

## 8.1 - MINISTÉRIO PÚBLICO: ATUAÇÃO PENAL<sup>1</sup>

### 8.1.1 - Ministério Público: atuação penal

Promotor de Justiça Joaquim José Miranda Júnior  
Promotora de Justiça Cláudia Ferreira Pacheco de Freitas  
Promotor de Justiça Jorge Tobias de Souza  
Promotor de Justiça Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro  
Promotor de Justiça Marcelo Mattar Diniz  
Promotor de Justiça Marco Antônio Picone Soares  
Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes  
Promotor de Justiça Rodrigo Otávio Gonçalves e Silva

Se diversas são as vertentes de pesquisa que buscam conferir ao Ministério Público o rótulo de Instituição voltada para a acusação penal em juízo, o certo é que os múltiplos papéis atribuídos a ele nos mais diversos países dão mostras de sua relevância como órgão constituído de defesa do Estado de Direito, sob o influxo da Revolução Francesa.

De mero defensor dos interesses do Rei que remonta sua origem próxima à *Ordonnance* de Felipe IV, em 1302, na França, o Ministério Público de hoje deve ser compreendido como Instituição de funções ecléticas a quem compete, especificamente na área penal, a titularidade da pretensão punitiva estatal<sup>2</sup>, sem prejuízo da defesa dos direitos fundamentais do investigado e do acusado.

Se o Estado de outrora era policialesco e buscava na repressão penal uma afirmação de Poder, hoje, a busca da punição dos responsáveis pela prática de um fato-crime deve corresponder, em igual medida, à lisura de um Processo que se pautar pelo respeito à Ordem Constitucional, de tal forma que se desigualdade houver entre acusação e defesa no curso da persecução penal, ela deve ser marcada unicamente pela intensidade da culpa do agente.

Segundo o art. 127, da Constituição Federal de 1988, compete ao Ministério Público “[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, sendo essa uma diretriz que deve nortear a compreensão de todas as demais funções ministeriais na área penal, mormente a promoção da ação penal pública em juízo.

Daí que o Ministério Público de hoje, embevecido pela matriz Constitucional que assegura direitos e garantias e que o aponta como ferrenho defensor deles, tem por dever atuar como parte a quem verdadeiramente interessa uma decisão justa, qual seja a que, conhecendo as limitações do direito

<sup>1</sup> NOTA DO CONSELHO EDITORIAL: Este capítulo dedicado à área criminal sofreu alterações em decorrência de mudanças no Código de Processo Penal.

<sup>2</sup> Como assevera Frederico Marques, o direito de punir não pertence ao Estado-Juiz, mas ao Estado-Administração. Segundo o autor, “cabendo ao Estado-Administração a tutela penal e o exercício do direito de punir, a seus órgãos é que a lei confere o exercício da pretensão punitiva. Da administração, portanto, é a titularidade da pretensão punitiva. Esta, segundo bem o disse Calamandrei, é pretensão administrativa, mas despida de auto-executoriedade (ao reverso do que se dá com as outras pretensões administrativas), em razão do princípio do nulla poena sine iudicio. Portanto, para que a tutela penal e a pretensão punitiva possam ser exercidas, há órgãos estatais da Justiça Penal destinados a preparar a ação penal, a impulsionar a persecutio criminis e a participar dos procedimentos preliminares que compõem esta; e após a condenação do autor do crime, os órgãos destinados à execução penal. Funções se repartem, portanto, na Justiça Penal, entre os seus órgãos administrativos, para preparar-se a ação penal e fazer efetiva e concreta a pretensão de punir. Todavia, como a atividade preparatória da persecutio criminis vai levar à propositura da ação penal, com o pedido de julgamento favorável da pretensão punitiva por meio da acusação; e como o titular da ação penal é o Ministério Público, dúvida não há de que, ao formular a acusação, esse órgão está agindo como titular, também, da pretensão punitiva. A afirmativa de Giuliano Vassali e outros, de que o juiz penal é órgão do direito de punir e da pretensão punitiva, não tem o menor fundamento e não pode, por isso, ser aceita. (MARQUES, José Frederico. Tratado de direito processual penal. São Paulo, Saraiva, 1980. v. 2, p. 63-64).

penal, busque a aplicação da norma incriminadora somente quando ocorra uma infração penal que mereça a devida retribuição<sup>3</sup>.

Investigações mendazes levam à propositura de ações penais precipitadas e à inflação de Processos, muitas vezes desnecessários, que acabam assoberbando o Poder Judiciário com demandas falidas, não enquadradas, do ponto de vista da tipicidade material, a qualquer norma incriminadora. É preciso valorizar o Processo, não apenas no sentido de que seja ele o instrumento adequado para uma final punição do culpado, mas também para que revele a justa punição, sem que haja, no entanto, qualquer arrefecimento no exercício do *jus puniendi*. Daí a necessidade da propositura de ações penais lastreadas em prova, ainda que incipiente, e de uma precisa delimitação do fato típico, com todas as suas circunstâncias, sem prejuízo da objetividade.

Como disserta Ferrajoli,

[...] a acusação contestada deve ser formulada em termos unívocos e precisos, idôneos para denotar exatamente o fato atribuído e a vincular a ele, contra a indeterminação do antigo processo inquisitório, o objeto do juízo e da sentença que o conclui.<sup>4</sup>

Ao Promotor criminal não é dado ignorar que o Ministério Público representa, outrossim, o acesso das vítimas ao Poder Judiciário e, por isso, é seu dever requisitar a instauração de inquéritos policiais e fiscalizar, efetivamente, todo o curso das investigações, sendo assim possível sustentar em juízo a versão mais próxima possível da realidade histórica.

Sobre outro aspecto, e como introdução às práticas de atuação desenvolvidas nas seções seguintes, o membro do *parquet* deve primar pela técnica e conhecer que o direito de ação é público e subjetivo<sup>5</sup>, exercido por isso contra o Estado e não contra a pessoa do acusado, mas sim em face dele. E diante dessa técnica exigida, ele tem por obrigação postular a realização da prova, a mais ampla possível, não prescindindo da palavra da vítima e das perícias que lei processual determina sejam realizadas em se tratando de crimes não transeuntes, que deixam vestígios.

Apesar de parte processual, o Ministério Público em exercício na área criminal deve ter sempre em mente que também é fiscal da lei, e por isso deve obediência a prazos – que incluem a proibição de dilações desnecessárias - e a práticas que conduzam sempre ao fiel cumprimento daquela, como, por exemplo, a fiscalização do *quantum* de pena, do regime inicial de seu cumprimento e de seus efeitos, dentre os quais a perda de função pública e a suspensão de direitos políticos, isso, é claro, se advindas de uma condenação precedida de um justo Processo, nos moldes constitucionais.

Com a redação do art. 257, I e II, do Código de Processo Penal (Lei 11.719/2008).... falar sobre a prerrogativa do MP em conduzir investigação criminal.

<sup>3</sup> “Interessando à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados, mas também – e sobretudo, dentro de um verdadeiro Estado-de-direito – a punição só dos que sejam culpados, segue-se daí que ao MP, como órgão de administração da justiça, há-de competir trazer à luz não só tudo aquilo que possa demonstrar a culpa do argüido, mas também todos os indícios da sua inocência ou da sua menor culpa”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Reimp. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p 369)

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 558.

<sup>5</sup> Como subjetivo é direito à suspensão condicional do processo, o qual, por isso, deve ser abordado quando da denúncia, seja no sentido de afirmá-lo, seja no sentido de negá-lo, sempre de forma justificada.

Compete, assim, ao Promotor criminal, agir como efetivo Promotor de Justiça, na mais pura acepção da palavra Justiça, nunca se esquecendo de pautar sua conduta pela matriz constitucional que não apenas conferiu-lhe uma imensa gama de atribuições, mas também depositou-lhe a confiança na prestação de suas funções com denodo e responsabilidade. A sociedade passa por profundas transformações, em cujos conflitos, outrora intersubjetivos, cada vez mais complexos, caracterizam-se como metaindividuais, e exigem condutas capazes de melhor adequar o direito às novas demandas sociais, nunca antes tão relacionadas à defesa dos direitos humanos como hoje.

Em busca da otimização do objetivo geral do capítulo, qual seja o de apresentar diretrizes para uma uniformização da atuação funcional do Ministério Público mineiro na área criminal, a exposição será dividida em duas seções, sendo que a primeira aborda o agir ministerial na fase pré-processual, e a segunda, não menos importante, na fase processual propriamente dita.

## **A - O recebimento de *notitia criminis***

### *A.1 - Comunicação verbal de crime de ação pública incondicionada*

Ao receber comunicação verbal de crime de ação pública incondicionada, verificar a existência de inquérito policial ou peças de informação suficientes sobre o fato. Se nada existir a respeito, tomar por termo as declarações do comunicante e encaminhar a peça à autoridade policial, devidamente acompanhada de ofício requisitório de instauração do inquérito policial para que depois, tendo em mãos o competente procedimento investigatório sobre os fatos, possa analisar a possibilidade da instauração da ação penal.

Sobre a titularidade exclusiva do MP para propositura da ação penal, assim assegura a doutrina:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*). Na esfera penal, o Ministério Público é a instituição de caráter público que representa o Estado-administração, expondo ao Estado-juiz a pretensão punitiva (CF, art. 129, I). (CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 152).

### *A.2 - Comunicação escrita de crime de ação pública incondicionada*

Proceder do mesmo modo descrito no item acima, caso receba comunicação escrita, verificando, ainda, a possibilidade de propositura da ação penal com fulcro nos elementos constantes da *notitia criminis* (demonstração do fato, autoria, materialidade e qualificação do suposto autor do fato). Se não houver condições de oferecer denúncia, enviar as peças à autoridade policial, por meio de ofício requisitório.

A doutrina, por sua vez, concorda plenamente:

*Delatio Criminis* é a denominação dada à comunicação feita por qualquer pessoa do povo à autoridade policial (ou a membro do ministério público ou juiz) acerca da ocorrência de infração penal em que caiba ação penal pública incondicionada (art. 5º § 3º, CPP). Pode ser feita oralmente ou por escrito. Caso a autoridade verifique a procedência da informação, mandará instaurar inquérito para apurar oficialmente o acontecimento. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 134).

### *A.3 - Comunicação anônima ou conhecimento através de leitura de publicação periódica de crime de ação pública incondicionada*

Em caso de recebimento de comunicação anônima acerca da prática de infração de ação pública incondicionada ou do conhecimento de tal delito por leitura de publicação periódica, não requisitar a instauração de inquérito policial sem antes ouvir a vítima ou seu representante legal sobre a veracidade do fato, quando possível. A comunicação anônima deve, portanto, ser processada, tomadas as cautelas devidas, no sentido de uma averiguação mínima de verossimilhança das informações recebidas.

Este é, precisamente, o ponto de vista da doutrina sobre o assunto:

Destaquemos, ainda, que o anonimato é forma inadmissível e insuficiente para a instauração de inquérito, ao menos na modalidade de *delatio criminis*. Ao encaminhar a comunicação por escrito, deve a pessoa identificar-se. Se a forma escolhida for oral, a autoridade policial colherá, no ato, os dados identificadores do indivíduo. Lembra, com precisão, Tourinho Filho que a comunicação falsa de delito pode dar ensejo à configuração de um crime, motivo pelo qual não se deve aceitar a *delatio* anônima (Código de Processo Penal comentado, v.1,p.35). Entretanto, somos, levados a acreditar que as denúncias anônimas podem e devem produzir efeito. Não nos esqueçamos que a autoridade policial pode investigar algo de ofício e, para tanto, caso receba uma comunicação não identificada, relatando a ocorrência de um delito de ação pública incondicionada, pode dar início à investigação e, com mínimos elementos em mãos, instaura o inquérito. Embora não se tenha configurado uma autêntica *delatio criminis*, do mesmo modo o fato pode ser averiguado. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 138).

### *A.4 - Comunicação verbal de crime de ação pública condicionada*

Recebendo comunicação verbal da vítima ou do seu representante legal sobre prática de infração de ação pública condicionada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato. Caso inexistir, tomar por termo as declarações do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, em que fique claro o desejo de que seja proposta a ação penal pública e, como medida preliminar, o inquérito policial, encaminhando a peça à autoridade policial, devidamente acompanhada de ofício requisitório.

### *A.5 - Comunicação escrita de crime de ação pública condicionada*

Recebendo comunicação escrita da vítima ou do seu representante legal sobre prática de infração de ação pública condicionada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato narrado, bem como a possibilidade de propositura da ação penal com fulcro nos elementos constantes da informação (demonstração do fato, autoria, materialidade e qualificação do acusado) e a existência da *delatio criminis* postulatória (representação da vítima ou de seu representante). Não havendo condições de ser oferecida denúncia e inexistindo a representação, tomar por termo as declarações do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, na forma de representação, em que fique claro o desejo de que seja proposta a ação penal pública e, como medida preliminar, o inquérito policial, encaminhando a peça à autoridade policial, devidamente acompanhada de ofício requisitório de instauração do inquérito.

### *A.6 - Comunicação anônima ou conhecimento através de leitura de publicação periódica de crime de ação pública condicionada*

Em caso de recebimento de comunicação anônima acerca da prática de infração de ação pública condicionada ou do conhecimento de tal delito por leitura de publicação periódica, aguardar a necessária manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal.

#### *A.7 - Comunicação verbal de crime de ação privada*

Recebendo comunicação verbal da vítima ou de seu representante legal acerca da prática de infração de ação privada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato. Caso inexistir, tomar por termo as declarações do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, na forma de requerimento, no qual deve constar, sempre que possível, a narração do fato com todas as circunstâncias, a individualização do indiciado ou seus sinais característicos, as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração e o nome das testemunhas, com indicação da profissão e endereço das mesmas, encaminhando a peça à autoridade policial.

#### *A.8 - Comunicação escrita de crime de ação privada*

Recebendo comunicação escrita da vítima ou de seu representante legal sobre a prática de infração de ação privada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato narrado. Caso inexistir, mas a informação contenha requerimento de instauração do inquérito, cumpre remeter a peça à autoridade policial e, na oportunidade, orientar a vítima sobre a natureza da ação penal, o prazo para ajuizá-la e as providências que ulteriormente deve esta observar a fim de evitar o perecimento do direito de punir; havendo dúvida sobre a natureza da ação penal, sugere-se requisitar a instauração do procedimento investigatório diante dos elementos de convicção ministrados pela vítima ou seu representante legal.

#### *A.9 - Comunicação anônima ou conhecimento através de leitura de publicação periódica de crime de ação privada*

Em caso de recebimento de comunicação anônima acerca da prática de infração de ação privada ou do conhecimento de tal delito por leitura de publicação periódica, aguardar a necessária manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, observando, caso necessário, o item anterior.

### **B - Recebimento de inquérito policial**

#### *B.1 - Indiciado com foro por prerrogativa de função*

Recebendo inquérito policial versando sobre infração de ação pública e que conste como indiciada pessoa sujeita a julgamento originário perante a superior instância, pela prerrogativa da função exercida, deve ser o procedimento inquisitório imediatamente remetido à Procuradoria-Geral de Justiça, para que o órgão de execução com atribuições possa examinar a viabilidade do oferecimento da denúncia.

A Doutrina, por sua vez, assim dispõe:

Não pode a autoridade policial instaurar inquérito e colher provas diretamente. E caso durante uma investigação qualquer encontre indícios de participação de pessoa com prerrogativa de foro, deverá remeter os autos do inquérito ao juízo competente. Exemplos: deputados e senadores são processados no Supremo Tribunal Federal. O delegado não pode instaurar inquérito contra essas autoridades sem a fiscalização e autorização do Pretório Excelso, com acompanhamento da Procuradoria Geral da República. Muitas vezes, tomando conhecimento

da prática de crime de autoria de um deputado federal, o delegado envia os autos ao STF. A partir daí, o Ministro dessa Corte, encarregado de acompanhar o caso, determina que a Polícia Federal realize diligências investigatórias, mas sob sua fiscalização direta, bem como do Ministério Público Federal.(NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.134/135).

#### *B.2 - Inquérito policial militar remetido a Justiça Comum, em razão de incompetência da Justiça Militar – Providência*

Em caso de recebimento de inquérito policial militar, remetido a Justiça Comum, por haver a Justiça Militar se dado por incompetente, verificar, junto à autoridade policial e ao cartório do distribuidor, se há inquérito policial comum ou ação penal pelo mesmo fato, procedendo, a seguir, da seguinte forma:

- a) se houver inquérito, requerer o apensamento das duas peças investigatórias, para posterior exame conjunto;
- b) se já houver denúncia, requerer o apensamento do inquérito policial militar à ação penal já instaurada, aditando-a, se necessário;
- c) se não houver inquérito, nem denúncia, apreciar o inquérito policial militar como um inquérito comum, oferecendo denúncia, requerendo o arquivamento ou novas diligências, estas, agora, requisitadas à Polícia Judiciária;
- d) se houver inquérito policial arquivado, requerer o apensamento e nova vista, para exame da prova acrescida e manutenção do pedido desarquivamento ou oferecimento de denúncia, se houver prova nova.

#### *B.3 - Devolução do inquérito à autoridade policial – Diligências*

Somente devolver inquéritos à autoridade policial excepcionalmente, para complementação do estritamente necessário ao oferecimento da denúncia, no que pertine à caracterização da autoria da infração, a materialidade e a tipificação, especificando objetiva e claramente as diligências que deverão ser realizadas, bem como indicando prazo razoável para cumprimento.<sup>6 7</sup>

#### *B.4 - Requisição de diligências em caso de indiciado preso*

Evitar retornar a autoridade policial inquéritos em que figure indiciado preso, oferecendo, desde logo, a denúncia e requisitando, por meio de manifestação separada, a realização das diligências faltantes.

#### *B.5 - Requisição de diligências quando do oferecimento da denúncia*

---

<sup>6</sup> Sobre o inquérito policial o aviso nº 6/87 da PGJ lembra aos representantes do MP sobre a existência de portaria do então Secretariado de Segurança Pública do Estado, publicada em 12/06/1987, que proibia a “praxe viciosa de (se) juntarem a confissão do indiciado da autoria de diversos crimes que lhe são atribuídos”.

<sup>7</sup> No retorno dos autos para diligência perante a autoridade policial, o Ofício circular 1/92 da CGMP recomenda que se evite a utilização de dos termos “ordenar, mandar, determinar ou exigir, atendo-se a terminologia legal e técnica, qual seja, requisitar, conforme consta dos textos atinentes à espécie, isto é, art 129, VIII, da Constituição Federal; art. 120, VII, da Constituição do Estado de Minas Gerais; art 15, I, da Lei Complementar nº40/81 e arts. 5º II, e 47 do Código de Processo Penal” (a atual Lei Orgânica nacional – Lei nº8625/93 – faz referência ao termo “requisitar” no art. 26, I, “b”).

Procurar requerer ao juiz, quando da manifestação processual de encaminhamento da peça acusatória, a realização das diligências úteis, mas não imprescindíveis à ação penal, detalhando-as de forma objetiva e precisa.

