dos recorrentes. (RHC 47.984/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma do STJ, DJe 12/11/2014).

9) Após o oferecimento da denúncia, deveria o magistrado aplicar o artigo art. 55 da Lei Antidrogas (“oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”). A questão é sobre a eventual nulidade do processo, pela ausência de notificação para a apresentação de defesa preliminar no processo por tráfico de drogas. O assunto é polêmico, existindo duas posições que deverão ser exploradas pelo candidato: 1) Haverá nulidade absoluta pela afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e, em decorrência, violação da garantia constitucional do devido processo legal. Assim, há de ser determinada a anulação do processo penal a partir do recebimento da denúncia. 2) A posição mais consentânea com a questão é trazida pelo Superior Tribunal de Justiça (nulidade relativa):

[...] 1. A não observância do rito específico do art. 55 da Lei n.º 11.343/2006, não acarreta nulidade se, como no caso concreto, a defesa preliminar foi oportunizada e apresentada logo depois de recebida a denúncia, com expressa apreciação pelo magistrado das teses e documentos juntados, ratificando a anterior instauração da instância penal, por não vislumbrar motivo para absolvição sumária. 2. Conclusão que mais se avulta, pois já foi proferida sentença condenatória, não tendo, em consequência, a esta altura, o menor sentido decretar nulo o presente processo apenas para cumprir uma formalidade (forma pela forma). Precedentes. 3. Ordem denegada. (HC 154.734/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma do STJ, DJe 26/09/2012).

10) A Lei nº 11.343/06 determina que o interrogatório deve ser realizado em primeiro lugar, na audiência de instrução e julgamento (art. 57), afastando-se, pelo princípio da especialidade, o disposto no art. 400 do CPP. *Verbis*:

[...] I. Se o paciente foi processado pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal. II. O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III. Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, "a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas" (HC 85.155, Rel. Min. Ellen Gracie). [...]. (HC nº 121.953/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Ricardo Lewandowski, unânime, DJe 01.07.2014).

[...] É firme neste Tribunal Superior o entendimento de que "para o julgamento dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06 há rito próprio, no qual o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento (art. 57). Desse modo, a previsão de que a oitiva do réu ocorra após a inquirição das testemunhas, conforme disciplina o art. 400 do Código de Processo Penal, não se aplica ao caso, em razão da regra da especialidade (art. 394, § 2º, segunda parte, do Código de Processo Penal)". [...] (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 225.476/SP (2012/0183616-1), 6ª Turma do STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, unânime, DJe 24.03.2014).

11) Juntada tardia – após a prolação da sentença – do laudo definitivo da droga apreendida e geração de nulidade. O assunto é polêmico, existindo duas posições que deverão ser exploradas pelo candidato: 1) não há falar em nulidade absoluta do feito. Nesse sentido, "A jurisprudência desta Turma consolidou-se no sentido de que a juntada do laudo toxicológico definitivo após a prolação da sentença não caracteriza nulidade absoluta do feito, máxime quando o exame preliminar, posteriormente ratificado pelo laudo definitivo, atestar a natureza entorpecente da substância apreendida" (REsp nº 1237332/AM, 5ª Turma do STJ, Rel. Gilson Dipp, unânime, DJe 14.08.2012); 2) a juntada tardia após a sentença, por não permitir manifestação das partes a respeito, gera nulidade da condenação. Nessa linha: "A ausência de juntada do laudo toxicológico definitivo até a audiência de instrução não causa a nulidade do processo, se sanada a irregularidade, com a intimação das partes para manifestação e requerimentos pertinentes, antes da prolação da sentença. [...] A falta de manifestação das partes acerca do laudo toxicológico definitivo tem o condão de invalidar os atos

praticados após sua juntada, pois revelado o prejuízo ocasionado pela afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório” (HC 53.879/PA, Min. Paulo Medina, 6ª Turma do STJ, DJ 01/08/2006).