#### *B.6 - Realização de diligências pelo próprio órgão ministerial*

Verificar se as diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia podem ser realizadas pelo próprio Ministério Público, através da utilização de suas atribuições legais de expedir notificações e formular requisições, nos termos do art. 129, VI, da Constituição Federal de 1988.<sup>8</sup>

#### *B.7 - Fixação de prazo quando do retorno do inquérito a delegacia*

Fixar prazo razoável para cumprimento das diligências, quando requisitadas diretamente à autoridade policial, ou sugeri-lo, caso pleiteadas ao juiz, procurando realizar analogia com as fixações de prazo contidas na lei.<sup>9</sup>

#### *B.8 - Permanência dos autos em cartório*

---

<sup>8</sup> DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÕES DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO. 1. O recurso extraordinário busca debater quatro questões centrais: a) a nulidade do processo em razão da obtenção de prova ilícita (depoimentos colhidos diretamente pelo Ministério Público em procedimento próprio; gravação de áudio e vídeo realizada pelo Ministério Público; consideração de prova emprestada); b) invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal; c) incorreção na dosimetria da pena com violação ao princípio da inocência na consideração dos maus antecedentes na fixação da pena-base; d) ausência de fundamentação para o decreto de perda da função pública. 2. O extraordinário somente deve ser conhecido em relação às atribuições do Ministério Público (CF, art. 129, I e VIII), porquanto as questões relativas à suposta violação ao princípio constitucional da presunção de inocência na fixação da pena-base e à suposta falta de fundamentação na decretação da perda da função pública dos recorrentes, já foram apreciadas e resolvidas no julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Apenas houve debate na Corte local sobre as atribuições do Ministério Público, previstas constitucionalmente. O ponto relacionado à nulidade do processo por suposta obtenção e produção de prova ilícita à luz da normativa constitucional não foi objeto de debate no acórdão recorrido. 4. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que "o debate do tema constitucional deve ser explícito" (RE 428.194 AgR/MG, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 28.10.2005) e, assim, "a ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza - ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica - a utilização do recurso extraordinário" (AI 557.344 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 11.11.2005). 5. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligências diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico. 6. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 7. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 8. Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 9. Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de "escolta" de veículos contendo o entorpecente e de "controle" de todo o comércio espúrio no município de Chapecó. 10. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. RE 468523 / SC – SANTA CATARINA RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 01/12/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma (sem grifos no original).

<sup>9</sup> Ver Avisos nº 30/87 e 33/87 da CGMP que instituem a Pasta de Controle de Inquérito Policial, o que permite a fiscalização do prazo de cumprimento das diligências.

Zelar para que os autos do inquérito não baixem à Delegacia de Polícia sem a prévia oitiva do Ministério Público, ainda que haja pedido da autoridade policial.

#### *B.9 - Pedidos de dilação do prazo de conclusão do inquérito – Análise*

Examinar minuciosamente os pedidos de dilação de prazo para o encerramento do inquérito ou realização de diligências complementares, buscando detectar o real motivo do retardamento. Analisar, em qualquer oportunidade que manusear os autos do inquérito, todos os elementos investigatórios, visando a verificar outras diligências faltantes, que devem ser requisitadas a autoridade policial, ainda que não tenham sido por esta cogitadas, evitando um constante e desnecessário retorno do procedimento.

#### *B.10 - Requisição de exame complementar nos delitos de Lesões corporais graves - Laudo pericial - Requisitos*

Requisitar, nos delitos de lesões corporais graves, a realização de exame complementar, caso tal providência já não tenha sido tornada pela autoridade policial, enfatizando a necessidade de suficiente fundamentação acerca da existência do resultado agravador, pois a lacônica motivação, muitas vezes limitada a uma simples afirmação, não autoriza o reconhecimento da lesão como sendo de natureza grave; Requisitar o aditamento do laudo pericial para a formulação de correta e necessária fundamentação, em se tratando de lesões corporais graves pela ocorrência do perigo de vida; Verificar, na hipótese de lesões corporais graves pela ocorrência de debilidade permanente de membro, sentido ou função, se o laudo pericial menciona conclusivamente a permanência da debilidade, requisitando tal providência em caso de inexistir a menção; Verificar, na hipótese de lesões corporais graves pela ocorrência de deformidade permanente, se o laudo pericial está instruído com fotografia, requisitando-a sempre que ocorrer dano estético ou assimetria; Verificar se o auto de reconhecimento de pessoas ou coisas atende estritamente aos termos do art. 226 do CPP<sup>10</sup>, requerendo o seu refazimento quando descumpridos os requisitos legais.

#### *B.11 - Lesão corporal seguida de morte - Análise*

Verificar, na hipótese de lesão corporal seguida de morte, se a atuação do agente não exteriorizou vontade de produção do resultado agravador ou assunção deste, caso em que se configuraria o delito de homicídio.

#### *B.12 - Crimes dolosos contra a vida praticados mediante uso de projétil de arma de fogo – Requisitos do laudo*

Verificar, na hipótese de crimes dolosos contra a vida praticados mediante uso de projétil de arma de fogo, se os laudos referentes aos ferimentos contêm:

- a) a ocorrência de zonas de chamoscamento, esfumaçamento ou tatuagem, na pele ou na roupa da vítima;
- b) os orifícios de entrada e de saída, quando o projétil transfixar o corpo da vítima;
- c) a trajetória do projétil no corpo do ofendido e os órgãos lesados.

Caso inexistam tais informações, requisitar o aditamento do laudo para este fim.

---

<sup>10</sup> "Reconhecimento de pessoa. sua realização sem observância do procedimento determinado imperativamente pelo art. 226 do C.Pr. Pen., elide sua força probante e induz à falta de justa causa para a condenação que, além dele e de sua reiteração em juízo, também sem atendimento às mesmas formalidades legais, só se apóia em confissão policial retratada" (HC n° 70.936-2-SP, Ia. Turma, rel. Mi Sepúlveda Pertence, j. 8/11/94, DJU de 6/9/96, p. 31.849, ementa parcial).

### B.13 - Auto de reconhecimento de pessoas ou coisas – Reconhecimento fotográfico

Verificar se o auto de reconhecimento de pessoas ou coisas atente estritamente os termos do art. 226 do Código de Processo Penal<sup>11</sup>, requerendo seja o mesmo feito quando descumpridos os requisitos legais.

Não sendo possível a realização de reconhecimento pessoal do agente (por estar este foragido, em outra unidade da Federação, etc), postular a realização de reconhecimento fotográfico como meio de prova, com a juntada aos autos da fotografia submetida a reconhecimento<sup>12</sup>.

### B.14 - Lei nº 10.826/2003, Medidas Provisórias e Tipicidade Penal

Não obstante o prazo estabelecido no art. 32 da Lei nº 10.826/2003 (*vacatio legis*) tenha sido prorrogado por Medidas Provisórias sucessivas, observar o disposto no art. 62, § 1º, I, “b”, da Carta Magna. Consigne-se ainda que, embora editadas as Leis nº 10.884/2004, nº 11.118/2005, nº 11.191/2005 e nº 11.706/2008, tais são oriundas de Medidas Provisórias e, assim, há que se observar a teoria das nulidades<sup>13</sup>.

Salienta-se que a Lei nº 11.706/2008 alterou o art. 30 da Lei nº 10.826/2003, estabelecendo o prazo para que os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido efetuassem o seu registro.

Acerca do tema, a ementa aprovada sobre o tema, no I Simpósio Criminal de Procuradores e Promotores de Justiça: “As Medidas Provisórias nº 174, 229 e 253 (que prorrogaram o prazo para registro de armas de fogo até 23 de outubro de 2005) são inconstitucionais, bem como o são as Leis nº 10.884 de 2004, nº 11.118 de 2005 e nº 11.191 de 2005 que converteram as citadas Medidas Provisórias em Lei”.

Verificar, ainda, a distinção entre a posse e o porte de arma de fogo, eis que, embora o legislador tenha concedido prazo para a regularização da *posse* de armas, tal não se aplica do *porte*, eis que

---

<sup>11</sup> Reconhecimento de pessoa: sua realização sem observância do procedimento determinado imperativamente pelo art. 226 do Código de Processo Penal elide sua força probante e induz à falta de justa causa para a condenação que, além dele e sem sua reiteração em juízo, também sem atendimento às mesmas formalidades legais, só se apóia em confissão policial retratada (HC nº 70.936-2-SP, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 8/11/94, DJU de 6/09/96, ementa parcial)

<sup>12</sup> PROCESSO-CRIME - Nulidade - Alegada nulidade de reconhecimento - Art. 288 do Código de Processo Penal - Inocorrência - Reconhecimento fotográfico - Deslocamento inútil do réu até outro estado, apenas para ser visualizado - Fotografias nítidas e perfeitamente identificáveis - Preliminar rejeitada. (Tribunal de Alçada de São Paulo -Apelação Criminal nº 235.505-3 - Nova Granada - 2ª Câmara Criminal de Férias “Janeiro/98” - Relator: Prado de Toledo - 16.02.98 – V.U.). O reconhecimento fotográfico à base da exibição da testemunha da foto do suspeito é meio extremamente precário de informação, ao qual a jurisprudência só confere valor ancilar de um conjunto de provas juridicamente idôneas no mesmo sentido; não basta para tanto a chamada de co-réu colhida em investigações policiais e retratada em juízo. (STF – HC nº 74.368 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/07/1997, DJU de 28/11/1997).

<sup>13</sup> O que temos, em face da relação de dependência entre as normas e do vício de inconstitucionalidade da medida provisória, é o que o renomado Clémerson Merlin Cléve conceitua como sendo uma *inconstitucionalidade conseqüente*:

“(…) a inconstitucionalidade conseqüente ou derivada decorre de um efeito reflexo de inconstitucionalidade antecedente ou imediata. Assim, será *inconstitucional* (inconstitucionalidade derivada ou conseqüente) a *norma dependente de outra declarada inconstitucional* (inconstitucionalidade imediata ou antecedente) e *pertencente ao mesmo diploma legislativo (relação de dependência)*. Padecerá, igualmente, de vício de constitucionalidade ou derivado o ato normativo que encontra o seu fundamento de validade em outro ou mantém relação de dependência com um terceiro já declarado inconstitucional. É o caso do regulamento em relação à lei; da lei em relação à Medida Provisória (no caso de conversão) e da lei delegada em relação à lei de autorização (resolução do Congresso Nacional), etc.” (GANGONI, Bruno Corrêa. **A Plena Vigência do art.12 do Estatuto do Desarmamento face a inconstitucionalidade da Medida Provisória em Matéria Penal**. Boletim IBCCrim, ano 12, nº149, abril/05, p.15).

esse não exige tão-somente o registro da arma, mas também o preenchimento de várias outras condições estabelecidas na legislação em vigor.

A respeito de tal distinção, imprescindível a transcrição de trecho do voto do eminente Des. Herculano Rodrigues, no *Habeas Corpus* nº 408943-0:

Como cediço, o *porte* não se confunde com a *posse*. Ao contrário do que se dá com a conduta de possuir, que está diretamente ligada ao registro da arma, o *porte* está relacionado a outro tipo de autorização, que visa legitimar uma situação diferente daquela: *a de trazer consigo, circular com a arma, em qualquer local*.

Conforme observam Luiz Flávio Gomes e Willian Terra de Oliveira – em anotações relativas à lei anterior, mas que ainda permanecem válidas -, o verbo portar ‘não abrange apenas o contato físico com a arma, mas também significa que o agente tem o objeto ao seu alcance, em condições de fazer rápido uso do mesmo. A idéia de portar não significa exatamente trazer a arma nas mãos, mas sim em qualquer lugar de fácil apossamento, sem obstáculos (como na cintura, no bolso, no porta-luvas do veículo, etc.) e fora dos casos de guarda autorizada (interior da residência ou local de trabalho)’ (in Lei das Armas de Fogo, 1 ed., RT, 1999, p. 115).

Ora, diversamente da disciplina da matéria contida no interior, Lei nº 9.437/97 – que, a propósito, por expressa determinação legal condita em seu art. 20, somente passou a incriminar as condutas previstas em seu art. 10 depois de expirado o prazo de seis meses referido em seu art. 5º, a Lei atual, nº 10.826/2003, que entrou em vigor na data de sua publicação, 22 de dezembro de 2003 (e que não contém regra de vigência semelhante àquela) -, proibiu, em seu art. 6º, o porte de arma de fogo em todo o território nacional, excetuando apenas os casos previstos em legislação própria e aqueles arrolados nos incisos do citado dispositivo.

Portanto, independentemente do prazo dado para registro ou entrega da arma, o *porte* sem autorização – que não depende só do registro – está expressamente vedado desde a edição da Lei, configurando crime previsto nos arts. 14 ou 16 da Lei 10.826/03 – conforme se trate de arma de uso permitido ou proibido ou restrito.”<sup>14</sup>

<sup>14</sup> “HABEAS CORPUS” - ESTATUTO DO DESARMAMENTO - ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA - INOCORRÊNCIA - PRISÃO EM FLAGRANTE REGULAR - PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA - CIRCUNSTÂNCIAS IRRELEVANTES - PERICULOSIDADE DO AGENTE - ORDEM DENEGADA. O fato de ter o legislador concedido um prazo para que aqueles que possuem armas de fogo não registradas providenciem o registro ou as entreguem à Polícia não confere a estes o direito provisório ao porte, prerrogativa exclusiva das pessoas mencionadas no art. 6º da Lei 10.826/2003. Ausentes quaisquer vícios na prisão em flagrante do paciente, e verificada a necessidade da manutenção da custódia pela garantia da ordem pública, face à periculosidade do agente, irrelevantes tornam-se os aspectos de primariedade, residência fixa ou trabalho honesto. (*Habeas Corpus* - C. Criminais Isoladas - Nº 1.0000.04.411142-5/000 - Comarca de Governador Valadares - Paciente(S): Hudson Martins Rastes - Coator(Es): Jd 3 V Cr Comarca Governador Valadares - Relatora: Exmª. Srª. Desª. Márcia Milanez). “A excepcional *vacatio legis* contida nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), que autoriza a entrega das armas de fogo não registradas à Polícia Federal, no prazo de cento e oitenta (180) dias, fazendo com que nesse interregno as condutas delituosas descritas no referido diploma deixem de ser puníveis, *não abrange o porte ilegal de arma de fogo, sem registro ou sem autorização da autoridade competente exercido fora da residência do agente ou de seu posto de trabalho*” ( TJSJ – Ap. nº 2003.030633-1, julgada em 24/03/04).

*B.15 - Art. 21 da Lei n. 10826/2003 (possibilidade de concessão de liberdade provisória)*

Verificar o disposto em ementa aprovada sobre a questão no I Simpósio Criminal de Procuradores e Promotores de Justiça: “A vedação legal à liberdade provisória contida no art. 21 do Estatuto do Desarmamento encontra óbice nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e presunção de inocência, somente admitindo-se a manutenção do agente preso cautelarmente quando presentes os motivos ensejadores da custódia preventiva”<sup>15</sup>.

*B.16 - Porte e posse ilegal de arma – Laudo pericial*

Verificar, nas hipóteses de porte ilegal de arma, se há laudo pericial acerca da potencialidade do instrumento lesivo, requisitando-o no caso de omissão.

Entretanto, observar que a potencialidade lesiva do instrumento não se confunde com o municiamento da arma, eis que, conforme ementa aprovada no I Simpósio Criminal de Procuradores e Promotores de Justiça, *arma de fogo eficiente, ainda que desmuniçada, acessório ou munição, podem ser objeto material das condutas delitivas previstas na Lei nº 10.826/2003*<sup>16</sup>.

Na doutrina, salienta César Dario Mariano da Silva o seguinte:

Como a arma de fogo desmuniçada é apta a colocar a coletividade em perigo, é possível a ocorrência do delito, eis que basta o agente municiá-la para efetuar disparos. Ademais, o tipo penal não exige que a arma esteja municiada, além de a munição também ser, de forma autônoma, objeto material do crime. Não é razoável entender que a arma deva estar municiada para a configuração do delito, pois bastaria o sujeito deixar a munição escondida em algum lugar, pronta para ser empregada, e, com

<sup>15</sup> “HABEAS CORPUS” - LEI Nº 10.826/03 - A DISPOSIÇÃO CONSTANTE DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO, VEDANDO A LIBERDADE PROVISÓRIA, TRADUZ-SE NUMA INACEITÁVEL RESTRIÇÃO A UM DIREITO FUNDAMENTAL, CONSAGRADO NO ART. 5º, INCISO LXVI, ALÉM DE ATENTAR CONTRA O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA SENDO, SOBRE ESSE ASPECTO, MANIFESTAMENTE INCONSTITUCIONAL - LIBERDADE PROVISÓRIA - POSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA REGRA GERAL, PREVISTA NO ART. 310 DO CPP, QUE CONDICIONA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE, À PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA”. (TJMG- HABEAS CORPUS Nº 1.0000.06.434332-0/000 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - PACIENTE(S): SAMUEL VIEIRA DE MOURA FONTES - AUTORID COATORA: JD 2 V CR COMARCA JUIZ FORA - RELATOR: EXMO. SR. DES. PAULO CÉZAR DIAS)

<sup>16</sup> “O crime de porte ilegal de arma de fogo, tipificado no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, consiste na conduta de “possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, é delito de perigo abstrato que se configura ainda que a arma de fogo se encontre desmuniçada, uma vez que o tipo penal não exige o municiamento da arma de fogo para tipificação do delito. 3. Ordem denegada. (TJDF – HBC 20050020039877 – 2ª T.Crim. – Rel. Des. Nilsoni de Freitas Custodio – DJU 14.09.2005 – p. 117)”

HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA O INDEFERIMENTO DE PEDIDO LIMINAR. DESCABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DESMUNICIAÇÃS. IRRELEVÂNCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. RISCO À PAZ SOCIAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não cabimento de agravo regimental interposto contra decisão que denega ou concede pedido de liminar em Habeas Corpus. 2. Na linha de precedentes desta Corte, o porte ilegal de arma de fogo traz risco à paz social, de modo que, para caracterização da tipicidade das condutas elencadas nos arts. 14 e 16 da Lei 10.826/03, basta, tão somente, o porte de armas sem a devida autorização da autoridade competente ou de uso restrito. A circunstância destas se encontrarem desmuniçadas não exclui, por si só, a tipicidade do delito, eis que ela oferece potencial poder de lesão. 3. O MPF manifestou-se pelo indeferimento do writ. 4. Ordem denegada. (STJ, HC 109231/RS, 2008/0136436-6, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, T5 – Quinta Turma, j. 25.09.2008, unânime).

“PENAL E PROCESSO PENAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DO FATO – ARMA DESMUNICIAÇA – IRRELEVÂNCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO – RECURSO IMPROVIDO – UNÂNIME – Para que se caracterize a tipicidade da conduta elencada no art. 16 da lei nº 10.826/03, basta, tão-somente, o porte de arma sem a devida autorização da autoridade competente. A circunstância desta se encontrar desmuniçada não exclui, por si, a tipicidade do delito, eis que ela oferece potencial poder de lesão. (TJDF – APR 20040910045030 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – DJU 14.09.2005 – p. 114)”

isso, fugir da punição, mesmo que seja surpreendido portando (p. ex. ) a arma de fogo<sup>17</sup>.

Por outro lado, também não há que se dizer que o raciocínio empregado para a não criminalização da arma desmuniada seria o mesmo para aquela inapta a efetuar disparos eis que, neste caso, “a atipicidade do comportamento, provocada pela ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17 – crime impossível), não decorre da manifesta ausência de perigo real, mas da impossibilidade jurídica de se conceituar aquele instrumento como arma e, conseqüentemente, da inexistência de adequação típica por ausência de elementar”<sup>18</sup>

#### *B.17 - Da representação pela Prisão Preventiva ou Temporária*

Verificar, quando da análise de autos de inquérito policial relativo a indiciados soltos, a presença dos requisitos para decretação da custódia preventiva do autor do ilícito, representando por sua decretação, se for o caso.

Quando da apreciação de representação da Autoridade Policial pela decretação de prisão preventiva ou temporária de indiciados, ao único argumento de que este não atendera à intimação para comparecer à Delegacia, verificar a possibilidade de, primeiramente, proceder-se à sua condução coercitiva – a ser determinada pela própria Autoridade Policial (art. 6º c/c art. 218 e 260, todos do Código de Processo Penal) – evitando-se a medida mais gravosa.

Nesse sentido, a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

[...] por vezes é necessária a presença do acusado para apuração dos fatos, podendo o juiz proceder a sua condução coercitiva, para qualquer ato processual, inclusive interrogatório, uma vez que embora não esteja obrigado a responder às perguntas que vierem a ser formuladas, o comparecimento nessa hipótese é obrigatório. O mandado deverá conter os requisitos do art. 352. A condução coercitiva também é permitida, para qualquer outro ato que não possa ser realizado sem a presença do acusado [...]<sup>19 20</sup>

Verificar, ainda, que a prisão temporária somente poderá ser decretada quando haja fundada suspeita de participação do representado em um dos delitos elencados no inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960/89, além da presença dos requisitos estatuídos nos incisos I ou II da mesma Lei.

<sup>17</sup> SILVA, César Dario Mariano da. *Estatuto do desarmamento de acordo com a Lei n. 10826/2003*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 96.

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. *Arma de fogo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23.

<sup>19</sup> *Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 338.

<sup>20</sup> Acerca da possibilidade de condução coercitiva do indiciado diretamente pela Autoridade Policial, confira-se: “HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. Incabível a prisão temporária de indiciado que possui residência fixa, ainda que em outra unidade da federação, forneceu os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e já foi submetido a reconhecimento pela vítima. *Se imprescindível sua presença aos atos da investigação, poderá, se não atender ao chamado da autoridade, ser determinada sua condução coercitiva, medida menos gravosa do que a prisão*”. (grifo nosso - Habeas Corpus nº 19980020027583/DF (111741), 2ª Turma Criminal do TJDF, Rel. Des. Getulio Pinheiro. j. 03.12.1998, Publ. DJU 22.04.1999, p. 52). “(...) O investigado pode ser submetido a interrogatório pela autoridade policial mais de uma vez, quando se entender necessárias novas declarações para elucidação dos fatos, *tendo o investigado dever de comparecer sob pena de condução coercitiva, embora tenha a garantia constitucional ao silêncio* (...)” (ementa parcial – grifo nosso - TRF 3ª Região - Habeas Corpus nº 11764/SP (200103000270236), 2ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Souza Ribeiro. j. 21.05.2002, DJU 11.09.2002, p. 385).

Zelar pela correta identificação do representado pela Autoridade Policial, abstendo-se de ratificar representação pela prisão de pessoa não corretamente individualizada, evitando-se equívocos quando do cumprimento do mandado de prisão.

*B.18 - Arts. 303 e 306 da Lei nº 9503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e Transação Penal*

Zelar pela realização de exame de constatação de embriaguez como prova relevante para a comprovação da materialidade delitiva, bem como observar a ocorrência de perigo concreto na conduta do agente.<sup>21</sup>

Encontra-se superado o entendimento de ser imprescindível a realização do exame de constatação de embriaguez, a Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, recentemente, que nos casos em que a perícia (leia-se: exame de dosagem) não é realizada porque na comarca *não há os equipamentos necessários à realização do exame* ou por *recusa do infrator* em submeter-se aos exames de alcoolemia, a comprovação do estado de embriaguez pode ser realizada por testemunhas ou pelo exame clínico, de acordo com preceitos doutrinários estabelecidos em medicina legal, ou seja, quando não for possível realizar o exame para indicar a concentração de álcool no sangue, há outros tipos de prova (testemunhal ou exame clínico) que podem atestar, indubitavelmente, o estado de embriaguez do motorista, o que admite a aplicação do art. 167 do CPP, para comprovação da *materialidade delitiva*. (HC 132.374/MS, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 06.10.09, unânime).<sup>22</sup>

<sup>21</sup> “CRIME DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (CTN, ART. 306) - DENÚNCIA - PERIGO NECESSÁRIO - ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA - OCORRÊNCIA - HABEAS CORPUS CONCEDIDO. O fato de o agente conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, por si só não tipifica o crime previsto no art. 306, do CTN; há necessidade de que com tal ação esteja expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Sem a realização de uma conduta anormal, vale dizer, se dirigir sem afetar o nível de segurança na circulação de veículos, o motorista estará cometendo apenas a infração administrativa de que trata o art. 165, do mesmo CTN, desde que, neste caso, a substância se apresente em nível igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue.” (Habeas Corpus nº 99.016474-8, 2ª Câmara Criminal do TJSC, Capital, Rel. Des. Nilton Macedo Machado. j. 05.10.1999) (grifo nosso).

TAMG: “APELAÇÃO - CRIMES DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - DELITO DE PERIGO CONCRETO - NECESSIDADE DE PROVA DA AMEAÇA DE DANO À INCOLUMIDADE PÚBLICA - CONTRAÇÃO PENAL DE EMBRIAGUEZ - PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL - ABSOLVIÇÃO DECRETADA. I - O delito do art. 306 da Lei nº 9.503/97 é de perigo concreto, exigindo a prova efetiva do perigo de dano à incolumidade pública. II - O princípio da adequação social deve nortear o intérprete da norma penal na aferição do juízo de lesividade de uma conduta necessário para a caracterização da tipicidade material de um fato que, em conjunto com sua tipicidade formal, caracteriza a conduta como típica, primeiro elemento do conceito analítico do crime. III - Não há tipicidade formal ou material na conduta do réu de beber três doses de cachaça e uma cerveja e ficar importunando os seus amigos num bar que tem o costume de freqüentar, seja pela ausência de escândalo ou perigo para a sua segurança e de outras pessoas, como exige o tipo penal do art. 62 da Lei de Contravenções Penais, seja pela inexistência de lesão à polícia de costumes, bem jurídico tutelado pela indigitada norma penal. IV - Recurso provido para absolver o réu. Decisão: Dar provimento.” (Apelação Criminal nº 0321887-3/2000, 2ª Câmara Criminal do TAMG, Nova Serrana, Rel. Juiz Alexandre Victor de Carvalho. j. 24.04.2001, unânime).

<sup>22</sup> “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TIPICIDADE. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI 9.507/97. RECUSA AO EXAME DE ALCOOLEMIA. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE PREENCHIDO ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO - CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL DO SANGUE. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME ESPECÍFICO PARA AFERIÇÃO DO TEOR DE ÁLCOOL NO SANGUE SE DE OUTRA FORMA SE PUDER COMPROVAR A EMBRIAGUEZ. ESTADO ETÍLICO EVIDENTE. PARECER MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento de Ação Penal por meio de Habeas Corpus, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. 2. A ausência de realização de exame de alcoolemia não induz à atipicidade do fato pelo não preenchimento de elemento objetivo do tipo (art. 306 da Lei 9.503/97), se de outra forma se puder comprovar a embriaguez do condutor de veículo automotor. Precedentes. 3. A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por

Observar, ainda, a disposição do parágrafo primeiro do art. 201, do CTB, que prevê a possibilidade de transação penal para alguns crimes, excetuadas as hipóteses previstas nos incisos I a III do mesmo dispositivo legal. Se for o caso de transação penal, verificar a presença dos requisitos do art. 76 da Lei nº 9099/95, e oferecendo a respectiva proposta em audiência, se for o caso.

Em se tratando de delito de lesões culposas cometidas na condução de veículos automotores (art. 303 e seu parágrafo único, do CTB), pugnar pela designação de audiência de tentativa de composição civil (art. 74 da Lei nº 9099/95) e, somente frustrada esta, verificar a possibilidade de oferecimento de transação penal ao autor do fato.<sup>23</sup>

Lembrar que pela disposição do art. 296 do CTB, em sendo o réu reincidente em crimes do CTB, além das penas previstas no dispositivo penal infringido deverá ser imposta a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

#### *B.19 - Destinação de objetos apreendidos após arquivamento do inquérito policial*

Requerido e deferido o arquivamento de inquérito policial ou peças de informação, zelar para que destinação de objetos porventura apreendidos nos autos seja realizada nos moldes estabelecidos pelo Provimento Conjunto nº 01/2003 (TJMG/MPMG), publicado no *Minas Gerais* de 04 de agosto de 2003.

#### *B.20 - Homicídio doloso – Requisitos do laudo*

Verificar, nas hipóteses de homicídio doloso, se os laudos necropsiais encontram-se acompanhados da ficha biométrica da vítima e de diagrama demonstrador da localização dos ferimentos e a sua direção, requisitando, caso inexistas as referidas informações, o aditamento do exame para tal fim.

#### *B.21 - Afogamento – Necessidade da indicação no laudo dos sinais externos e internos da causa mortis*

Verificar, nas hipóteses de afogamento, se os laudos periciais indicam os sinais externos e internos dessa *causa mortis*, especialmente a espuma traqueobrônquica e o enfisema aquoso, requisitando o aditamento se, por fundamentação deficiente, não ficar excluída a suposição de morte anterior.

#### *B.22 - Crimes em que há necessidade de realização de exames laboratoriais*

Verificar, nas hipóteses em que sejam necessários exames laboratoriais, como nos crimes contra a saúde pública e no homicídio praticado mediante envenenamento, se os laudos periciais encontram-se ilustrados por provas fotográficas ou assemelhadas, desenhos ou esquemas, requisitando o aditamento caso inexistas tais peças.

---

exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto. 4. Recurso desprovido, em consonância com o parecer ministerial.” (Original não grifado) (RHC 26432 / MT, 2009/0131375-7, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, T5 – Quinta Turma. j. 19.11.2009, unânime).

<sup>23</sup> Ver Ementas n. 3º e nº 4 : Aprovadas por unanimidade no Segundo Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça: Ementa nº 3: No caso do artigo 303, caput, da Lei 9.503/97, somente se lavrará Termo Circunstanciado de Ocorrência após representação da(s) suposta(s) vítima(s), quando a narrativa do BO não permitir, desde já, a identificação de quem seja o causador do acidente. Ementa n. 4: Ocorrendo o delito do art. 303 do CTB, e sendo o autor inabilitado, caso não haja representação da vítima, subsiste o crime do art. 309 do CTB a ser processado junto ao JECRIM.

*B.23 - Furto qualificado por rompimento de obstáculo à subtração da coisa – Necessidade da prova pericial do arrombamento*

Verificar, nos crimes de furto qualificado por rompimento de obstáculo à subtração da coisa, se foi realizada a prova pericial do arrombamento, requisitando-a, caso seja ainda possível sua elaboração.

*B.24 - Crimes em que se devem apurar violência contra a coisa – Requisitos do laudo pericial*

Verificar, nos crimes em que se deve apurar violência contra a coisa, como no furto qualificado pelo rompimento ou destruição de obstáculo a subtração da coisa e dano, se os laudos periciais contêm a indicação dos instrumentos utilizados para o cometimento dos delitos e da época presumida da prática do fato, requisitando a complementação caso ausentes tais informações.

*B.25 - Crimes em que se deve apurar o valor da coisa – Laudo pericial*

Verificar, nas hipóteses em que seja necessária a apuração do valor da coisa do crime, como no furto privilegiado e no estelionato com pequeno prejuízo, se ha mensuração da expressão econômica desta, requisitando a complementação do laudo caso inexista tal informação ou, quando do oferecimento da denúncia, requerer ao juiz a produção da prova em referência.

*B.26 - Casos de incêndio – Laudo pericial*

Nos casos de incêndio, verificar se os laudos periciais contêm a indicação da causa e do lugar em que começou, se houve perigo para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o valor deste, requisitando o aditamento do laudo caso faltem tais informações.

*B.27 - Contravenção penal do jogo do bicho – Laudo grafotécnico*

Verificar, nas hipóteses da contravenção penal do *jogo do bicho* em que é indiciado o *apontador* ou intermediador, se há laudo grafotécnico, requisitando-o caso inexista.<sup>24</sup>

*B.28 - Porte ilegal de arma – Laudo pericial*

Verificar, nas hipóteses de porte ilegal de arma, se há laudo pericial acerca da potencialidade do instrumento lesivo, requisitando-o no caso de omissão.

*B.29 - Ação penal pública condicionada – Necessidade de representação*

Verificar nos casos de ação penal pública condicionada, a existência da representação da vítima ou de quem tenha qualidade para representá-la, assim como a existência, se for o caso, de atestado ou declaração de pobreza, bem como o prazo decadencial.

*B.30 - Inquéritos policiais em crimes de ação penal privada*

Opinar, nas hipóteses de inquéritos policiais instaurados por crimes de ação penal privada, pela permanência dos autos em cartório até a iniciativa do interessado, sugerindo ao juiz que proceda a notificação deste.

---

<sup>24</sup> Lembrar que a Súmula nº 51 do STJ acentua que “a punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do apostador ou do banqueiro” (DJU de 24/9/92).

### *B.31 - Prova da idade do indiciado e vítima*

Verificar, nas hipóteses em que a idade ou o estado civil do indiciado produzir efeito jurídico, se a respectiva certidão encontra-se juntada aos autos, providenciando tal medida caso não tenha sido tomada pela autoridade policial; da mesma forma em relação à vítima.

### *B.32 - Depósito de quantias anexadas aos autos*

Promover o imediato recolhimento a estabelecimento bancário oficial, a ordem do juiz, das quantias em dinheiro que venham anexadas ao procedimento investigatório.

### *B.33 - Requerimento de mandado de busca e apreensão – Quebra de sigilo bancário e fiscal e de dados telefônicos*

Pleitear ao juiz, nas hipóteses em que for necessária, a expedição de mandado para que a autoridade policial possa fazer busca e apreensão mormente para que seja realizada perícia em veículo por haver suspeita de que teria sido furtado ou roubado; Postular ao juiz, de forma fundamentada, o acesso aos dados bancários e fiscais, bem como aqueles de cunho telefônico, demonstrando a imprescindibilidade destes face ao conteúdo e objetivo da investigação policial. Sugerir que não seja conferida publicidade à documentação e aos dados obtidos, com a adoção de medidas que impeçam o acesso às informações por parte de terceiros, ressalvadas as prerrogativas do Ministério Público, da autoridade policial e dos advogados dos indiciados.<sup>25</sup>

### *B.34 - Manifestação sobre prisão em flagrante*

Examinar os seguintes aspectos quando da manifestação sobre cópias de flagrante delito:

- a) se era caso de prisão em flagrante; se não era, postular o relaxamento da prisão cautelar, ou então, se for o caso, a decretação da prisão preventiva;
- b) se foram observadas as formalidades legais;
- c) se estão presentes ou não os motivos que autorizariam a decretação da custódia provisória (art. 312 CPP), manifestando-se pela concessão da liberdade provisória quando inexistente o *periculum in mora* ou se o agente tiver praticado conduta que possa se amoldar numa das causas do art. 23, CP;
- d) lembrar que sendo legal a prisão em flagrante, a liberdade provisória com ou sem fiança é incabível nos crimes hediondos ou a estes assemelhados;
- e) constatar se a fiança concedida está correta, pleiteando reforço caso necessário;
- f) apurado eventual abuso de poder na prisão em flagrante, requisitar a abertura de inquérito policial ou oferecer denúncia caso disponha de elementos informativos suficientes ao início da ação penal.

### *B.35 - Fiscalização do prazo de conclusão do inquérito policial – Providência em caso de prescrição em razão do atraso da apuração*

Fiscalizar o correto cumprimento, pela autoridade policial, dos prazos de conclusão dos inquéritos, de modo a evitar que os procedimentos permaneçam indefinidamente na Delegacia de Polícia; Oficiar a Procuradoria-Geral de Justiça dando conhecimento sobre a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva pela lentidão na conclusão do inquérito policial acerca de determinada infração, a fim de que esta possa comunicar o fato à Secretaria de Segurança Pública; Oficiar a Corregedoria-Geral do Ministério Público sobre anormalidade operacional ou outra situação que

---

<sup>25</sup> Ver Lei nº 9.034, de 3/5/95.

enseje pedido de providências junto aos órgãos superiores da Polícia Civil, mormente à Corregedoria de Polícia.

### **C - Fase processual**

Na fase processual recomenda-se:

#### *C.1 - Emprego de terminologia adequada*

Usar os termos *requerer* quando titular da ação penal e *opinar* quando se tratar de ação penal privada.

#### *C.2 - Fiscalização das armas, instrumentos e produtos do crime*

Zelar para que as armas, instrumentos da infração e outros objetos apreendidos na fase pré-processual, sejam encaminhados a juízo, onde deverão ser recebidos pela secretaria, através de termo próprio nos autos.<sup>26</sup>

Atentar para o cumprimento da Resolução Conjunta 001/003 da Egrégia Corregedoria-Geral de Justiça quanto à destinação a ser dada aos objetos apreendidos.

#### *C.3 - Arquivamento de inquérito ou peças informativas em razão da extinção da punibilidade*

Requerer fundamentadamente a extinção da punibilidade do fato delituoso noticiado na fase pré-processual, inquisitorial ou não, pela ocorrência de causa prevista na legislação criminal, em especial no art. 107 do CP, cabível na oportunidade, postulando o arquivamento e baixa do expediente policial; na hipótese de morte do agente, limitar-se a requerer o arquivamento, sem pedido expresso de extinção de punibilidade, evitando-se, assim, discussão jurídica futura quando se constatar que a certidão de óbito é falsa.

#### *C.4 - Arquivamento - Requisitos da manifestação*

Elaborar todas as promoções de arquivamento de inquéritos policiais ou de outras peças informativas com relatório sucinto, necessária fundamentação e conclusão.<sup>27</sup>

#### *C.5 - Arquivamento de inquérito ou peças informativas por motivo de política criminal, princípio da insignificância ou por presunção de ocorrência de prescrição pela pena aplicada*

Abster-se de promover arquivamento de inquéritos policiais ou de outras peças informativas baseado em *motivo de política criminal*, no princípio da *insignificância* da infração ou na presunção de que, se condenado o réu, ocorrerá a prescrição da pretensão punitiva pela pena a ser concretizada na sentença.

#### *C.6 - Arquivamento de inquérito instaurado por crime culposos*

---

<sup>26</sup> Sobre o destino das armas apreendidas ver Aviso nº 1/94 da CGMP, que reproduz a Instrução n. 216/93 da Corregedoria-Geral de Justiça regulando a matéria.

<sup>27</sup> É dever do membro do Ministério Público "indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal" (art. 43,111, da Lei nº 8.625, de 12/2/93 e art. 110, IV, da LC nº 34, de 12/9/94).

Evitar, ao pleitear o arquivamento de inquérito instaurado por crime culposo, a afirmação da ocorrência de culpa exclusiva da vítima, limitando-se à análise da falta de culpa na conduta do indiciado.

*C.7 - Arquivamento de inquérito ou peças informativas pela existência de causa justificante*

Pleitear o arquivamento de inquérito policial ou outra peça informativa pela existência de causa justificante, tão somente quando houver prova inequívoca que o agente atuou amparado por causa legal de exclusão da ilicitude penal; lembrar que eventual falsidade no conteúdo das informações caracterizadoras da causa justificante ou notícia de prova nova quanto a sua inexistência, poderá ensejar o desarquivamento do inquérito policial, caso não esteja extinta a punibilidade pela prescrição.

*C.8 - Arquivamento de inquérito na hipótese de concurso de pessoas – Oferecimento de denúncia contra um ou mais participantes*

Formular, na hipótese de concurso de pessoas, em folha separada da denúncia oferecida contra um ou mais participantes, o pedido de arquivamento de inquérito policial ou outra peça informativa em relação ao concorrente excluído da relação processual, evitando a existência do denominado *arquivamento implícito*.

*C.9 - Denúncia na hipótese de concurso de pessoas – Exclusão de algum concorrente em razão de necessidade de diligência*

Mencionar, em folha separada da denúncia oferecida contra um ou mais participantes, a razão pela qual algum indiciado não está incluído na peça acusatória, pleiteando a realização da diligência necessária para posterior aditamento da denúncia e inclusão dele na relação jurídico-processual, ou então, o desmembramento e o prosseguimento das investigações em relação a este.