Importa ressaltar, contudo, que “o Superior Tribunal de Justiça admite, excepcionalmente, a condenação pelo delito de tráfico de drogas sem que tenha sido realizado o laudo de constatação da natureza e quantidade do entorpecente, quando não for possível apreender a droga e a condenação se embasar em extensa prova documental e testemunhal produzida durante a instrução criminal, não sendo suficiente apenas a confissão dos envolvidos” (AgRg no REsp nº 1.407.257/DF, 5ª Turma do STJ, unânime, DJe 04.04.2014).

Questão 5 (valor 3 pontos)

Makário Olímpio (nascido em 15/03/1981), Spock (nascido em 19/06/1979) e Junão (nascido em 20/01/1997), no dia 1º de janeiro de 2012, na cidade de Pontalina-GO, associaram-se para o fim específico de cometer crimes contra o patrimônio, mediante o emprego de armas de fogo. Dando vazão ao último plano bolado pelo grupo, na noite do dia 13 de dezembro de 2014, o trio se reuniu naquela cidade, na residência de Makário Olímpio, para traçar os últimos detalhes da ação criminosa a ser desencadeada. Plenamente acordados, Makário Olímpio, Spock e Junão dirigiram-se em um veículo VW/Saveiro até a cidade de Goiatuba-GO, onde conheceram o inimputável (art. 26, *caput*, CP) Da Lua (portador de *psicose esquizoafetiva*, nascido em 11/07/1979) e, contando com o seu auxílio material, no estacionamento do estabelecimento comercial “H radinho”, fizeram uso de uma chave “mixa” e subtraíram, em proveito do grupo, o automóvel VW/Golf, pertencente à vítima Bebê Gomes. Em seguida, já na madrugada do dia 14 de dezembro de 2014, por volta de 02h00, na quase deserta rodovia Aloândia, perímetro urbano de Pontalina, o trio fez uma barreira com os dois veículos (VW/Saveiro e VW/Golf), obrigando o ônibus da Viação Pontal City a parar bruscamente a fim de evitar uma colisão. De imediato, o trio, encapuzado, adentrou ao referido ônibus e subtraiu em proveito próprio, mediante grave ameaça, exercida com o emprego ostensivo de armas de fogo, diversos bens – aparelhos celulares, carteiras, bolsas, malas, joias, dinheiro, etc. – pertencentes ao motorista e a 49 (quarenta e nove) passageiros. O grupo já havia descido do ônibus e acondicionado os bens subtraídos nos veículos por eles utilizados, até que Junão percebeu que a lâmpada do banheiro do

ônibus estava acesa e, então, voltou para dentro do coletivo, arrombou a porta do sanitário e encontrou o 50º (quingentésimo) passageiro escondido lá dentro, instante em que chamou por seus comparsas. Makário Olímpio e Spock retornaram para dentro do ônibus e reconheceram o 50º passageiro como o policial militar Cabo Dantas – que estava de férias e desarmado –, que os havia prendido dois anos antes por roubo de cargas, circunstância que lhes rendeu um processo penal ainda em trâmite na Comarca de Cromínia-GO. Esse reconhecimento foi o que bastou para que trio criminoso, imbuído de nojoso espírito de vingança, passasse a insultá-lo verbalmente e a agredi-lo fisicamente com murros, chutes e coronhadas. Em meio ao covarde espancamento, Junão deu o primeiro tiro nas costas de Dantas. Este, por sua vez, rastejava dentro do ônibus e clamava por sua vida, até que Spock desferiu-lhe mais dois tiros na região dos ombros, também pelas costas. Já na porta de saída do ônibus, segurando a gola da camisa de Dantas, Makário Olímpio gritou: *“você gosta de matá os mano?! Mata agora, polícia de merda! Cê vai é morrê pra aprendê o que é bão!”*. Como desfecho da trágica cena, Makário Olímpio desferiu mais quatro tiros no rosto de Dantas, que veio a óbito no local. Incontinentemente, Spock assumiu a direção do VW/Saveiro e Junão a do VW/Golf, enquanto Makário Olímpio, sorrateiramente, por haver percebido um objeto volumoso no bolso traseiro da calça de Dantas – já prostrado sem vida ao solo –, resolveu revistá-lo, tendo encontrado e subtraído para si um valioso relógio da marca Rolex, dirigindo-se em seguida ao VW/Saveiro. Logo após toda esta arquitetura criminosa, num cafezal localizado na fazenda Paraíso, no município de Pontalina, Makário Olímpio, Spock e Junão, com a finalidade de apagar as suas digitais e destruir outros vestígios dos crimes, atearam fogo no automóvel VW/Golf, deixando-o completamente carbonizado. Os criminosos, por fim, fugiram com os produtos do delito. Todos, porém, após extensa investigação, foram indiciados no mesmo inquérito. Tomando a situação acima descrita como o relatório final de um inquérito policial e, ainda, levando em conta que Da Lua era, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, na qualidade de Promotor de Justiça com atribuições exclusivas perante a única Promotoria de Justiça Criminal da comarca de Pontalina, elabore a(s) manifestação(ões) ministerial adequada ao caso.