*C.10 - Requisitos da denúncia*<sup>28</sup>

Formular a denúncia de forma direta e objetiva, endereçando-a ao juiz competente, qualificando o(s) acusado(s), narrando circunstanciadamente o(s) fato(s) noticiado(s), tipificando corretamente a(s) infração(ões), elencando o rol de testemunhas a serem ouvidas, requerendo a citação do(s) denunciado(s) e, por fim, pedindo a condenação. Nos requerimentos finais das vestibulares acusatórias por crimes da competência do Tribunal do Júri, deve ser formulado o pedido de pronúncia, antes que o de condenação, pois é a pretensão processual, na primeira fase do procedimento escalonado. A denúncia não deve conter a discussão jurídica do(s) fato(s) narrado(s) nem referência a elementos doutrinários ou jurisprudenciais a sustentá-la. Por outro lado, não deve a peça acusatória conter menção as alegações do(s) indiciado(s), vítima(s) ou testemunhas, pois se constitui em mera exteriorização do fato surgido dos elementos probatórios colhidos no procedimento investigatório ou contidos nas informações.

*C.11 - Requerimentos quando do oferecimento da denúncia*

Elaborar separada e fundamentadamente os requerimentos quando do oferecimento da denúncia, tais como, diligências a serem realizadas ou a prisão preventiva, que devem constar da cota marginal de apresentação da peça acusatória ao juiz.

---

<sup>28</sup> Sobre suspensão do processo, ver seção 11, do capítulo 7, do presente título.

Observar, ainda, as disposições dos artigos 76 e 89, da Lei 9.099/95, que preveem, respectivamente, a possibilidade de proposição de transação penal e suspensão condicional do processo, cumpridos os requisitos legais.

Havendo inovação, para pior, na classificação jurídico-penal da conduta atribuída ao réu, postular revogação da liberdade provisória com o subseqüente retorno do réu à prisão, bem como a devolução do valor da fiança, se for o caso.

#### *C.12 - Denúncia em caso de concurso de pessoas*

Especificar na denúncia, em se tratando de concurso de pessoas, conduta de cada concorrente, ressaltando a sua relevância causal e liame subjetivo ou normativo existente entre os denunciados.

Observar que nos crimes de autoria coletiva ou multitudinários tem-se admitido narrativa genérica da ação comum desenvolvida pelos réus.

#### *C.13 - Requerimento de incidente de insanidade mental*<sup>29</sup>

Requerer, de forma apartada da denúncia, na forma do item 10, incidente de insanidade mental do acusado, formulando previamente os quesitos.

Recomenda-se a utilização dos quesitos oficiais:

1º - O paciente submetido a exame era, ao tempo da ação ou da omissão, por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

2º - O paciente submetido a exame não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

3º - Qual essa doença mental ou de que natureza era essa perturbação da saúde mental?

4º - Que grau de desenvolvimento mental apresenta o paciente submetido a exame?

#### *C.14 - Denúncia por crime que deixa vestígio*

Fazer expressa menção, na denúncia dos denominados crimes não-transeuntes (que deixam vestígios), ao exame de corpo de delito existente na peça inquisitorial, observado o disposto no item B.18, retro, perícia inviabilizada.

#### *C.15 - Denúncia por crime contra a vida ou a integridade corporal*

Referir-se, na denúncia concernente ao crime contra a vida ou a integridade corporal, ao instrumento utilizado (esclarecendo se foi, ou não, apreendido), ao meio e modo empregados para a ofensa (socos, pontapés etc.), não sendo suficiente a singela referência a morte ou lesão corporal.

#### *C.16 - Denúncia por crime culposo*

Descrever, na denúncia concernente a crime culposo, o fato configurador da culpa (ausência do dever geral de cuidado), não bastando a simples menção a conduta imprudente, negligente ou imperita do denunciado.

---

<sup>29</sup> O anexo I contém modelos de quesitos em caso de insanidade mental do acusado.

#### *C.17 - Denúncia por crime de lesão corporal*

Referir-se, na denúncia relativa ao crime de lesão corporal, a região e tipo do ferimento, bem como a gravidade da lesão, não sendo suficiente a referência ao auto de exame de corpo de delito; descrever detalhadamente, na denúncia respeitante a lesões corporais recíprocas, a conduta de cada denunciado, evitando atribuir a iniciativa da agressão a um só deles e distinguindo a hipótese do delito de rixa.

#### *C.18 - Denúncia por crime contra o patrimônio*

Indicar, na denúncia relativa aos crimes contra o patrimônio, qual(is) o(s) objeto(s) subtraído(s), apropriado(s) etc., não sendo de boa técnica a mera referência ao auto de apreensão, de arrecadação ou de avaliação constantes do inquérito policial ou outra peça informativa. Caso seja possível, é importante mencionar em poder de quem estão os objetos apreendidos e o valor dos mesmos.

Mencionar na acusação todas as possíveis qualificadoras ou causas de aumento de pena que, ainda que não aplicáveis ao crime já descrito, poderão ser úteis na hipótese de desclassificação para delito menos grave.

#### *C.19 - Denúncia por crime de ameaça*

Mencionar, na denúncia relativa aos crimes de ameaça ou nos quais a ameaça é meio executório, qual o fato configurador da *vis compulsiva*.

#### *C.20 - Denúncia por crime de desacato, contra a honra e denúncia caluniosa*

Mencionar, na denúncia por crime de desacato, calúnia, difamação, injúria e denúncia caluniosa, as expressões ou fatos configuradores da ofensa, não satisfazendo a simples referência ao *nomem iuris* do delito;

Observar que na denúncia caluniosa não é imprescindível o prévio arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação relativas ao crime que gerou a indevida instauração de inquérito ou ação penal.

#### *C.21 - Denúncia por crime de prevaricação*

Mencionar, na denúncia por crime de prevaricação, o interesse ou o sentimento pessoal que moveu o agente a praticar o delito, citando, quando possível, o fato que o ensejou, sob pena de inépcia.

#### *C.22 - Denúncia por crime de receptação*

Mencionar, na denúncia relativa ao crime de receptação dolosa, na forma básica, o fato concernente à origem ilícita do objeto receptado, bem como a forma pela qual o denunciado sabia dessa circunstância, caso seja possível.

Atentar para o elemento subjetivo do tipo na receptação qualificada, que, segundo entendimento atualmente dominante, inclui o dolo direto e o dolo eventual, ou seja, a expressão *deve saber*, incluída no § 1º do art. 180 do CP, caracterizadora do dolo eventual, inclui o *sabe*, expressão caracterizadora do dolo direto, por interpretação extensiva.

Mencionar, nas denúncias relativas ao crime de receptação dolosa, na forma qualificada, os fatos que autorizam a conclusão de que o acusado deveria saber ser a coisa receptada produto de crime. Desta forma, por hipótese, é importante que a peça acusatória refira que “a condição do ofertante, pessoa desconhecida do acusado e por ele não identificada” ou “a contratação para a condução do veículo previa viagem à noite e em estradas de pouco movimento” ou “a condução ou transporte do veículo previa como destino o Paraguai” ou “o veículo foi entregue no local para ser desmontado sem que estivesse danificado para gerar um conserto” etc..

Mencionar, na denúncia relativa ao crime de receptação culposa, os fatos que autorizam a conclusão de que o acusado deveria presumir ter sido a coisa receptada obtida por meio de crime. Assim, por hipótese, é importante que a peça inicial refira que *a condição do ofertante, pessoa desconhecida do acusado e por ele não identificada ou um delinquente conhecido na cidade ou um menor de idade etc.*

Observar as novas modalidades de receptação relativas a veículo automotor.

#### *C.23 - Qualificação do acusado*

Qualificar corretamente o denunciado, citando, sempre que possível, seus apelidos, nacionalidade, naturalidade, estado civil, ocupação profissional, idade, filiação, situação econômica, domicílio, residência, local de trabalho e, se for o caso, outro lugar onde poderá ser facilmente encontrado para tornar ciência pessoal dos atos do processo. Se o acusado estiver preso, indicar o estabelecimento onde se encontra recolhido: Não é aconselhável a mera indicação das folhas do inquérito policial ou de qualquer outra peça informativa em que se encontre a qualificação.

#### *C.24 - Qualificação da vítima e testemunhas*

Qualificar corretamente a vítima e as testemunhas, para facilitar sua identificação, devendo constar o local onde poderão ser encontradas. Cuidando-se de servidores públicos, civis ou militares, é importante indicar a repartição ou a unidade em que prestam serviço. O nome do ofendido deve constar da exposição do fato feita na denúncia.

#### *C.25 - Idade do acusado – Necessidade de menção na denúncia*

Caso estejam sendo denunciadas pessoas com menos de 21 anos ou mais de 70 anos de idade<sup>30</sup>, mencionar esta circunstância, expressamente, na denúncia, fazendo referência à certidão comprobatória existente no procedimento informativo. Inexistente a certidão, requisitá-la, em diligência.

#### *C.26 - Acusado menor de 18 anos – Ausência de certidão de nascimento*

O autor do fato delituoso aparentemente maior de idade pode, eventualmente, não estar portando documento e alegar ser menor de 18 anos. Nesta hipótese, se não for possível a obtenção de certidão de nascimento, pedir diligência de juntada da certidão de batismo (batistério) e a sujeição do auto ao exame médico-legal apropriado para verificação da faixa etária.

#### *C.27 - Menção na denúncia da expressão ou locução caracterizadora do verbo nuclear do tipo*

Utilizar na denúncia, em todos os casos, quando da descrição do fato punível, a expressão ou locução caracterizadora do verbo nuclear do tipo.

---

<sup>30</sup> Interesse prescricional, dentre outros.

#### *C.28 - Explicitação na denúncia sobre a data e lugar do fato*

Mencionar na denúncia, sempre que possível, a data e o lugar em que o fato infracional foi praticado, com o detalhamento de todas as circunstâncias relevantes para a fixação da competência do juízo, prescrição e decadência.

#### *C.29 - Menção na denúncia das circunstâncias relevantes na qualificação do fato*

Mencionar na denúncia, quando da descrição do fato punível, todas as circunstâncias importantes para a qualificação do crime ou aumento de pena, integrando-as à capitulação.

#### *C.30 - Referência na denúncia sobre o atendimento das condições de procedibilidade*

Informar, em se tratando de ação penal pública condicionada, no corpo da denúncia, o atendimento das condições de procedibilidade, tais como representação ou requisição, no preâmbulo, e o estado de pobreza, fazendo referência à prova respectiva na parte expositiva, sendo importante atentar para a data do fato, para efeito de decadência.

#### *C.31 - Descrição na denúncia do fato impeditivo da consumação na hipótese de crime tentado*

Descrever, cuidando-se de crime tentado, o fato impeditivo da consumação, alheio a vontade do denunciado. Assim, por hipótese, é preciso esclarecer que “o homicídio não se consumou porque o denunciado, quando já havia desferido dois tiros de revólver em direção a vítima, sem acertá-la, foi contido por Fulano de Tal que passava pelo local”, sendo incorreta a singela menção a fórmula legal prevista no art. 14, II, do Código Penal.

#### *C.32 - Denúncia em caso de concurso de crimes*

Descrever especificadamente, tratando-se de denúncia concernente a concurso de crimes, as diversas ações praticadas pelo denunciado, de forma a permitir sua correta classificação como concurso material ou crime continuado. E aconselhável que somente haja o reconhecimento da continuidade delitiva quando inequívoca e por ocasião das alegações finais.

#### *C.33 - Crime com participação de menor de 18 anos de idade*

Fazer constar da capitulação de denúncia cuja narrativa indica a participação de menor de 18 anos de idade, ainda não corrompido, o delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54, em concurso formal ou material com o crime principal praticado pelo denunciado e pelo inimputável, mencionando, expressamente, na parte expositiva, a idade do menor e o fato de ele ainda não haver se iniciado na vereda delituosa.

#### *C.34 - Rol de testemunhas*

Arrolar, quando possível, o número máximo de testemunhas previsto na legislação para a demonstração do fato narrado na denúncia, devendo ser salientado que o número máximo corresponde a cada infração, e não propriamente a peça acusatória.

#### *C.35 - Análise da folha de antecedentes ou informações dos distribuidores*

Verificar, quando da juntada aos autos da folha de antecedentes ou das informações dos distribuidores criminais, se há notícia de outros processos, requerendo certidões de inteiro teor a respeito, inclusive com indicação da data do trânsito em julgado das sentenças condenatórias.

#### *C.36 - Diligências para a localização do réu*

Velar para que o réu seja citado pessoalmente, por meio de Oficial de Justiça, antes de requerer a citação por edital, pleiteando de órgãos como o TRE, SPC, SEDES, entre outros, informações sobre a residência ou local de trabalho do acusado<sup>31</sup>.

#### *C.37 - Providências após a citação por edital*

Observar o disposto na Lei nº 9.271/96<sup>32</sup>, zelando para que se opere a suspensão do processo e do prazo prescricional em caso de citação editalícia, não tendo comparecido o réu, nem constituído defensor. É importante manter, mediante livro próprio, no gabinete da Promotoria de Justiça, controle referente ao número dos processos, nome dos réus, natureza do delito e situação processual, referente aos feitos em que aplicável à lei citada, devendo constar a data da decisão que suspendeu o processo.

Lembrar que a efetivação da citação pessoal e o não comparecimento posterior do réu acarretarão a revelia e o normal prosseguimento da causa.

Pugnar pela realização das provas urgentes, em especial a de natureza testemunhal, cuidando para que a audiência seja acompanhada por defensor dativo.

#### *C.38 - Cabimento do benefício da suspensão condicional do processo*

Atentar para as hipóteses de cabimento do benefício da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, quanto aos requisitos objetivos e subjetivos, recomendando-se que, quando do oferecimento, sejam explicitadas as condições do benefício, bem como a duração do período de prova.

#### *C.39 - Interrogatório – Necessidade da presença do defensor*

Zelar para que o réu seja interrogado na presença de defensor, constituído ou nomeado. Sua ausência tem sido causa recorrente de nulidade processual reconhecida por tribunais superiores; em caso de haver mais de um réu, velar para que sejam defendidos por diferentes patronos, quando suas teses de defesa forem colidentes ou se mostrarem como tal no curso da instrução.

Examinar as inovações trazidas pela Lei nº 10.792/2003, em especial quanto ao direito ao silêncio, não podendo a negativa do réu em responder as perguntas que lhe forem formuladas ser interpretada em seu desfavor e quanto à possibilidade de perguntas pelas partes dirigidas à autoridade judiciária<sup>33</sup>, no sistema de reperguntas, respeitando-se a ordem: MP, Assistente (se houver) e defesa.

---

<sup>31</sup> O MPE firmou importante convênio com a Receita Federal, através do qual o CAOCrim tem acesso à base de dados de endereço dos contribuintes, atendendo aos colegas na medida em que solicitado.

<sup>32</sup> Verificar que o STJ já decidiu: “Em se tratando de acusado revel, inviável a suspensão do processo sem a suspensão do curso do prazo de prescrição (art. 366 do CPP, Com a redação dada pela Lei nº 9.271/96) e vice-versa. A Lei nº 9.271/96, versando também sobre direito material (causa impeditiva da prescrição) não se aplica as infrações cometidas anteriormente a sua vigência. Concessão de habeas corpus de ofício para que suas disposições nestas circunstâncias não se apliquem, em virtude de a suspensão do processo em sua inteireza, abrangendo a suspensão do curso da prescrição, não ter sido atacada no *writ*, com inovação do pedido no recurso” (RHC nº 6.372-SP, 6a. Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves.j. 9/6/97, DJU de 30/6/97, p. 31.083).

<sup>33</sup> Observar que depois da edição da Lei nº 11.690/08, que alterou os arts. 212, 473 e § 1º do 474, todos do CPP, há entendimento no sentido de que teria sido extinto o sistema de reperguntas – também no caso de indagações feitas ao interrogado.

Também devem ser permitidas reperguntas do defensor do *corréu* na hipótese de réu delator ou na conhecida *chamada de corréu*, visto que a delação feita por *codenunciado* constitui verdadeira prova testemunhal.

#### *C.40 - Possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência (art. 185, CPP)*

Atentar para as alterações advindas da Lei nº 11.900/2009, a qual prevê que, excepcionalmente, o juiz, mediante decisão fundamentada, poderá realizar o interrogatório por videoconferência do réu preso ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

A regra, conforme estabelece o art. 185, parágrafo §1º do Código de Processo Penal, continua sendo a realização do interrogatório do réu preso, em sala própria, no estabelecimento em que se encontrar recolhido, na presença física do juiz, devendo este determinar, mediante decisão fundamentada, a sua realização por videoconferência somente nas hipóteses do art. 185, §2º, do diploma processual penal.

Devido ao fato de que, em virtude das Leis n. 11.689/08 e 11.719/08, o interrogatório passou a ser o último ato a ser praticado na audiência única de instrução e julgamento, a Lei 11.900/09 autorizou que o interrogado, acompanhe, pelo mesmo sistema eletrônico, o transcorrer dessa audiência.

Não sendo viável a realização do interrogatório no estabelecimento carcerário na presença física do juiz ou pelo sistema de videoconferência, requisitar, nos termos do art. 185, §7º, do Código de Processo Penal, a apresentação do réu preso em juízo, tal como também dispõe o art. 399, §1º, do referido diploma.

Impende salientar que a Lei 11.900/2009 não se limitou a autorizar o emprego desse recurso tecnológico apenas no interrogatório, mas em todos os atos que dependam de pessoa que esteja presa, conforme prevê o §8º do art. 185 do Código de Processo Penal.

Não há que se falar em afronta aos princípios da ampla defesa e da publicidade, uma vez que o acusado, no interrogatório por videoconferência, tem contato direto e irrestrito com o magistrado e com seu advogado, sendo a publicidade garantida através da tecnologia.

A obrigatoriedade da presença do defensor, bem como sua prévia e reservada entrevista com o réu elidem o argumento das possíveis pressões externas que possam macular a autodefesa e o valor probatório do ato. Sobre o assunto, vide ementas nº 01 e 02 do III do Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça<sup>34</sup>

#### *C.41 - Observância do rito procedimental*

Velar para que seja observado o rito procedimental, atentando que o art. 400 do CPP (com redação determinada pela Lei nº 11.719/2008) dispõe que a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta), não se considerando o fato do réu estar preso ou solto.

Sobre o não atendimento do supramencionado prazo, assim assegura a doutrina:

[...]É evidente que o desatendimento ao prazo, sem haver algum motivo relevante que justifique a demora, com verdadeira falta de razoabilidade,

<sup>34</sup> Ementa nº 01: A videoconferência para oitiva de testemunhas, previsão do art. 217 do CPP, não viola o princípio do devido processo legal e seus consectários, desde que assegurada na sala de presidência do ato a presença de advogado a acompanhar o réu, bem assim, na sala na qual a testemunha será ouvida, a presença de serventuário da Justiça, de forma a zelar pela oficialidade e regularidade do ato.

Ementa nº 02: Em se tratando de videoconferência, eventual nulidade somente pode ser reconhecida com a demonstração de efetivo prejuízo conforme preconiza o artigo 563 do CPP.

leva ao reconhecimento de que a prisão cautelar eventualmente existente passa a ser ilegal, o que deve imprimir no seu relaxamento. (TÁVORA, Nestor; ALECAR, Rosmar Rodrigues, Curso de Direito Processual Penal. 3ª.ed.rev. Editora jusPodivm, 2009. p. 630).

#### *C.42 - Fase de requerimento de diligências (art. 402, CPP)*

Apreciar, na fase do art. 402, CPP, a regularidade processual requerendo, quando necessário, diligências visando sanar eventuais nulidades, a complementação da prova colhida na fase instrutória, bem como esclarecimentos sobre os antecedentes do réu e a constatação da reincidência

#### *C.43 - Análise das preliminares*

Arguir ou examinar, nas alegações, nos pareceres ou razões recursais, antes da apreciação do mérito, as matérias preliminares. Lembrar que há preliminares prejudiciais de outras como, por exemplo, a inépcia da denúncia ou a ilegitimidade ativa em relação à prescrição.

#### *C.44 - Alegações finais — Referência a possível interrupção da prescrição*

Nos casos onde houver dúvida sobre a ocorrência da prescrição, visando maior clareza e facilidade de análise, é prudente registrar nas alegações finais, razões e contra-razões recursais, os marcos interruptivos da prescrição.

#### *C.45 - Alegações finais, pareceres, razões e contra-razões recursais*

Fazer constar expressamente, nos relatórios de alegações finais, pareceres, razões e contra-razões recursais, o fato material enquadrado como típico e as teses jurídicas levantadas no curso do processo.

Apontar e provar, nas alegações finais, por meio de certidão cartorária, a reincidência.

Postular, nas alegações finais, em caso de crime que prevê condenação a pena restritiva de liberdade, a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF)<sup>35</sup>.

#### *C.46 – Fuga do réu e deserção da apelação*

A maioria absoluta da jurisprudência já vinha considerando que o art. 595 do CPP não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a fuga, por si só, não implica na obrigatoriedade da prisão.

#### *C.47 - Dispensa do réu em audiência*

Discordar de pedidos de dispensa da presença de réus em audiências, mormente quando houver necessidade do reconhecimento pessoal para a comprovação da autoria.

#### *C.48 - Dispensa de testemunhas*

Analisar a possibilidade de desistir, já ao final da audiência, da oitiva de testemunhas faltosas, ou substituí-las por outras, ensejando a imediata intimação do réu e seu defensor da nova data,

<sup>35</sup> Nesse sentido ver Recomendação nº 1/96 da CGMP.

ressalvando o risco da ocorrência de prescrição com a realização de nova audiência; solicitar, quando necessário e possível, a condução coercitiva das testemunhas e vítimas.

#### *C.49 - Cartas precatórias*

Velar, mediante requerimento, para que as cartas precatórias contenham prazo para seu cumprimento e que sejam instruídas com cópias da denúncia e das declarações prestadas na fase inquisitória, bem como com fotografia do acusado, caso seja necessário o reconhecimento; cuidar para que a Secretaria judicial providencie a intimação do advogado do réu, quando expedida a carta precatória.<sup>36</sup>

Atentar para a introdução no ordenamento processual penal de um importante instrumento de colheita da prova oral: a regra do art. 222, § 3º, do CPP. Esse dispositivo dispõe que, na hipótese de a testemunha morar fora da jurisdição do juiz, poderá sua oitiva ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens, em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. Caberá aos regimentos internos dos tribunais e à jurisprudência definir a forma de realização do ato.

#### *C.50 - Desmembramento da ação penal*

Pleitear o desmembramento da ação penal, quando houver vários réus e existir perigo de excesso de prazo, ensejador da liberação de eventual acusado preso ou mesmo da ocorrência da prescrição (art. 80, CPP).

#### *C.51 - Alegações orais – Requisitos*

Produzir alegações orais com os mesmos elementos das escritas, ou seja, contendo relatório, onde se resumirá o processo, ainda que sucintamente; fundamentação, em que deverá haver exame do fato material e do direito aplicável; e conclusão, onde se deverá opinar sobre a condenação ou a absolvição do acusado. Em caso de ser cabível a condenação, delinear os contornos das circunstâncias judiciais do art. 59, CP, de modo a demonstrar ao magistrado o patamar da pena-base o regime prisional que deve ser inicialmente aplicado ao réu. Cuidar para que seja realizado o fiel registro das alegações orais quando da lavratura do termo judicial pelo serventuário responsável.<sup>37</sup>

Na hipótese de absolvição imprópria, velar pela correta indicação da medida de segurança.

#### *C.52 - Intimação da sentença*

Dar ciência das sentenças prolatadas<sup>38</sup> fiscalizando se os réus e seus defensores foram corretamente intimados, pleiteando, se for o caso, a expedição de editais para tal.

#### *C.53 - “Emendatio libeli”*

Desclassificação para crime com pena mínima igual ou inferior a um ano (possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo – art. 89 da lei 9.099/95).

<sup>36</sup> Sobre o tema, ver a Súmula nº 155 do STF: “é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha”.

<sup>37</sup> Ver alteração determinada pela Lei 11.719/08.

<sup>38</sup> Ver, ainda, art. 41, IV, da Lei nº 8.625/93.



circunstâncias judiciais e a prevalência, quando couber, das penas substitutivas (restritivas de direito) em relação à suspensão condicional da pena.<sup>40</sup>

#### *C.56 - Embargos declaratórios*

Requerer seja a sentença declarada quando ficar patenteada obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão que possam comprometer a exatidão do julgado. Se o pedido de declaração implicar em possível modificação da sentença, pugnar seja ouvido o réu, resguardando-se o princípio do contraditório.

#### *C.57 - Recurso em sentido estrito e carta testemunhável*

Interpor o recurso em sentido estrito e a carta testemunhável em peça complexa, ou seja, contendo na primeira parte o encaminhamento do recurso, com a indicação da decisão recorrida e do permissivo legal, bem como o pedido de processamento do recurso e, na segunda parte, as razões do inconformismo.

#### *C.58 - Apelação*

Interpor a apelação da forma como especificada nos arts. 593 e 600, CPP, ou seja, por termos nos autos ou por petição, que deverá ser dirigida ao Juiz de Direito, com a indicação da vara criminal, e menção ao nome do réu, à summa da decisão recorrida, ao permissivo legal embasador do apelo, com o pedido de processamento do recurso. Após, em peça apartada, deverão ser apresentadas as razões recursais, direcionadas ao tribunal ad quem e contendo os fundamentos fáticos e jurídicos da irrisignação.

Notar que no âmbito do Juizado Especial, as razões acompanham a petição de interposição, sob pena de não conhecimento (art. 82, da Lei nº 9.099/95).

#### *C.59 - Condenação de estrangeiro por crime doloso ou contra a segurança nacional, a ordem política social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública*

Em caso de condenação de estrangeiro por crime doloso ou contra a segurança nacional, à ordem política e social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública, providenciar a remessa, em prazo exíguo, por via da Procuradoria-Geral de Justiça, ao Ministério da Justiça, de ofício acerca do trânsito em julgado do “decisum”, bem como da folha de antecedentes penais constantes dos autos.

#### *C.60 - Condenação de militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos*

Em caso de condenação de militar pela justiça comum a pena privativa de liberdade superior a dois anos, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, providenciar a remessa de cópia da decisão condenatória, acompanhada da respectiva certidão do trânsito em julgado, ao Tribunal de Justiça Militar, para que se dê início ao procedimento administrativo de exclusão (art. 125, § 4º, CF, arts. 39, § 7 e § 8º e 111, CE)<sup>41</sup>.

#### *C.61 - Ação civil para reparação do dano*

---

<sup>40</sup> Sobre a petição de interposição de apelação, ver Aviso nº 1/88 cla COMP, recomendando que os Promotores de Justiça, dentro do prazo legal, detalhem e especifiquem a parte ou as partes dos decisórios que pretendam atacar.

<sup>41</sup> Nesse sentido, conferir Aviso nº 9/90, da CGMP

Propor a ação civil para reparação do dano, em se tratando de vítima pobre, quando houver o devido requerimento, nos termos do art. 68, CPP<sup>42</sup> e o juiz de direito não o houver fixado em sentença criminal condenatória.

#### *C.62 - Manifestação em habeas corpus em primeiro grau de jurisdição*

Manifestar-se em habeas corpus impetrados em primeiro grau jurisdicional, malgrado a omissão do Código de Processo Penal, pois o referido remédio constitucional visa a garantir a liberdade de ir e vir do cidadão, e o MP tem a tarefa de exercer a fiscalização do correto cumprimento da lei, em analogia com a intervenção definida no Decreto-Lei nº 552, de 25/4/69.

### **8.1.3 – Ministério Público: atuação no combate ao tráfico de drogas (tóxicos)**

Autores:  
Jorge Tobias de Souza  
Carmen Lúcia Mariz de Macedo (servidora do MP)

#### **A. Introdução**

O tráfico de drogas é um delito em expansão dado ao fato de se tratar de uma das atividades ilícitas mais rentáveis no meio criminoso. Atualmente, quando se fala em tráfico de drogas, se imagina imediatamente uma grande estrutura organizacional, formada por diversos integrantes, altamente armados que são presos com grande quantidade de drogas. Não obstante o fato de existir, efetivamente, grandes traficantes de drogas, aos quais costumamos chamar de atacadistas, responsáveis pela remessa de enormes quantidades de drogas e que detém lucros astronômicos com tal atividade, não podemos esquecer da figura do pequeno traficante de drogas, denominado vulgarmente de varejista, que, apesar de também auferir significativa quantia em dinheiro com sua atividade, tal lucro não é suficiente para fazer com que ele fique rico ou melhore significativamente sua qualidade de vida. Costuma-se ouvir nos meios forenses assertivas de que: “ Fulano não pode ser traficante de drogas porque é pobre”. O Promotor de Justiça precisar estar consciente de que a atividade de tráfico de drogas trata-se de um comércio e como tal podemos encontrar grandes e pequenos comerciantes. Por isso, além do grande traficante de drogas, encontramos os pequenos traficantes de entorpecentes, sendo que a título ilustrativo mencionamos alguns tipos que se enquadram em tal classificação:

+ transportador da droga por grandes distâncias (conhecido vulgarmente como mula) : Trata-se, normalmente, de um usuário de drogas que está devendo para seu fornecedor e por isso é obrigado a transportar drogas ou de uma pessoa que passa por dificuldades financeiras e por isso resolve prestar tal serviço, sendo o dinheiro pago no momento da entrega da droga. Tal transporte pode se dar entre Estados da Federação Brasileira, o que caracteriza a majorante do art. 40 inciso V da Lei n.º 11343/06, entre países, entre municípios ou mesmo dentre de uma mesma cidade. Quando o transporte da drogas é feito de um país para o outro através de avião (tráfico internacional) é comum os traficantes de droga ingerirem cápsulas contendo a substância ilícita a fim de passarem despercebidos pelos policiais que trabalham no aeroporto. O transporte ilícito ocorre de diversas formas, sendo comum a utilização de mulheres, pessoas idosas ou mesmo crianças, tudo com a intenção de não despertar a atenção da Polícia. Quando tal traficante de droga é preso, a dívida decorrente do valor da droga apreendida pela Polícia passa para o

---

<sup>42</sup> Ver, ainda, Aviso nº 11/86 da CGMP no sentido de que os membros do Ministério Público “orientem as vítimas de infrações penais ou a seus familiares, sobre a possibilidade e alcance da Ação Civil, decorrente dos danos causados pelo crime”.

mesmo, sendo muito comum ele ser obrigado a retornar a tal atividade criminosa para poder pagar a dívida.

+ prestador de serviços de transporte de droga para usuários. Tal modalidade é diferente da anterior porque tal indivíduo presta serviço aos usuários e não aos traficantes de drogas. Normalmente são usuários de droga que para sustentar o vício se dispõem a comprar a droga para outros usuários que tem melhor condição financeira, recebendo em troca o pagamento em dinheiro ou em droga.

+ traficante de drogas que vende em troca de uma porcentagem do lucro (venda em consignação) – Ultimamente tal tipo de traficante de drogas tem aumentado, em razão da necessidade de se vender drogas aqueles usuários que não querem se arriscar para ir até o ponto de venda de drogas, já que são locais muito visados pela Polícia. Em troca de um percentual na venda, tal elemento pega a droga no ponto, ficando responsável pela sua venda, e dirige-se aos usuários de droga que fazem a encomenda da mesma. Quando tal traficante de droga é preso, a dívida decorrente do valor da droga apreendida pela Polícia passa para o mesmo, sendo muito comum ele ser obrigado a retornar a tal atividade criminosa desta vez sem receber contrapartida, a qual é revertida para saldar a dívida.

+ traficante de drogas autônomo- Diferentemente do anterior, tal indivíduo compra razoável quantidade de drogas em um ponto de venda e depois tenta obter lucro vendendo tal substância ilícita nas imediações de sua residência, onde tem condições de se abrigar no caso de vir a aparecer a Polícia.

Os exemplos supracitados servem para afastar a falácia de que todo traficante de drogas é rico.

#### *A.1. A quantidade como critério diferenciador do usuário e do traficante de drogas.*

Preliminarmente, é importante frisar que a quantidade de droga apreendida na posse de uma pessoa não pode servir de único elemento para conclusão da prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11343/06) ou posse para o uso próprio (art. 28 da Lei n.º 11343/06). Se restar comprovado nos autos que o elemento vendeu uma pequena quantidade de droga trata-se de tráfico de drogas. Por outro lado se ele portava uma grande quantidade de droga que se destinava, exclusivamente, ao seu uso é o caso de posse de droga para uso próprio.

Não obstante, pelo menos num primeiro momento, ainda que de forma provisória, já que no momento do oferecimento da denúncia vige o princípio *in dubio pro societati*, o Promotor de Justiça precisa saber o que caracteriza “grande quantidade de droga”. Alguns julgamentos já foram feitos discorrendo sobre tal tema a saber:

*TJRS. TÓXICOS. TRAFICÂNCIA. 7,24g de cocaína e 7,03g de maconha não constituem pequena quantidade, porque permitem, respectivamente, 144 a 145 carreirinhas e 9 a 10 baseados. Substância acondicionada em papelotes e saquinhos. (...) A conjugação de todos esses dados autoriza a condenação nos lindes do art.12 da Lei de Tóxicos (TJRS – AC69.300.827-8 – Rel. Luis Carlos de Carvalho Leite – RJTJRS 159/192). (grifo nosso).*

*TACRIM-SP. A quantidade de 14g de maconha é razoável e suficiente para exteriorizar ato de tráfico. Notadamente se repartido em pacotinhos, denotando o intuito de venda. (TACRIM-SP – AC196.517 – Rel. Geraldo Gomes – TR543/382).*

Importante ressaltar ainda que, no que tange a cocaína, é preciso se ter idéia do que seja a dose letal de tal droga, já que a apreensão de um peso muito superior a tal porção é um indicativo de que se está diante de uma grande quantidade.

O Médico Psiquiatra e Professor Regente de Medicina Legal na Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Goiás Renato Posterli a respeito da dose letal de cocaína assim se manifestou:

“A dose letal para o homem é em torno de 1,2 gramas por via oral (pura). Aplicada localmente nas mucosas, pode ser letal em doses menores, em torno de 20 mg por via parenteral, endovenosa. Pode ser letal em doses ainda menores, se considerarmos o perigo de ação anafilática, segundo orienta o Dr. Alberto Corazza” (*Tóxicos e Comportamento Delituoso, Renato Posterli, Editora Del Rey, 1997, pág. 80*).

Por sua vez é possível se falar em dose elevada de anfetamina, cujo tipo mais popular se denomina “ecstasy”, no caso da ingestão de 150 a 250 mg/dia. A esse respeito transcrevemos trecho do livro Toxicologia Forense, Teoria e Prática quando discorre sobre anfetaminas:

“ A maioria dos usuários toma a droga por via oral. Começa com uma sensação de bem estar, melhora do humor, aumento da atividade, redução da fadiga, logorréia (necessidade mórbida de falar que apresentam certos alienados, falando indefinidamente, sem razão aparente e às vezes sem darem conta disso), inquietude e insônia. Doses maiores apresentam apreensão, tremores e hiperexcitabilidade. Fisicamente, observa-se dilatação pupilar, sudorese, respiração acelerada, pressão arterial aumentada, taquicardia, rubor, secura de boca e vômitos. Como a tolerância aos euforizantes desenvolve-se de modo rápido, a dose é aumentada gradualmente de 5 a 10 mg/dia para grandes quantidades como 150 a 250 mg/dia” (*Toxicologia Forense, Teoria e Prática, Marcos Passagli, Editora Millenium, ano 2008, pág. 118*).

Por sua vez é possível se falar em dose elevada de LSD a partir de 10 mg. A esse respeito transcrevemos trecho do livro Toxicologia Forense, Teoria e Prática que trata do LSD - Dietilamida do Ácido Lisérgico quando trata de tal droga :

“ O LSD é bem absorvido por via oral (sublingual), sendo que a absorção provoca efeitos que aparecem de 35 a 45 minutos, permanecendo por aproximadamente 6 horas. Depois de absorvido é intensamente biotransformado em metabólicos inativos. Cerca de 1% da dose é excretada de forma inalterada na urina e a meia-vida biológica é de aproximadamente 3 horas. Doses de 200 a 400 µg (microgramas) determinam intenso efeito alucinógeno; porém, não é rara a ocorrência de doses muito elevadas (10 mg) que causam intensas intoxicações” (*Toxicologia Forense, Teoria e Prática, Marcos Passagli, Editora Millenium, ano 2008, pág 173*).

Alguns países Europeus, como é o caso de Portugal, têm estabelecido uma política de “redução de danos”, segundo a qual o porte para consumo pessoal de drogas deixou de ser punido como crime e passou a ser tratado como uma espécie de infração administrativa. O critério para se estabelecer se ocorre porte para uso de drogas (espécie de infração administrativa denominada pelos portugueses de contra-ordenação) ou posse de grande quantidade de drogas (para caracterizar o crime de tráfico de drogas) é a quantidade apreendida em poder do indivíduo. As quantidades de referência estabelecem como parâmetro para fazer a supracitada diferenciação o equivalente a 10 (dez) dias de consumo para as substâncias ilícitas. Na realidade tal política é equivocada, já que muitos traficantes de droga portam pequenas quantidades para efetuar a venda aos usuários e acabam sendo presos por terem sido observados por policiais em pleno comércio ilícito, fato que muitas vezes é comprovado pelo próprio usuário que comprou e que é conduzido à Delegacia de Polícia, confessando a compra efetuada e apontando o vendedor. De qualquer forma, para o presente capítulo, é interessante saber o que é considerado em Portugal como a quantidade suficiente para 10 (dez) dias de consumo de droga, para auxiliar o Promotor de Justiça a ter uma noção do que seja pequena ou grande quantidade da mesma. Assim, traz-se a lume parte do artigo do Promotor de Justiça Português, Charles Emil Machado Martins intitulado “Uso de drogas: Crime? Castigo ?” :

“As quantidades de referências estão estimadas no equivalente para 10 (dez) de consumo, para todas as substâncias. A lei 30/2000 remete à portaria n.º 94/96 que no artigo 9º estipula as doses médias diárias individuais para várias substâncias ilícitas. Assim, as quantidades de referência são 10 (dez) vezes as doses diárias, nomeadamente para as mais comuns:

Quantidades de referência	
Cocaína	2 g –Cloridrato 0,3 g- Base
Speed	1 g
MDMA	1 g
LSD	500 µg
Cannabis	5 g- Haxixe (resina) 25 g-Erva 2,5 g-Óleo de haxixe
Opiáceos	1 g-Heroína e Metadona 2 g-Morfina 10 g-Ópio

Abaixo destas quantidades é normalmente considerado “contra-ordenação”; acima destas quantidades aumenta a possibilidade de ser considerado crime”

*(artigo retirado do livro : Lei de drogas- Aspectos polémicos à luz da dogmática e da política criminal, organizadores André Luís Callegari e Miguel Tedesco Wedy, ano 2008, Editora Livraria do Advogado, , pág. 83).*

De qualquer forma, como dito alhures, a quantidade apreendida na posse do indivíduo é apenas um dos elementos de prova que devem ser aferidos para se concluir se o fato se amolda a figura do art. 28 da Lei n.º11343/06 ou ao art. 33 da Lei n.º11343/06.