* **Denúncia** perante Vara do Júri de Pontalina. Imputações: Associação Criminosa Majorada (art. 288, parágrafo único, CP) +

Corrupção de Menores Majorada (art. 244-B, § 2º⁵, ECA) + Furto Qualificado (art. 155, § 4º, III e IV, CP, **com a participação de Da Lua** [art. 29, CP]) + Roubo Circunstanciado (art. 157, § 2º, I e II, CP – em concurso formal impróprio) + Homicídio Qualificado (art. 121, § 2º, I, III e IV, CP) + Furto (art. 155, CP, **exclusivamente praticado por Makário Olímpio**) + Fraude Processual Autônoma (art. 347, parágrafo único⁶, CP), em concurso material⁷.

***Cota ministerial:** a – folha de antecedentes; b – comunicação ao juízo da comarca de Cromínia; c – pedido de prisão preventiva contra o trio associado; d – atentar para o não cabimento da internação provisória (art. 319, VII, CPP) contra Da Lua; e – Junão: vergastar o equivocado indiciamento do adolescente e pugnar pelo encaminhamento de cópia dos autos para a Vara da Infância e da Juventude de Pontalina-GO, em razão do cometimento de atos infracionais.

*** Associação Criminosa Majorada (art. 288, parágrafo único, CP).**

1) Makário Olímpio e Spock devem ser denunciados pela “associação criminosa” com a causa de aumento de pena do parágrafo único (“*art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente*”).

Observações (pontos a serem explorados):

A) Conforme entendimento amplamente majoritário (MIRABETE, *Manual de direito penal*, v. 3, p. 188; DELMANTO, *Código Penal comentado*, p. 511; DAMÁSIO, *Código Penal anotado*, p. 818; NORONHA, *Direito penal*, v. 4, p. 91-92; MASSON, *Código Penal comentado*, p. 1082), o inimputável (Junão) é considerado para perfazer o número mínimo legal de componentes da associação. Nesse sentido: JTACrimSP, 44 :172; RF, 253 :399 e 204:315; RT, 475:356 e 550:353; PJ, 10:236.

5 Não cabe sursis processual em razão do § 2º (“as penas previstas no *caput* deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990”).

6 Em tese, caberia sursis processual. No entanto, no caso concreto o citado instituto não poderá ser aplicado em razão do disposto na parte final do art. 89 da Lei nº 9.099/95: “... desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

7 “[...] Latrocínio, em coautoria, e formação de quadrilha armada, *em concurso material* (art. 157, § 3º, c/c art. 29, e art. 288, parágrafo único, c/c art. 69, todos do código penal). [...] Hipótese em que o paciente, juntamente com outros 3 (três) acusados, restou condenado pela prática, *em concurso material*, dos delitos de latrocínio e formação de quadrilha armada, à pena de 23 anos de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 300 dias-multa. [...]” (HC nº 259379/MG (2012/0240071-7), 6ª Turma do STJ, Rel. Assusete magalhães, unânime, DJE 16.04.2013). & “[...] Tráfico e associação para o tráfico de drogas, tentativa de homicídio qualificado, roubo e formação de quadrilha. Artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, arts. 121, c/c art. 14, II, 157 e 288, *em concurso material*, todos do Código Penal” (HC nº 0006522-8/2010, 1ª Câmara do TJBA, Rel. Vilma Costa Veiga. j. 14.09.2010).

B) O trio constituía-se num grupo criminoso que não era, em sua gênese (no dia 1º de janeiro de 2012), punido criminalmente (em razão do número de integrantes). No entanto, em razão de o art. 288 do Código Penal ser um crime de natureza permanente, com a redação dada pela Lei nº 12.850/13, que entrou em vigor no dia 19/09/13, o grupo constituído para a prática de crimes contra o patrimônio, mediante o emprego de armas de fogo, passou a incorrer no novel tipo de “associação criminosa”;

C) Imputação pelo art. 288 do Código Penal em concurso com as tipificações de roubo (art. 157, § 2º, II, do CP) e furto (art. 155, § 4º, IV, do CP) em concurso de pessoas, não havendo que se cogitar de *bis in idem*, conforme entendimento amplamente majoritário (STF: HC 77.287/SP, rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, j. 17.11.1998; e HC 70.395/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, j. 08.03.1994. No STJ: HC 123.932/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 16.06.2009);

D) Imputação pelos crimes de roubo qualificado com emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I, do CP) e de associação criminosa armada (CP, art. 288, parágrafo único, 1ª parte), em concurso, não havendo de se cogitar de *bis in idem*, “*uma vez que não há nenhuma relação de dependência ou subordinação entre as referidas condutas delituosas e porque elas visam bens jurídicos diversos*” (HC nº 113.413/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Ricardo Lewandowski. DJe 12.11.2012). Portanto, conforme o entendimento majoritário, no tocante ao emprego de arma, não há falar em *bis in idem*, pois inexistente dupla punição pelo mesmo fato. Estão em jogo bens jurídicos distintos: patrimônio, no roubo; e paz pública, na associação criminosa. Se não bastasse, os crimes são independentes e autônomos entre si. Este sempre foi o entendimento consagrado nos Tribunais Superiores (STF: RHC 102.984/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 08.02.2011, noticiado no Informativo 615; e HC 85.183/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 02.08.2005. No STJ: HC 91.129/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 10.06.2008). Em síntese, “*a jurisprudência do STF considera que é adequado o reconhecimento do concurso material entre os delitos de quadrilha armada e o roubo qualificado pelo emprego de arma*” (HC 85183, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma do STF, DJe-013 de 10-05-2007). Da mesma forma, para o STJ, “*não configura bis in idem a condenação por crime de quadrilha armada e roubo qualificado pelo uso de armas, ante a autonomia e independência dos delitos*” (HC 54.773/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, DJ 07/02/2008).

*** Corrupção de Menores Majorada (art. 244-B, § 2º, ECA).**

2) Makário Olímpio e Spock: corrupção de menores com causa de aumento de pena (“*art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. [...] § 2º. As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*”). Observar a Súmula 500 do STJ: “a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”.