#### *A.2. Diligências a serem requeridas por ocasião do oferecimento da denúncia.*

Quando se tiver em mãos o inquérito policial para análise e oferecimento da denúncia, é importante se verificar o que foi apreendido com o investigado. Assim, listaremos alguns objetos , rotineiramente, apreendidos e as providências a serem adotadas em cada caso :

a) relação manuscrita da movimentação financeira do ponto de venda de drogas- Deve-se pedir na cota em que é oferecida a denúncia (no caso de investigado preso cautelarmente para se evitar o excesso de prazo na formação da culpa), ou no curso do inquérito policial sob a forma de diligência, que seja o investigado submetido, caso queira já que não é obrigado a fazer prova contra si mesmo, a exame grafotécnico para tanto colhendo-se os seus padrões gráficos. No caso deste se negar a fornecer tais padrões aos peritos o Promotor de Justiça deve constar em seu requerimento que os peritos perguntem ao periciando a razão da negativa e consignem os motivos da recusa na perícia. Com a negativa do fornecimento dos padrões gráficos deve o Promotor de Justiça requerer ao Juízo, com fulcro no art. 240 § 1º alíneas “e” e “f” do CPP, a expedição de mandado de busca e apreensão para a residência do investigado, local de trabalho (se ele possuir) ou para qualquer outro local onde se possa apreender papéis que já contenham padrões gráficos do investigado.

b) telefones celulares- que seja requerida a perícia dos telefones celulares para se verificar quais os números das chamadas recebidas e originadas, o conteúdo das mensagens recebidas e originadas, constantes da memória do aparelho e do “chip”; bem como os nomes e números de telefones constantes da agenda do aparelho ou do “chip”. No caso de serem apreendidos muito celulares, que seja oficiado as operadoras de telefonia

para que informem quais são os titulares da linha e se existe registro de furto/roubo do aparelho, o que pode ser um indicativo de que tais objetos foram trocados por drogas.

c) armas de fogo e munições- que sejam submetidas tanto as armas de fogo quanto as munições a exame de eficiência para avaliar a potencialidade lesiva de tais objetos.

d) apreensão de cheques- que seja requerida a Autoridade Policial a oitiva dos titulares do cheque, sendo que caso necessário o endereço do correntista poderá ser requerido judicialmente para atingir tal escopo, a fim de se apurar se estes adquiriram drogas nas mãos do investigado; bem como requerer a CAC e a FAC de tais correntistas para verificar se constam em tais documentos o registro da prática do delito inculcado no art. 28 da Lei n.º 11343/06 ( ou do antigo art. 16 da Lei n.º 6368/76), já que tal elemento probatório, unido a outros, pode levar a conclusão de que o investigado vendia drogas e o correntista as comprou com o cheque.

e) balanças de precisão- que sejam periciadas para atestar seu funcionamento.

f) documentos do investigado com CPF (ou se existir menção do número do CPF do investigado nos autos)- requerer ao Juízo o bloqueio e a quebra do sigilo bancário das contas e investimentos financeiros que existirem em nome do investigado, com o encaminhamento de extrato do último ano, isto com fulcro no art.1º § 4º inciso II da Lei Complementar n.º 10257 de 10-07-2001, para tanto alertando ao magistrado que poderá utilizar-se do BACEN-JUD, caso tal banco de dados já tenha sido disponibilizado para o mesmo.Caso não disponha o magistrado de tal instrumento, que seja oficiado ao Banco Central.

g) Se no curso do inquérito policial restar apurado o envolvimento de crianças/adolescentes que seja requerido ao Juízo que oficie aos cartórios de registro de pessoas naturais, do local onde o inimputável é natural, para que remetam o original da certidão de nascimento.

h) Se no curso do inquérito policial, ocorrer dúvida quanto ao envolvimento do investigado com o tráfico de drogas que seja requerida diligência a Autoridade Policial para apurar o envolvimento do investigado no tráfico de drogas, para tanto os agentes de polícia deverão comparecer no local onde foi apreendida a droga; bem como próximo a residência do investigado (se não se tratar do mesmo local) para ouvir populares, aos quais devem ser assegurado o anonimato, caso assim o desejem, para que prestem informações sobre o investigado. Ressalta-se que o art. 5º inciso XIV da Constituição da República resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Se possível tais agentes de polícia devem ser arrolados como testemunhas na denúncia para prestarem depoimentos sob a forma como desenvolveram seus trabalhos, sem precisar revelar a fonte das informações.

i) Se durante o auto de prisão em flagrante delito um/alguns do(s) atuado(s) confessar a prática delitiva, torna-se necessário arrolar a Autoridade Policial ou o escrivão de polícia para depor na audiência de instrução e julgamento, já que alguns destes indivíduos passam a negar o teor de suas confissões na fase extrajudicial afirmando terem sido coagidos pela Autoridade Policial para prestar tal depoimento ou mesmo que assinaram sem ler seu depoimento. Tal medida visa trazer esclarecimentos aos autos da forma como se desenvolveu o trabalho da Polícia Civil na Delegacia e com isto dar oportunidade a Autoridade Policial/escrivão de demonstrar a idoneidade da coleta de tal prova. O mesmo deve ser feito no caso de associação com menores em que um destes confessa no curso da lavratura do auto de prisão em flagrante delito à associação com o imputável. Isto porque, posteriormente, muitos menores infratores são procurados por elementos da quadrilha para serem coagidos a mudar seus depoimentos em Juízo.

Caso a Autoridade Policial tenha tido o cuidado de tomar tal confissão na presença de alguma testemunha, esta deve ser arrolada no seu lugar ou no do escrivão.

Por fim é importante recomendar a Autoridade Policial que nos casos de confissão, independente de pedido do autuado, este seja encaminhado a exame de corpo de delito, para salvaguardar o trabalho desenvolvido pela Polícia Civil e comprovar a idoneidade do mesmo.

As diligências requeridas na cota da denúncia possuem supedâneo no art. 52 parágrafo único inciso I e II da Lei n.º 11343/06.

### *A.3. A liberdade provisória no crime de tráfico de drogas.*

Existia uma grande polêmica por conta da edição da Lei n.º 11.464/2007 que retirou a proibição da concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos. Alguns operadores do direito entenderam que tal norma legal revogou o art. 44 da Lei n.º 11.343/06 por ser norma posterior, enquanto outros operadores do direito entenderam que a norma do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 continua em vigor por se tratar de norma especial atinente ao tráfico de drogas. Recentemente o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela vigência e constitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/06. Nesse sentido o Excelso Pretório:

“A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 3. **A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente.** 4. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação

cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 5. Licitude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei n. 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória. Ordem denegada. (...)” (HC 93302/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, 25.3.2008 – Grifo nosso).

No mesmo sentido é o entendimento do Egrégio STJ :

“(…) A vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, **encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310, do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a sua nova redação dada pela Lei 11.464/2007(…)**.” (STJ. HC 91306 / SP - HABEAS CORPUS 2007/0225829-1 Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 08/04/2008. Data da Publicação/Fonte DJ 28.04.2008 p. 1)

Por fim o Egrégio TJMG vem sinalizando no mesmo sentido :

**'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL** (art. 44 da Lei nº 11.343/06). **DISPOSITIVO LEGAL DOTADO DE VALIDADE JURÍDICA. RECENTE PRECEDENTE DO STF. PERICULOSIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.** 'Recente precedente do eg. Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que a **expressa vedação legal à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei Federal nº 11.343/06 permanece plenamente em vigor**, em consonância com anteriores julgados do eg. Superior Tribunal de Justiça, disposição legal suficiente para a vedação à concessão do mencionado benefício, notadamente quando houve apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecente na residência de agente que não comprova possuir ocupação lícita'. (Apelação Criminal nº 1.0000.08.468430-7/000, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. MÁRCIA MILANEZ. J. 15/04/2008). (grifo nosso).

*“Verificada a regularidade do auto de prisão em flagrante, não há constrangimento ilegal em se negar o pedido de liberdade provisória ao paciente que responde a processo por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44, da Lei 11.343/06 veda a concessão do benefício aos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, da referida lei. **Por outro lado, a Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, não modificou a situação dos réus que respondem por tráfico de drogas, no que se refere à liberdade provisória, já que a Lei de Tóxicos é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos.**”.* (Habeas Corpus nº 1.0000.07.453995-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Paciente(S): Francisco Carlos Da Silva - Autorid Coatora: Jd 2 V Cr Comarca Juiz Fora - Relator: Exmo. Sr. Des. Edival José De Moraes – Grifo nosso).

De qualquer forma, dada a existência de polêmica em torno do referido assunto, torna-se necessário ao Promotor de Justiça fundamentar, também, a não concessão da liberdade provisória tomando por base a existência dos requisitos insculpidos no art. 312 e 313 do Código de Processo Penal. Isto porque a prática do crime de tráfico de drogas demonstra a necessidade da manutenção da prisão do criminoso como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Não se pode olvidar que o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante de drogas encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva. Nesse sentido a jurisprudência Mineira:

*"HABEAS CORPUS" - PRISÃO EM FLAGRANTE - RELAXAMENTO – LIBERDADE PROVISÓRIA - PLEITO INDEFERIDO - DECRETO FUNDAMENTADO - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **O fato de o paciente ser primário, ter endereço fixo e trabalho não pode implicar a sua automática libertação, pois, se subsistem razões que recomendam a decretação e manutenção da sua prisão cautelar,** seja em nome do resguardo da ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal, tais elementos devem ser levados em conta para que se negue o pleito de relaxamento, tal como definido no art. 312 do CPP. Ordem denegada (HC nº: 1.0000.06.447819-1/000(1) - Rel. SÉRGIO BRAGA- Data da publicação: 06/02/2007) (grifo nosso).*

Além disto, o Promotor de Justiça precisa observar se o endereço fornecido pelo requerente na delegacia de polícia é o mesmo do comprovante de residência anexado ao pedido de liberdade, já que se for diverso está demonstrada a sua má fé e a conseqüente intenção de se subtrair à ação da Justiça. Ademais, é importante verificar se o nome constante no comprovante de residência é do requerente ou se pelo menos possui algum laço familiar, cabendo à Defesa esclarecer qual o vínculo do requerente com o nome constante no citado comprovante, sob pena de não comprovar a existência de residência fixa.

Além de comprovar a existência de residência fixa, torna-se necessário, também, a Defesa comprovar a existência de ocupação lícita ou que tenha profissão definida, o que também afasta a possibilidade de ser beneficiado com a liberdade provisória. Neste sentido já se manifestou o Egrégio TJMG:

*"Habeas Corpus". Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão (...) **'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal'** (...) Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(S): Celso Morais Silva - Coator(Es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues.*

O Promotor de Justiça deve ter o cuidado de verificar se o comprovante de residência aponta endereço de município de outra jurisdição, já que o fato do requerente não residir no distrito da culpa, também, impede a concessão da liberdade provisória.

*"Habeas Corpus". Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão (...) **'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal'** (...) Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(S): Celso Morais Silva - Coator(Es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues.*

Outrossim, insta observar que o fato do requerente não residir no distrito da culpa, torna também necessária sua prisão provisória para conveniência da instrução criminal e para aplicação da Lei Penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, mesmo porque, se for

colocado em liberdade, corre-se o risco de não mais ser encontrado para prestar contas de seus atos, em caso de eventual condenação. Nesse sentido:

*PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO - POSSIBILIDADE - PACIENTE REINCIDENTE - RESIDÊNCIA FORA DO DISTRITO DA CULPA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PREVENÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312, CPP - ORDEM DENEGADA. A reincidência do paciente o recomenda ao cárcere, para garantia da ordem pública. A residência fora do distrito da culpa autoriza a segregação, visando a assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal. Ordem denegada. (TJMG, HC 1.0000.07.451602-2/000 - Rel. Des. Hélcio Valentim, j. em 17/04/2007).*

Não obstante o exposto, é possível que o magistrado conceda a liberdade provisória, decidindo contrariamente à manifestação ministerial. Nesses casos, o Promotor de Justiça deve ajuizar o recurso em sentido estrito com fulcro no art. 581, inciso V, do Código de Processo Penal, e, ainda, impetrar o mandado de segurança para que seja concedido efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito.

Nesse momento é importante fazer uma breve digressão sobre a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para ajuizar mandado de segurança, conforme preconiza o art. 32, inciso I, da Lei 8.625/1993. A doutrinadora Fernanda Cardoso Castro Tourinho em seu brilhante trabalho a respeito do mandado de segurança criminal assim se manifestou :

“Duas são as principais justificativas para que o Ministério Público utilize o mandado de segurança criminal: a falta de recurso para impugnar a decisão interlocutória proferida e quando o recurso previsto não possuir efeito suspensivo”. (Torinho, Fernanda Cardoso Castro, Mandado de Segurança Criminal, Editora IOB, ano 2007, pág 97).

O supracitado mandado de segurança recomendado enquadra-se no 2º caso.

Assim, para facilitar o trabalho do Promotor de Justiça, na elaboração de tais peças, abaixo transcrevemos modelos utilizados na 13ª Promotoria de Justiça de Tóxicos de Belo Horizonte/MG:

### **I - PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO**

**Autos n°** \_\_\_\_\_

**Meritíssimo Juiz,**

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, inconformado com a r. decisão de fls. \_\_\_\_\_, que concedeu liberdade provisória a **Fulano de Tal** denunciado como incurso nas sanções do artigo 37, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, vem, perante Vossa Excelência, interpor RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, com fulcro no artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal.

Caso Vossa Excelência, no juízo de retratação, entenda por manter a v. decisão, requeremos desde já a juntada das razões de recurso que seguem anexas.

Local, data.

**JORGE TOBIAS DE SOUZA**  
Promotor de Justiça

### **I - RAZÕES DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**

COMARCA: BELO HORIZONTE

**AUTOS N.º** \_\_\_\_\_

**RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO**

**EGRÉGIO TRIBUNAL**

**COLENDIA CÂMARA CRIMINAL**

**DOUTA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**

O MINISTÉRIO PÚBLICO, através de seu Promotor de Justiça, com atribuição nesta Vara, irressignada, "*data venia*", com a v.decisão de fls.\_\_\_\_\_, vem, tempestivamente, apresentar suas razões referentes ao recurso em sentido estrito interposto, fazendo na forma abaixo exposta:

#### **DOS FATOS**

Compulsando os autos principais (processo n.º \_\_\_\_\_), verifica-se que no dia dos fatos, policiais militares durante patrulhamento pelo Bairro Jardim América, nesta Capital, avistaram Fulano de Tal em uma "boca de fumo", o qual ao avistar a guarnição gritou "olha a polícia", com o claro intuito de avisar os traficantes da presença policial.

Insta observar que dois indivíduos, após serem alertado pelo recorrido, lograram êxito em empreender fuga, sendo que os milicianos arrecadaram 1,65g (um grama e sessenta e cinco centigramas) de cocaína escondida em um tijolo, conforme laudo de constatação de fls. 21 e laudo toxicológico de fls. 41 dos autos em apenso.

Ouvido na Delegacia (fls. 18) o denunciado confessou a prática delitiva, aduzindo que fora contratado por um rapaz para ficar observando a chegada da polícia no local, sendo que para tanto receberia um refrigerante e um marmitex.

A defesa aviou pedido de liberdade provisória, tendo o Ministério Público exarado parecer contrário em data de 14 de outubro de 2009 (vide fls. 25/27) e o MM. Juiz da \_\_\_ª Vara de Tóxicos, em sua decisão de fls. 28/29, deferido o pedido.

Inconformado com a decisão que concedeu liberdade provisória a Michel, o Ministério Público interpôs RECURSO EM SENTIDO ESTRITO objetivando a reforma da decisão, a fim de que o beneficiado retorne à prisão.

É o breve relatório.

Data *máxima vênia*, a r. decisão que ora se combate merece ser cassada, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

O digno Magistrado concedeu liberdade provisória ao recorrido por entender serem insuficientes os elementos probatórios para comprovar a prática delitiva por parte de Fulano.

A pretexto justificou o Magistrado que o recorrido seria primário, com profissão definida e residente no foro do domicílio, bem como não há qualquer hipótese que autorize a prisão preventiva.

Com a devida vênia, não agiu com o costumeiro acerto o douto Magistrado em sua decisão.

Primeiro, porque há nos autos elementos suficientes a indicarem o envolvimento do recorrido. Como dito alhures, os milicianos abordaram o réu após o mesmo ter claramente alertado os traficantes da presença da polícia na "boca de fumo". Além disso, sobreleva notar que Célio confessou estar vigiando o local a pedido de um indivíduo que lhe daria um refrigerante e um marmite (fls. 18).

Ademais, conforme se verifica às fls. 06/07 que recorrido Fulano, além de possuir outros registros, é reincidente, o que por si só, afasta a possibilidade da concessão do benefício. E mais, ao contrário do suscitado pelo Magistrado, a defesa não trouxe aos autos quaisquer documentos que comprovem ter o réu ocupação lícita.

Assim, verificando-se que o requerente não trouxe aos autos qualquer documento hábil a comprovar residência fixa, nem qualquer ocupação lícita, demonstra-se não haver vínculos nesta comarca, o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal. Nesse sentido:

"Habeas Corpus". Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão (...) **'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal'** (...) Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(S): Celso Morais Silva - Coator(Es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues.

Com relação à reiteração criminosa do recorrido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por diversas vezes já ratificou a impossibilidade da concessão da liberdade provisória. Vejamos:

Número do processo: 1.0701.06.161831-3/002(1) Numeração Única: 1618313-30.2006.8.13.0701 Acórdão Indexado! Precisão: 25 Relator: ADILSON LAMOUNIER Data do Julgamento: 28/04/2009 Data da Publicação: 08/06/2009 Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU LIBERDADE PROVISÓRIA - PORTE ILEGAL DE ARMA - RÉU REINCIDENTE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. - **Restando patentes a prova de existência do crime e os indícios suficientes de autoria, bem como a garantia da ordem pública em face da reincidência do acusado, merece reforma a decisão que concedeu a liberdade provisória** ao denunciado por crime de porte ilegal de armas. V.V. EMBARGOS INFRINGENTES - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - ART. 14, DA LEI 10.826/03 - PRISÃO PROVISÓRIA DECRETADA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA DO EMBARGANTE - MANUTENÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - POSSIBILIDADE. I - A reincidência do acusado não pode servir como único argumento justificador da decretação da prisão provisória, sob pena de afronta ao art. 312, do CPP. II - Embargos acolhidos. (Des. Alexandre Victor de Carvalho)

Número do processo: 1.0000.09.494025-1/000(1) Numeração Única: 4940251-18.2009.8.13.0000 Acórdão Indexado! Precisão: 24 Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO Data do Julgamento: 26/05/2009 Data da Publicação: 08/06/2009 Ementa: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO - RECOLHIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO - IMPOSSIBILIDADE - GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA - PACIENTE REINCIDENTE - DENEGAÇÃO. **A reiteração de práticas delitivas pelo paciente é motivo justificador da cautela provisória, pois não se pode perder de vista que um dos escopos da segregação na fase cognitiva processual é, precisamente, garantir a ordem pública, consistente tal garantia em evitar que o delinquente volte a cometer delitos.** A decisão que indefere o pedido de liberdade provisória com fins a garantir a ordem pública, em face da sua preocupante reiteração delitiva do paciente, é legal e deve ser mantida. Ordem denegada.

Número do processo: 1.0105.06.199046-8/001(1) Numeração Única: 1990468-97.2006.8.13.0105 Precisão: 17 Relator: HÉLCIO VALENTIM Data do Julgamento: 20/05/2008 Data da Publicação: 07/06/2008 Ementa: PENAL - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - LIBERDADE PROVISÓRIA DEFERIDA - IMPOSSIBILIDADE - PRÁTICA REITERADA DE CRIMES DA MESMA NATUREZA E DE OUTRAS ESPÉCIES, INCLUSIVE CONTRA AUTORIDADES POLICIAIS - CUSTÓDIA NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - RECURSO PROVIDO. - **Não se recomenda o deferimento do benefício da liberdade provisória a**

**indivíduo que sistematicamente se envolve na prática de delitos da mesma natureza e de outras espécies, praticando-os, inclusive, contra autoridades empenhadas no estrito cumprimento do dever legal. - Recurso provido.**

Diante disso, torna-se inviável a concessão da liberdade provisória, visto que a nova legislação de tóxicos, Lei n.º 11.343/06, em seu artigo 44, explicitamente, proibiu a concessão de tal benefício aos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37.