*** Furto Qualificado (art. 155, § 4º, III e IV, CP), sem a majorante do § 1º.**

3) Makário Olímpio, Spock e Da Lua: em razão da subtração do VW/Golf, deverão responder por furto qualificado por chave falsa [§ 4º, III] e concurso de pessoas [§ 4º, IV]: “*a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o conceito de chave falsa abrange a chave 'mixa' e todo e qualquer instrumento ou dispositivo empregado para abertura de fechaduras*” (HC nº 106.095/RS, 1ª turma do STF, Rel. Cármen Lúcia, unânime, DJE 19.05.2011). No mesmo sentido: “*A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido o uso da chave 'mixa', para qualificar o crime de furto, pelo emprego de chave caracterizada como falsa*” (AgRg no Agravo em REsp nº 304151/DF (2013/0077302-0), 6ª Turma do STJ, Rel. Assusete Magalhães, unânime, DJe 13.09.2013). Por outro lado, não há falar na majorante do repouso noturno (“§ 1º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno”), pois, conforme o entendimento majoritário, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagra o entendimento segundo o qual “*a causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso de delito qualificado*” (REsp 940.245/RS, rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. 13.12.2007. Em igual sentido: HC 10.240/RS, JTACrimSP, 70:234, 86:253, 57:312 e 54:171; RF, 270:314; RT, 554:366, 547:355, 639:278 e 657:306). “*Indubitavelmente, a majorante do repouso noturno é inaplicável às hipóteses de furto qualificado, podendo, contudo, ser considerada na dosimetria da pena, como circunstância do crime (art. 59)*”⁸.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial, volume 3: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

Observação: Da Lua também deve ser denunciado (exclusivamente pelo furto qualificado). Esclarecedora, no ponto, a doutrina de Rogério GRECO:

“Devemos nos fazer a seguinte pergunta quando deparamos com uma infração penal cometida por um inimputável (art. 26, *caput*, CP): será que poderemos denunciá-lo se, de antemão, ou seja, com base no laudo médico produzido na fase policial, já tivermos a plena convicção de que ele não tinha, em virtude de sua doença mental, capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento? Ou, ainda, é possível o oferecimento de denúncia em face do agente comprovadamente inimputável, quando a lei processual penal determina em seu art. 386, inciso VI, que o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça existirem circunstâncias que isentem o réu de pena. A primeira pesquisa que devemos fazer quando deparamos com um fato praticado por um inimputável que, pelo menos em tese, constitui infração penal, é verificar se a conduta por ele levada a efeito é típica e antijurídica. Sim, porque se ausentes um desses pressupostos lógicos para a análise da culpabilidade, não há falar em infração penal, razão pela qual se for inaugurado inquérito policial deve este ser levado ao arquivo por determinação do juiz, a pedido do Ministério Público. Imaginemos, agora, que um inimputável tenha cometido um fato típico e antijurídico, mas que, durante a fase extrajudicial, constatou-se que, em virtude de sua doença mental, ele era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Vimos que o art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal determina que o juiz absolva o réu quando houver uma causa de isenção de pena. A inimputabilidade prevista pelo *caput* do art. 26 é causa de isenção de pena. *Como deve, agora, proceder o Promotor de Justiça ao tomar conhecimento desse fato?* A questão, segundo nos parece, é muito simples: a única forma de aplicar medida de segurança a um inimputável é por meio de uma ação penal. *Tomando conhecimento de que um agente comprovadamente inimputável praticou um fato típico e antijurídico, deve o Promotor de Justiça denunciá-lo*, narrando com exatidão os fatos por ele cometidos, para que durante a instrução do processo possa ser assegurada sua ampla defesa, e, *ao final da peça acusatória, deverá o membro do Parquet, mencionando a causa dirimente da culpabilidade, pugnar pela absolvição do réu, com a consequente aplicação de medida de segurança.* Não haverá possibilidade,

nessa hipótese, de ser formulado pedido condenatório, haja vista que a peça teria que ser rejeitada por faltar-lhe uma das condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, qual seja, a *possibilidade jurídica do pedido*.⁹

*** Roubo Circunstanciado (art. 157, § 2º, I e II, CP).**

4) Makário Olímpio e Spock: em razão do assalto ao ônibus, deverão responder por roubo circunstanciado pela violência exercida com o emprego de arma [§ 2º, I] e concurso de pessoas [§ 2º, II] contra 49 (quarenta e nove) passageiros e o motorista.

Observação: tecnicamente, os roubos ocorreram em “concurso formal impróprio”¹⁰ (critério do cúmulo material), conforme a cirúrgica doutrina de Cleber MASSON:

“Se o sujeito, no mesmo contexto fático, emprega grave ameaça ou violência (própria ou imprópria) contra duas ou mais pessoas, e subtrai bens pertencentes a todas elas, a ele serão imputados tantos roubos quantos forem os patrimônios lesados. Estará caracterizada uma hipótese de concurso formal, pois houve somente uma ação, embora composta de diversos atos e de várias lesões patrimoniais. *É importante destacar a configuração, nesse caso, de concurso formal impróprio ou imperfeito (CP, art. 70, caput, 2.ª parte), em face dos desígnios autônomos (vontades autônomas) para a produção da pluralidade de resultados criminosos, importando na soma das penas cominadas a todos os crimes. O exemplo típico é o do ladrão que ingressa em um ônibus, anuncia o assalto em voz alta e subtrai bens de diversos passageiros. Há uma única conduta e vários resultados*”¹¹.

*** Homicídio Qualificado (art. 121, § 2º, I, III e IV, CP).**

5) Makário Olímpio e Spock: em razão do homicídio contra cabo Dantas, deverão responder na forma do art. 121, § 2º, I (motivo torpe), III (meio cruel) e IV (recurso que dificultou a defesa do ofendido).

Observação: Não há falar em latrocínio, em razão da motivação do crime. Nesse sentido, é de se perceber a diferenciação entre o crime

9 *Curso de direito penal: parte geral*. 14ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 389-390.

10 Não se desconhece a linha de entendimento despida de tecnicidade (por isso não a preferimos!) que defende haver, na hipótese, concurso formal próprio: “A jurisprudência tem aplicado o concurso formal próprio a esses casos, *provavelmente porque a pena ficaria muito alta se houvesse muitas vítimas e as penas fossem somadas*” (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte especial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 345).

11 *Direito penal esquematizado: parte especial*. Vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 330.

patrimonial (latrocínio) e o doloso contra a vida (homicídio) há muito fixada pelo STF:

“[...] Latrocínio ou homicídio em concurso com roubo: diferenciação. 1. No roubo com resultado morte ('latrocínio'), a violência empregada – da qual deve resultar a morte –, ou se dirige à subtração, ou, após efetivada esta, a assegurar a posse da coisa ou a impunidade do delito patrimonial, que constitui a finalidade da ação. 2. Diversamente, tem-se concurso de homicídio e roubo (ou furto), se a morte da vítima, em razão de animosidade pessoal de um dos agentes [...] foi a finalidade específica da empreitada delituosa [...]” (HC 84217, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, DJ 27-08-2004).

No mesmo sentido, com o escopo de bem estabelecer o âmbito de incidência do homicídio e do latrocínio (que se assemelham em certo ponto mas não se confundem), não se perca de mira o exemplo seguinte:

“Caso um rougador encapuzado, durante um roubo a banco, perceba dentre os clientes um antigo inimigo e, aproveitando-se da oportunidade de estar armado e o inimigo dominado, tira-lhe a vida, responde por homicídio em concurso material com roubo, porque não matou para viabilizar o roubo nem tampouco para assegurar sua impunidade (não seria reconhecido em razão do capuz que vestia) ou a detenção da coisa. Se, entretanto, estiver cometendo um roubo sem capuz em um estabelecimento e notar dentre os clientes uma pessoa que o conhece e que pode entregá-lo à polícia, vindo a matá-lo, responde por latrocínio – porque matou, durante o roubo, para assegurar sua impunidade”¹².

*** Furto (art. 155, CP. O relógio de Dantas).**

6) Makário Olímpio: em razão do furto do relógio Rolex, deverá lhe se imputada a conduta prevista no art. 155 do CP. Como o crime não entrou na esfera de conhecimento dos comparsas, os quais eram associados para a prática de crimes “violentos” contra o patrimônio (mediante o emprego de armas de fogo), Makário Olímpio responderá sozinho pelo fato (furto).