E, não obstante a inovação trazida pela Lei nº 11.464/07, que, alterando o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, revogou a proibição à liberdade provisória nos crimes hediondos e nos a eles equiparados, subsiste a vedação legal prevista no artigo 44 da Nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), em face do princípio da especialidade, conforme entendimento majoritário do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DA LEI 11.343/06. Verificada a regularidade do auto de prisão em flagrante, não há constrangimento ilegal em se negar o pedido de liberdade provisória ao apelada que responde a processo por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44, da Lei 11.343/06 veda a concessão do benefício aos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, da referida lei. Por outro lado, a Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, não modificou a situação dos réus que respondem por tráfico de drogas, no que se refere à liberdade provisória, já que a Lei de Tóxicos é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos. Habeas corpus denegado. (Habeas Corpus nº 1.0000.07.453995-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Apelada(S): Francisco Carlos Da Silva - Autoridade Coatora: Jd 2 V Cr Comarca Juiz Fora - Relator: Exmo. Sr. Des. Edival José De Moraes).*

Nesse diapasão é o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, corroborando com anteriores decisões do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou que a Lei n.º 11.464/07 não teve o condão de revogar os dispositivos constantes na atual Lei Antidrogas. Vejamos:

*"Informativo STF n. 499 - 02 de abril de 2008: Liberdade Provisória: Lei 11.464/2007 e Tráfico de Drogas – 3-Considerou-se que a inafiançabilidade imposta ao delito imputado ao apelada bastaria para impedir a concessão de liberdade provisória, sendo irrelevante a alteração efetuada pela Lei 11.464/2007 que, mantendo a vedação de fiança, somente retirara uma redundância contida no texto originário do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. **Ressaltou-se que esta Corte possui orientação consolidada no sentido de que a proibição de liberdade provisória nos***

**processos por crimes hediondos e assemelhados decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição à legislação ordinária. Dessa forma, por maiores razões, incabível esse benefício aos presos em flagrante por tráfico de drogas. Ademais, enfatizou-se que a Lei 11.464/2007 não alcançaria os dispositivos legais que cuidam do delito de tráfico de drogas que, ao tempo da sua entrada em vigor, já contava com disciplina específica a respeito (Lei 11.343/2006: "Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.").** Assim, reputou-se que a Lei 11.464/2007 não poderia modificar a disciplina que, quando do seu advento, já constava de lei especial, aplicável à espécie. Por fim, rejeitou-se a proposta de concessão de habeas corpus de ofício para que o apelada progredisse de regime prisional, porquanto ainda pendente de apreciação recurso da acusação que, se provido, majoraria a pena a período superior ao tempo em que custodiado o apelada. Atentou-se para o fato de que este fora preso em flagrante quando vigente a Lei 11.343/2006, que passou a exigir, na hipótese, o cumprimento de, pelo menos, 2/5 da pena para a progressão. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio que concedia a ordem, de ofício, para que o juízo de primeiro grau analisasse as condições, visando à progressão de regime de cumprimento da pena. HC 93302/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, 25.3.2008. (HC-93302)".

Nesse sentido já se encontra a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

**'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (art. 44 da Lei nº 11.343/06). DISPOSITIVO LEGAL DOTADO DE VALIDADE JURÍDICA. RECENTE PRECEDENTE DO STF. PERICULOSIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. 'Recente precedente do eq. Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que a expressa vedação legal à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei Federal nº 11.343/06 permanece plenamente em vigor, em consonância com anteriores julgados do eq. Superior Tribunal de Justiça, disposição legal suficiente para a vedação à concessão do mencionado benefício, notadamente quando houve apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecente na residência de agente que não comprova possuir ocupação lícita'. (Apelação Criminal nº 1.0000.08.468430-7/000, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. MÁRCIA MILANEZ. J. 15/04/2008). (grifo nosso).**

Ademais, *in casu*, encontram-se presentes os requisitos da prisão preventiva dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Denota-se imperiosa a necessidade da manutenção da prisão de Célio como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva.

Sobre a questão, ensina o renomado processualista Eugênio Pacelli de Oliveira:

**“Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo a credibilidades das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública.** Tratava-se de caso em que havia fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos do poder público, segundo o seu eminente Relator, Ministro Carlos Brito (QO em HC nº 85.298-SP, Relator para o acórdão, Min. Carlos Britto). Em outra oportunidade, aquela alta Corte justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação, **bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e do tipo de crime (tráfico de drogas).** Conferir STF – HC 89.525.5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.03.2007”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p.436/437) (grifo nosso).

Também nesse sentido:

*“TACRSP: Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida”* (JTACRESP 45/58).

Por derradeiro, deve a prisão do recorrido ser mantida para garantia da aplicação da lei penal, não havendo certeza quanto ao seu verdadeiro endereço.

Diante dos argumentos expostos e por outros que não escaparão ao descortino da Colenda Câmara, aguarda o Ministério Público o provimento do recurso para reformar a r. decisão, restaurando a prisão de **Fulano de tal**.

Local, data.

**JORGE TOBIAS DE SOUZA**

**Promotor de Justiça**

**I - Mandado de Segurança para concessão de efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito contra decisão que concede liberdade provisória**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Promotor de Justiça com atribuição junto às Varas de Tóxicos desta Capital, com fundamento no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, no artigo 1º e seguintes da Lei nº 12.016/2009, artigo 32, inciso I, da Lei Federal nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido liminar**, contra ato do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da \_\_\_ª Vara de Tóxicos, Dr. Adriano de Mesquita

Carneiro, que proferiu decisão de concessão de liberdade provisória nos autos de nº \_\_\_\_\_, a favor de Célio Parreiras de Oliveira, para que seja **CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** interposto, conforme cópia que segue anexa, pelos motivos que passa expor e ao final requerer:

### 1 – Dos fatos:

Compulsando os autos principais (processo n.º \_\_\_\_\_), verifica-se que no dia dos fatos, policiais militares durante patrulhamento pelo Bairro Jardim América, nesta Capital, avistaram Célio Parreiras em uma “boca de fumo”, o qual ao avistar a guarnição gritou “olha a polícia”, com o claro intuito de avisar os traficantes da presença policial.

Insta observar que dois indivíduos, após serem alertado pelo recorrido, lograram êxito em empreender fuga, sendo que os milicianos arrecadaram 1,65g (um grama e sessenta e cinco centigramas) de cocaína escondida em um tijolo, conforme laudo de constatação de fls. 21 e laudo toxicológico de fls. 41 dos autos em apenso.

Ouvido na Delegacia (fls. 18) o denunciado confessou a prática delitiva, aduzindo que fora contratado por um rapaz para ficar observando a chegada da polícia no local, sendo que para tanto receberia um refrigerante e um marmitex.

A defesa de Célio aviou pedido de liberdade provisória, tendo o Ministério Público exarado parecer contrário em data de 14 de outubro de 2009 (vide fls. 25/27) e o MM. Juiz da \_\_\_\_ª Vara de Tóxicos, em sua decisão de fls. 28/29, deferido o pedido.

Inconformado com a decisão que concedeu liberdade provisória a Michel, o Ministério Público interpôs RECURSO EM SENTIDO ESTRITO objetivando a reforma da decisão, a fim de que o beneficiado retorne à prisão.

Outrossim, dada a inexistência de efeito suspensivo ao recurso interposto, busca o impetrante pelo presente *mandamus*, o efeito suspensivo ao seu Recurso em Sentido Estrito, para o fim de, cancelado o benefício da liberdade provisória ilegitimamente concedida, fazer o autuado retornar à prisão onde se encontrava, até final julgamento nessa Instância Superior.

### 2 - Da Legitimidade e Capacidade Postulatória:

Consoante o preconizado no artigo 32, inciso I, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e no artigo 74, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994, a capacidade postulatória e a legitimidade do impetrante restam positivadas.

De igual forma, a jurisprudência pátria apresenta-se pacífica. A propósito, vale ressaltar os seguintes julgados:

*MANDADO DE SEGURANÇA - Ato judicial Impetração por Promotor de Justiça diretamente na Instância Superior - Admissibilidade – Ato judicial ilegal ou violador do direito, ilíquido e certo, pacíficas a 'legitimatío ad causam' e a plena capacidade postularia - Presença, ademais, de 'periculum in mora' e 'fumus boni juri' 'Writ' conhecido (RT 6481296 TACrim – 2ª Câm. Rel. Juiz Ribeiro Machado).*

*MANDADO DE SEGURANÇA – Ato judicial Impetração por Promotor de Justiça contra decisão de juiz de 1º grau 'legitimidade ad causam' por ser o Ministério Público parte na relação jurídica processual penal (RT 6441337 STF Rel. Min. Moreira Alves).*

### **3 - Do Cabimento do Mandado:**

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm admitido a concessão do *writ* para ser imposto o efeito suspensivo aos recursos que, a princípio, tramitam somente no efeito devolutivo, visando reparar direito líquido e certo que tenha sido violado.

É este o posicionamento dominante dos nossos tribunais:

**"Cabe mandado de segurança contra decisão judicial, para dar efeito suspensivo a recurso que não o tem, se houver a possibilidade de dano irreparável.** (TJSP MS n. 264.589 Rel. Gonzaga Júnior) (Grifo Nosso).

*"O enunciado da Súmula 267 comporta exceção, no caso em que, além da não suspensividade do recurso e da ilegalidade do ato impugnado deste advenha dano irreparável, cabalmente demonstrado"* (STF RE 76.909 Rel. Min. Antonio Neder; STF RE 90.653 - Rel. Min. Décio Miranda).

No presente caso, o impetrante busca a imposição do efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito, visando evitar que seja ferido direito líquido e certo.

### **4 - Do Direito Líquido e Certo:**

O digno Magistrado concedeu liberdade provisória ao autuado por entender serem insuficientes os elementos probatórios para comprovar a prática do tráfico de drogas por Célio.

Entendeu, ainda, não estarem presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar por ser Célio primário, com profissão definida e residente no foro do delito.

Com a devida vênia, não agiu com o costumeiro acerto o douto Magistrado em sua decisão.

Primeiro, porque há nos autos elementos suficientes a indicarem o envolvimento do recorrido. Como dito alhures, os milicianos abordaram o réu após o mesmo ter claramente alertado os traficantes da presença da polícia na “boca de fumo”. Além disso, sobreleva notar que Célio confessou estar vigiando o local a pedido de um indivíduo que lhe daria um refrigerante e um marmitex (fls. 18).

Ademais, conforme se verifica às fls. 06/07 que recorrido Célio, além de possuir outros registros, é reincidente, o que por si só, afasta a possibilidade da concessão do benefício. E mais, ao contrário do suscitado pelo Magistrado, a defesa não trouxe aos autos quaisquer documentos que comprovem ter o réu ocupação lícita.

Assim, verificando-se que o requerente não trouxe aos autos qualquer documento hábil a comprovar residência fixa, nem qualquer ocupação lícita, demonstra-se não haver vínculos nesta comarca, o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal. Nesse sentido:

*“Habeas Corpus”. Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão (...) **‘Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal’** (...) Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(S): Celso Morais Silva - Coator(Es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues.*

Com relação à reiteração criminosa do recorrido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por diversas vezes já ratificou a impossibilidade da concessão da liberdade provisória. Vejamos:

*Número do processo: 1.0701.06.161831-3/002(1) Numeração Única: 1618313-30.2006.8.13.0701 Acórdão Indexado! Precisão: 25 Relator: ADILSON LAMOUNIER Data do Julgamento: 28/04/2009 Data da Publicação: 08/06/2009 Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU LIBERDADE*

PROVISÓRIA - PORTE ILEGAL DE ARMA - RÉU REINCIDENTE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. - **Restando patentes a prova de existência do crime e os indícios suficientes de autoria, bem como a garantia da ordem pública em face da reincidência do acusado, merece reforma a decisão que concedeu a liberdade provisória** ao denunciado por crime de porte ilegal de armas. V.V. EMBARGOS INFRINGENTES - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - ART. 14, DA LEI 10.826/03 - PRISÃO PROVISÓRIA DECRETADA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA DO EMBARGANTE - MANUTENÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - POSSIBILIDADE. I - A reincidência do acusado não pode servir como único argumento justificador da decretação da prisão provisória, sob pena de afronta ao art. 312, do CPP. II - Embargos acolhidos. (Des. Alexandre Victor de Carvalho)

Número do processo: 1.0000.09.494025-1/000(1) Numeração Única: 4940251-18.2009.8.13.0000 Acórdão Indexado! Precisão: 24 Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO Data do Julgamento: 26/05/2009 Data da Publicação: 08/06/2009 Ementa: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO - RECOLHIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO - IMPOSSIBILIDADE - GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA - PACIENTE REINCIDENTE - DENEGACÃO. **A reiteração de práticas delitivas pelo paciente é motivo justificador da cautela provisória, pois não se pode perder de vista que um dos escopos da segregação na fase cognitiva processual é, precisamente, garantir a ordem pública, consistente tal garantia em evitar que o delinquente volte a cometer delitos.** A decisão que indefere o pedido de liberdade provisória com finsas a garantir a ordem pública, em face da sua preocupante reiteração delitiva do paciente, é legal e deve ser mantida. Ordem denegada.

Número do processo: 1.0105.06.199046-8/001(1) Numeração Única: 1990468-97.2006.8.13.0105 Precisão: 17 Relator: HÉLCIO VALENTIM Data do Julgamento: 20/05/2008 Data da Publicação: 07/06/2008 Ementa: PENAL - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - LIBERDADE PROVISÓRIA DEFERIDA - IMPOSSIBILIDADE - PRÁTICA REITERADA DE CRIMES DA MESMA NATUREZA E DE OUTRAS ESPÉCIES, INCLUSIVE CONTRA AUTORIDADES POLICIAIS - CUSTÓDIA NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - RECURSO PROVIDO. - **Não se recomenda o deferimento do benefício da liberdade provisória a indivíduo que sistematicamente se envolve na prática de delitos da mesma natureza e de outras espécies, praticando-os,** inclusive, contra autoridades empenhadas no estrito cumprimento do dever legal. - Recurso provido.

Diante disso, torna-se inviável a concessão da liberdade provisória, visto que a nova legislação de tóxicos, Lei n.º 11.343/06, em seu artigo 44, explicitamente, proibiu a concessão de tal benefício aos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37.

E, não obstante a inovação trazida pela Lei nº 11.464/07, que, alterando o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, revogou a proibição à liberdade provisória nos crimes hediondos e nos a eles equiparados, subsiste a vedação legal prevista no artigo 44 da Nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), em face do princípio da especialidade, conforme entendimento majoritário do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DA LEI 11.343/06. Verificada a regularidade do auto de prisão em flagrante, não há constrangimento ilegal em se negar o pedido de liberdade provisória ao apelada que responde a processo por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44, da Lei 11.343/06 veda a concessão do benefício aos crimes

previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, da referida lei. Por outro lado, a Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, não modificou a situação dos réus que respondem por tráfico de drogas, no que se refere à liberdade provisória, já que a Lei de Tóxicos é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos. Habeas corpus denegado. (Habeas Corpus nº 1.0000.07.453995-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Apelada(S): Francisco Carlos Da Silva - Autoridade Coatora: Jd 2 V Cr Comarca Juiz Fora - Relator: Exmo. Sr. Des. Edival José De Morais).

Nesse diapasão é o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, corroborando com anteriores decisões do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou que a Lei n.º 11.464/07 não teve o condão de revogar os dispositivos constantes na atual Lei Antidrogas. Vejamos:

"Informativo STF n. 499 - 02 de abril de 2008: Liberdade Provisória: Lei 11.464/2007 e Tráfico de Drogas – 3-Considerou-se que a inafiançabilidade imposta ao delito imputado ao apelada bastaria para impedir a concessão de liberdade provisória, sendo irrelevante a alteração efetuada pela Lei 11.464/2007 que, mantendo a vedação de fiança, somente retirara uma redundância contida no texto originário do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. **Ressaltou-se que esta Corte possui orientação consolidada no sentido de que a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos e assemelhados decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição à legislação ordinária. Dessa forma, por maiores razões, incabível esse benefício aos presos em flagrante por tráfico de drogas. Ademais, enfatizou-se que a Lei 11.464/2007 não alcançaria os dispositivos legais que cuidam do delito de tráfico de drogas que, ao tempo da sua entrada em vigor, já contava com disciplina específica a respeito (Lei 11.343/2006: "Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.")**. Assim, reputou-se que a Lei 11.464/2007 não poderia modificar a disciplina que, quando do seu advento, já constava de lei especial, aplicável à espécie. Por fim, rejeitou-se a proposta de concessão de habeas corpus de ofício para que o apelada progredisse de regime prisional, porquanto ainda pendente de apreciação recurso da acusação que, se provido, majoraria a pena a período superior ao tempo em que custodiado o apelada. Atentou-se para o fato de que este fora preso em flagrante quando vigente a Lei 11.343/2006, que passou a exigir, na hipótese, o cumprimento de, pelo menos, 2/5 da pena para a progressão. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio que concedia a ordem, de ofício,

para que o juízo de primeiro grau analisasse as condições, visando à progressão de regime de cumprimento da pena. HC 93302/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, 25.3.2008. (HC-93302)".

Nesse sentido já se encontra a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (art. 44 da Lei nº 11.343/06). DISPOSITIVO LEGAL DOTADO DE VALIDADE JURÍDICA. RECENTE PRECEDENTE DO STF. PERICULOSIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. **Recente precedente do eq. Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que a expressa vedação legal à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei Federal nº 11.343/06 permanece plenamente em vigor, em consonância com anteriores julgados do eq. Superior Tribunal de Justiça, disposição legal suficiente para a vedação à concessão do mencionado benefício**, notadamente quando houve apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecente na residência de agente que não comprova possuir ocupação lícita'. (Apelação Criminal nº 1.0000.08.468430-7/000, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. MÁRCIA MILANEZ. J. 15/04/2008). (grifo nosso).

Ademais, *in casu*, encontram-se presentes os requisitos da prisão preventiva dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Denota-se imperiosa a necessidade da manutenção da prisão de Célio como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva.

Sobre a questão, ensina o renomado processualista Eugênio Pacelli de Oliveira:

**“Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo a credibilidades das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública.** Tratava-se de caso em que havia fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos do poder público, segundo o seu eminente Relator, Ministro Carlos Brito (QO em HC nº 85.298-SP, Relator para o acórdão, Min. Carlos Britto). Em outra oportunidade, aquela alta Corte justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação, **bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e do tipo de crime (tráfico de drogas)**. Conferir STF – HC 89.525.5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.03.2007”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p.436/437) (grifo nosso).

Também nesse sentido:

“TACRSP: Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentadamente

*propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida” (JTACRESP 45/58).*

Por derradeiro, deve a prisão de Célio ser mantida para garantia da aplicação da lei penal, não havendo certeza quanto ao seu verdadeiro endereço.

Assim, o direito líquido e certo do impetrante decorre de evidente desrespeito aos ditames legais, posto que, conceder-se, como ocorreu, a liberdade provisória a indiciado por tráfico de drogas consiste em flagrante desrespeito à norma existente, qual seja, o artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006.

#### **5 - Do *Fumus Boni Juris* e do *Periculum in mora*:**

O *fumus boni júrís* se faz presente, tanto que a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm admitido reiteradamente que, através de mandado de segurança, se busque dar efeito suspensivo a recursos que, por lei, só tenham efeito devolutivo.

Do mesmo modo, apresenta-se evidente o *periculum in mora*, eis que caso não haja feito suspensivo, até o efetivo julgamento do recurso em sentido estrito, Firmino poderá, em liberdade, aproveitando-se da oportunidade que lhe foi concedida indevidamente, praticar outros delitos e acabar retirando a paz e a tranquilidade de inúmeras famílias de bem.

É por isso que a lei, amparada pela Constituição Federal, presume a periculosidade dos traficantes de drogas, sendo certo que, na maioria das vezes, em liberdade, as pessoas envolvidas em delitos desse tipo, além de estarem sujeitos à reincidência, tudo fazem para fugir da responsabilização criminal.