No ponto, clara é a doutrina de Cleber MASSON:

“Finalmente, também não há latrocínio quando uma pessoa mata alguém e resta demonstrado que, no momento da morte, o

12 GONÇALVES, Víctor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte especial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 365).

sujeito não tinha a intenção de subtrair bens da vítima, mas, após a consumação do homicídio, surgiu tal vontade, razão pela qual subtraiu os bens do falecido. Exemplo: 'A' encontra 'B', seu antigo desafeto, e decide matá-lo. *Com a vítima já falecida, 'A' nota que 'B' trazia consigo diversos objetos de valor (relógio, joias etc.) e decide subtraí-los. Nessa hipótese, não há falar em latrocínio, mas em concurso material entre homicídio (simples ou qualificado) e furto, uma vez que a subtração foi concretizada depois da morte e sem emprego de violência*".¹³

*** Fraude Processual Autônoma (art. 347, parágrafo único, CP).**

7) Makário Olímpio e Spock: por atearem fogo no veículo furtado a fim de eliminar os indícios do crime¹⁴, responderão pela fraude processual autônoma do art. 347, parágrafo único ("art. 347. *Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito: pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.*"). A respeito, confira-se o julgado: "Crime de fraude processual. Homicídio doloso praticado dentro de clínica médica. *Limpeza do local para eliminação de vestígios de sangue.* Artifício que tenderia a induzir em erro o juiz de ação penal. Fato típico em tese. [...] *Ato dirigido a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado. Correspondência ao tipo autônomo previsto no parágrafo único do art. 347 do Código Penal.* Hipótese normativa que não é de causa de aumento de pena. Inteligência do texto do art. 347, que contém duas normas. O art. 347 do Código Penal contém duas normas autônomas: a do *caput*, que pune artifício tendente a produzir efeitos em processo civil ou procedimento administrativo já em curso; e a do parágrafo único, que pune ato voltado a produzir efeitos em processo criminal, ainda que não iniciado" (STF: HC 88.733/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 2.ª Turma, j. 17.10.2006, noticiado no Informativo 445). De se notar que o direito de não produzir prova contra si mesmo não autoriza,

13 *Direito penal esquematizado: parte especial. Vol. 2. 6ª ed.* São Paulo: Método, 2014, p. 356. No mesmo sentido: "Não é raro que uma pessoa mate intencionalmente outra em razão de uma prévia desavença entre elas, consumando o crime de homicídio e, em seguida, resolve verificar os bolsos da vítima e, ao encontrar dinheiro, o subtraia. Em tal caso, deve responder por crimes de homicídio doloso em concurso material com furto, pois a intenção de subtrair surgiu após a morte e deu-se em um momento em que não era mais necessário usar de violência física. É de se mencionar, aliás, que o sujeito passivo do furto são os familiares da vítima." (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte especial. 2ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 362).

14 "HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO E FRAUDE PROCESSUAL. Informações apuradas que dão conta, ainda, de que os agentes teriam, em tese, atear fogo ao veículo da vítima, deixando o cadáver em local ermo, com a finalidade de eliminar os indícios da prática do crime. Necessidade da manutenção da prisão para a "garantia da Ordem Pública", diante da gravidade concreta do delito, evidenciada pelo modus operandi empregado para a prática do crime. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. [...]" (Processo nº 1172849-9, 3ª Câmara Criminal do TJPR, Rel. Sônia Regina de Castro, unânime, DJ 28.02.2014).



58º Concurso Público para Promotor de Justiça Substituto do MPGO
Comissão de Concurso
Prova Subjetiva – 23/01/2015

por óbvio, a prática da fraude processual. A propósito decidiu o STJ que “o direito à não autoincriminação não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime, inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificialmente outra realidade, levar peritos ou o próprio Juiz a erro de avaliação relevante” (HC 137.206/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 1.12.2009).