Assim, permitir a Célio que aguarde em liberdade o resultado do Recurso em Sentido Estrito é assumir o risco de vê-lo voltar ao submundo do crime, o que não se pode admitir.

Diante do exposto encontra-se presente o perigo da demora, justificador da segurança, em razão da probabilidade de dano irreparável decorrente da demora normal de apreciação do recurso do Ministério Público.

## 6 - Do Pedido:

Ante todo o exposto, com especial destaque à ilegalidade da concessão do direito da liberdade provisória a Célio Parreiras de Oliveira, requer que, com a concessão de efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito do Ministério Público, venha a ser cancelado o referido benefício ilegalmente concedido.

## 7 - Da Liminar:

Deflui de tudo o que foi exposto serem relevantes os motivos do presente Mandado de Segurança, impondo-se a concessão de LIMINAR, para retorno do autuado Célio Parreiras de Oliveira ao estabelecimento prisional onde estava recolhido, sem o que, o presente mandado terá o seu objeto prejudicado até ser definitivamente julgado.

Por derradeiro, requer o impetrante a notificação da douda autoridade, dita coatora, consoante estabelece o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009, bem como que dê ciência do feito à presidência do e. Tribunal de Justiça (art. 7º, inciso II, da Lei n.º 12.016/2009), além da intimação da respeitável defesa do autuado, na condição de litisconsorte passivo necessário, prosseguindo-se até final confirmação definitiva da liminar e deferimento da segurança.

Acompanham o presente Mandado de Segurança as seguintes peças, todas em cópias:

- Cópia dos autos da Liberdade Provisória;
- Cópia de denúncia e do despacho de recebimento;
- Cópia do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público.

Nestes termos

Pede deferimento

Local, data.

**JORGE TOBIAS DE SOUZA**  
**Promotor de Justiça**

**II RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE LIBERDADE PROVISÓRIA**

**Petição de interposição**

**Autos n.º** \_\_\_\_\_

**Meritíssimo Juiz,**

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, inconformado com a r. decisão de fls. 30/31, que concedeu liberdade provisória a **Fulano de Tal** autuado em flagrante delito como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, vem, perante Vossa Excelência, interpor RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, com fulcro no artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal.

Caso Vossa Excelência, no juízo de retratação, entenda por manter a v. decisão, requeremos desde já a juntada das razões de recurso que seguem anexas.

Local, data.

**JORGE TOBIAS DE SOUZA**  
**Promotor de Justiça**

**II - RAZÕES RECURSAIS**

COMARCA: BELO HORIZONTE

**AUTOS N.º** \_\_\_\_\_

**RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO**

**RAZÕES DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**

**EGRÉGIO TRIBUNAL**  
**COLEDA CÂMARA CRIMINAL**  
**DOUTA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**

O MINISTÉRIO PÚBLICO, através de seu Promotor de Justiça, com atribuição nesta Vara, irresignada, "*data venia*", com a v. decisão de fls. 30/31, vem, tempestivamente, apresentar suas razões referentes ao recurso em sentido estrito interposto, fazendo na forma abaixo exposta:

## DOS FATOS

Compulsando a cópia do Auto de Prisão em Flagrante Delito, verifica-se que no dia dos fatos, motivados por uma denúncia de transeuntes delatando a ocorrência de tráfico de drogas em uma borracharia de propriedade do atuado, policiais militares compareceram ao estabelecimento comercial e abordaram o atuado, o qual, bastante nervoso, ao avistar a guarnição tentou adentrar em um quarto portando duas caixas.

Dentro das referidas caixas os milicianos apreenderam 13 (treze) papélotes de cocaína, bem como um celular da marca Siemens. Procedida busca pessoal, foi apreendido em poder do atuado um cartucho calibre 38 intacto.

Após serem informados pelo atuado, os policiais militares apreenderam ainda 34 (trinta e quatro) papélotes da mesma substância que Firmino guardava e mantinha em depósito, totalizando-se assim, 47 (quarenta e sete) invólucros plásticos de cocaína.

Além do mais, foi apreendida a quantia de R\$484,44 (quatrocentos e oitenta e quatro reais e quarenta e quatro centavos).

Ouvido na Delegacia (fls. 16) o atuado confessou que estava guardando os entorpecentes a pedido de quatro indivíduos que o teriam ameaçado para tanto, sendo que tinha plena consciência de que o material tratava-se de substância entorpecente.

A defesa de Firmino aviou pedido de liberdade provisória, tendo o Ministério Público exarado parecer contrário em data de 15 de março de 2010 (vide fls. 26/29) e o MM. Juiz da \_\_\_ª Vara de Tóxicos, em sua decisão de fls. 30/31, deferido o pedido.

Inconformado com a decisão que concedeu liberdade provisória a Michel, o Ministério Público interpôs RECURSO EM SENTIDO ESTRITO objetivando a reforma da decisão, a fim de que o beneficiado retorne à prisão.

É o breve relatório.

Data *máxima vênia*, a r. decisão que ora se combate merece ser cassada, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

O digno Magistrado concedeu liberdade provisória ao recorrido por entender serem insuficientes os elementos probatórios para comprovar a prática do tráfico de drogas por Michel.

Entendeu, ainda, não estarem presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar por ser o recorrido primário, com profissão definida e residente no foro do delito.

Com a devida vênia, não agiu com o costumeiro acerto o douto Magistrado em sua decisão.

Primeiro, porque há nos autos elementos suficientes a indicarem o envolvimento do recorrido no tráfico de drogas. Como dito alhures, após denúncia anônima, os milicianos abordaram o réu dentro de sua borracharia, local onde foram apreendidos 47 (quarenta e sete) papalotes de cocaína. Além disso, sobreleva notar que Firmino confessou estar guardando o entorpecente em suas declarações na Delegacia (fls. 16/17).

Em suma, nada existe nos autos que autorize a acolhida da excludente, além da palavra do causídico, que não basta para esse fim. Neste particular, o ônus probatório se inverte, à luz do disposto no art. 156, do Código de Processo Penal, sob pena de ser criada uma infalível válvula de escape, já que bastaria ao réu aduzir uma excludente de culpabilidade ou de ilicitude, para conseguir a concessão de sua liberdade provisória/relaxamento de prisão, sob o argumento de que não praticou o delito, imperando, assim, a impunidade. Nesse sentido o professor Jorge Vicente de Paula esclarece em seu livro:

*“Encontramos prevalência na doutrina em lecionar que nos fatos constitutivos de direito o ônus é do acusador, enquanto os fatos impeditivos, extintivos e modificativos incumbem ao acusado. Os fatos constitutivos dizem respeito unicamente à tipicidade e autoria do delito. Portanto, ao acusador compete provar se realizou a conduta típica e que o acusado foi o autor. Ao réu cabe provar os fatos: a) extintivos (v.g., causas de extinção de punibilidade); b) impeditivos, relacionados com a exclusão da vontade livre e consciente de praticar o fato (erro de fato, coação irresistível, causas de extinção da culpabilidade); c) modificativos, que são aqueles que excluem a antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, etc.)”* (Manual da Sentença Penal Condenatória. (Requisitos e Nulidades, Jorge Vicente de Paula, Editora Juruá, ano 2003, p.229).

O Egrégio TJMG tem decidido que a alegação de tortura ou coação moral irresistível deve ser provada pela Defesa. Neste sentido :

*PENAL E PROCESSO PENAL - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - PEDIDO FORMULADO EM PRELIMINAR DE APELAÇÃO - PEDIDO QUE RESTARÁ PREJUDICADO QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO – PRELIMINAR REJEITADA – ROUBO MAJORADO - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - NÃO-RECONHECIMENTO - CO-AUTORIA - DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATO - DECOTE DE MAJORANTES - IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO SEM SUPORTE JURÍDICO - **COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - AUSÊNCIA DE PROVAS - NÃO-RECONHECIMENTO** - RECURSOS IMPROVIDOS. Não cabe apreciar, em preliminar de apelação, a concessão de liberdade provisória para recorrer, uma vez que o pedido encontrar-se-á prejudicado quando do julgamento do recurso. Sendo o apelante co-autor, já que possuía domínio funcional sobre os fatos, não é possível o reconhecimento da causa de diminuição de pena pela participação de menor importância, que só é aplicável ao partícipe. Se todas as majorantes restaram efetivamente comprovadas, não cabe decotá-las pela simples argumentação de que prejudicam a situação do réu. **A exculpante da coação moral irresistível deve ser cabalmente demonstrada pela defesa, não bastando, para tanto, meras alegações, sob pena de se***

***coroar a impunidade.** Fica afastada qualquer hipótese de coação, seja ela irresistível ou resistível, diante das provas de que o apelante foi autor intelectual do crime. Preliminar rejeitada e recursos improvidos.*  
REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. ( **Processo nº 1.0433.05.147505-4/001(1) – Data de Publicação: 02/06/2006 – Relator: HÉLCIO VALENTIM – grifo nosso).**

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO INTERIOR DE CADEIA PÚBLICA - RECURSO DEFENSIVO - EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE - COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - IMPROCEDÊNCIA – **AMEAÇAS À INTEGRIDADE DO APELANTE E DE SUA FAMÍLIA NÃO DEMONSTRADAS – ÔNUS DA DEFESA – INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL** - PEDIDO DE DECOTE DA MAJORANTE DISPOSTA NO ART. 18, IV, DA LEI 6.368/76 - AUSÊNCIA DE VÍRGULA ENTRE AS EXPRESSÕES ""DE LOCAIS DE TRABALHO COLETIVO"" E ""DE ESTABELECIMENTOS PENAIS"", O QUE AS TORNARIA INTRINSECAMENTE VINCULADAS - ERRO MATERIAL NA PUBLICAÇÃO DA LEI JÁ CORRIGIDO - ""MENS LEGIS"" DO ESTATUTO QUE IMPEDE INTERPRETAÇÃO REDUCIONISTA - DECOTE DA REINCIDÊNCIA - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA - ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 - SÚMULA Nº 698 DO STF E 46, DESTA CORTE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL. (Processo nº: 1.0647.00.012599-5/001(1) Data de Publicação: 08/04/2005 Relatora: MÁRCIA MILANEZ) (grifo nosso).

PENAL E PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO DE TÓXICOS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PROVAS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO - TESTEMUNHOS - MEIO DE PROVA VÁLIDO - AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADA - CONDENAÇÃO - PRÁTICA MERCANTIL - CONCURSO DE PESSOAS NO TRÁFICO DE DROGAS - COMPROVAÇÃO SATISFATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AO CASO DO DISPOSTO NO § 4º DO ART 33 DA LEI 11.343/06 - GRATUIDADE DE JUSTIÇA DEFERIDA - ISENÇÃO DE PAGAMENTO NEGADA - RECURSOS PROVIDOS PARCIALMENTE. **1 - Para a condenação do acusado, basta apenas à existência de um quadro suficiente de indícios, todos harmônicos e convergentes a configurar a sua culpa, não podendo ser acatada a incomprovada tese de coação moral irresistível.** 2 - Quando resta suficientemente demonstradas tanto a propriedade quanto destinação que seria dada à droga apreendida, fica comprovado o delito de tráfico de drogas. 3 - Para ser reconhecida a associação prevista no art. 35 da Lei 11.343/06, basta que tenha sido comprovada uma significativa e concreta estabilidade e permanência de desígnios entre os acusados, ao intento de comercializarem drogas ilegais. 4 - Fica vedada a incidência ao caso do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, causa de diminuição da pena, nos casos em que após a análise dos requisitos objetivos e subjetivos do caso concreto, o resultado final demonstrar não se recomendável a sua aplicação. 5 - Não é inconstitucional a vedação da conversão das penas privativas em restritivas de direito prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, já que não se pode confundir a vedação de substituição da pena com a possibilidade de progressão do regime. Este último é que se liga ao princípio da individualização da pena, e caso não fosse possível à progressão de regime é que seria este dispositivo da lei inconstitucional. 6 - O condenado, ainda que pobre no sentido legal, não pode ser isentado do pagamento das custas processuais, que constituem consequência da condenação. Porém, a questão da isenção é matéria a ser discutida e decidida posteriormente, em sede de execução penal DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS (Processo nº: 1.0000.00.338324-7/000(1) – Data de Publicação: 02/12/2008 – Relator: DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS) (grifo nosso).

Diante disso, torna-se inviável a concessão da liberdade provisória, visto que a nova legislação de tóxicos, Lei n.º 11.343/06, em seu artigo 44, explicitamente, proibiu a concessão de tal benefício aos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37.

E, não obstante a inovação trazida pela Lei nº 11.464/07, que, alterando o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, revogou a proibição à liberdade provisória nos crimes hediondos e nos a eles equiparados, subsiste a vedação legal prevista no artigo 44 da Nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), em face do princípio da especialidade, conforme entendimento majoritário do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DA LEI 11.343/06. Verificada a regularidade do auto de prisão em flagrante, não há constrangimento ilegal em se negar o pedido de liberdade provisória ao apelada que responde a processo por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44, da Lei 11.343/06 veda a concessão do benefício aos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, da referida lei. Por outro lado, a Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, não modificou a situação dos réus que respondem por tráfico de drogas, no que se refere à liberdade provisória, já que a Lei de Tóxicos é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos. Habeas corpus denegado. (Habeas Corpus nº 1.0000.07.453995-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Apelada(S): Francisco Carlos Da Silva - Autoridade Coatora: Jd 2 V Cr Comarca Juiz Fora - Relator: Exmo. Sr. Des. Edival José De Moraes).*

Nesse diapasão é o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, corroborando com anteriores decisões do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou que a Lei n.º 11.464/07 não teve o condão de revogar os dispositivos constantes na atual Lei Antidrogas. Vejamos:

*"Informativo STF n. 499 - 02 de abril de 2008: Liberdade Provisória: Lei 11.464/2007 e Tráfico de Drogas – 3-Considerou-se que a inafiançabilidade imposta ao delito imputado ao apelada bastaria para impedir a concessão de liberdade provisória, sendo irrelevante a alteração efetuada pela Lei 11.464/2007 que, mantendo a vedação de fiança, somente retirara uma redundância contida no texto originário do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. **Ressaltou-se que esta Corte possui orientação consolidada no sentido de que a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos e assemelhados decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição à legislação ordinária. Dessa forma, por maiores razões, incabível esse benefício aos presos em flagrante por tráfico de drogas. Ademais, enfatizou-se que a Lei 11.464/2007 não alcançaria os dispositivos legais que cuidam do delito de tráfico de drogas que, ao tempo da sua entrada em vigor, já contava com disciplina específica a respeito (Lei 11.343/2006: "Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico."). Assim, reputou-se que a***

**Lei 11.464/2007 não poderia modificar a disciplina que, quando do seu advento, já constava de lei especial, aplicável à espécie.** Por fim, rejeitou-se a proposta de concessão de habeas corpus de ofício para que o apelada progredisse de regime prisional, porquanto ainda pendente de apreciação recurso da acusação que, se provido, majoraria a pena a período superior ao tempo em que custodiado o apelada. Atentou-se para o fato de que este fora preso em flagrante quando vigente a Lei 11.343/2006, que passou a exigir, na hipótese, o cumprimento de, pelo menos, 2/5 da pena para a progressão. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio que concedia a ordem, de ofício, para que o juízo de primeiro grau analisasse as condições, visando à progressão de regime de cumprimento da pena. HC 93302/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, 25.3.2008. (HC-93302)".

Nesse sentido já se encontra a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (art. 44 da Lei nº 11.343/06). DISPOSITIVO LEGAL DOTADO DE VALIDADE JURÍDICA. RECENTE PRECEDENTE DO STF. PERICULOSIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. **Recente precedente do eq. Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que a expressa vedação legal à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei Federal nº 11.343/06 permanece plenamente em vigor, em consonância com anteriores julgados do eq. Superior Tribunal de Justiça, disposição legal suficiente para a vedação à concessão do mencionado benefício**, notadamente quando houve apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecente na residência de agente que não comprova possuir ocupação lícita'. (Apelação Criminal nº 1.0000.08.468430-7/000, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. MÁRCIA MILANEZ. J. 15/04/2008). (grifo nosso).

Ademais, *in casu*, encontram-se presentes os requisitos da prisão preventiva dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Denota-se imperiosa a necessidade da manutenção da prisão de Michel como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva.

Sobre a questão, ensina o renomado processualista Eugênio Pacelli de Oliveira:

**“Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo a credibilidades das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública.** Tratava-se de caso em que havia fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos do poder público, segundo o seu eminente Relator, Ministro Carlos Brito (QO em HC nº 85.298-SP, Relator para o acórdão, Min. Carlos Brito). Em outra oportunidade, aquela alta Corte justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação, **bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e do tipo de crime (tráfico de drogas)**. Conferir STF – HC 89.525.5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ

09.03.2007)". (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p.436/437) (grifo nosso).

Também nesse sentido:

*"TACRSP: Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida"* (JTACRESP 45/58).

Por derradeiro, deve a prisão do recorrido ser mantida para garantia da aplicação da lei penal, não havendo certeza quanto ao seu verdadeiro endereço.

Observa-se ainda, que a defesa de Firmino não trouxe aos autos quaisquer documentos que comprovem que o mesmo exerça alguma atividade lícita nesta Comarca ou que tenha profissão definida, bem como não há provas de que Firmino possua residência fixa.

Por fim, verifica-se que o requerente não trouxe aos autos qualquer documento hábil a comprovar residência fixa, nem qualquer ocupação lícita, demonstrando não haver vínculos nesta comarca, o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal. Nesse sentido:

*"Habeas Corpus". Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão (...) **'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal'** (...) Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(S): Celso Morais Silva - Coator(Es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues.*

Diante dos argumentos expostos e por outros que não escaparão ao descortino da Colenda Câmara, aguarda o Ministério Público o provimento do recurso para reformar a r. decisão, restaurando a prisão de **Fulano de Tal**.

Local, data.

**JORGE TOBIAS DE SOUZA**

*Promotor de Justiça*

**II Mandado de Segurança para concessão de efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito contra decisão que concede liberdade provisória**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO  
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Promotor de Justiça com atribuição junto às Varas de Tóxicos desta Capital, com fundamento no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, no artigo 1º e seguintes da Lei nº 12.016/2009, artigo 32, inciso I, da Lei Federal nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido liminar**, contra ato do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 3ª Vara de Tóxicos, Dr. Adriano de Mesquita Carneiro, que proferiu decisão de concessão de liberdade provisória nos autos de nº 0024.10.060.850-4, a favor de Firmino Miranda de Souza, para que seja **CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** interposto, conforme cópia que segue anexa, pelos motivos que passa expor e ao final requerer:

**1 – Dos fatos:**

Compulsando a cópia do Auto de Prisão em Flagrante Delito, verifica-se que no dia dos fatos, motivados por uma denúncia de transeuntes delatando a ocorrência de tráfico de drogas em uma borracharia de propriedade do autuado Firmino Miranda de Souza, policiais militares compareceram ao estabelecimento comercial e abordaram o autuado, o qual, bastante nervoso, ao avistar a guarnição tentou adentrar em um quarto portando duas caixas.

Dentro das referidas caixas os milicianos apreenderam 13 (treze) papérolas de cocaína, bem como um celular da marca Siemens. Procedida busca pessoal, foi apreendido em poder do autuado um cartucho calibre 38 intacto.

Após serem informados pelo autuado, os policiais militares apreenderam ainda 34 (trinta e quatro) papérolas da mesma substância que Firmino guardava e mantinha em depósito, totalizando-se assim, 47 (quarenta e sete) invólucros plásticos de cocaína.

Além do mais, foi apreendida a quantia de R\$484,44 (quatrocentos e oitenta e quatro reais e quarenta e quatro centavos).

Ouvido na Delegacia (fls. 16) o autuado confessou que estava guardando os entorpecentes a pedido de quatro indivíduos que o teriam ameaçado para tanto, sendo que tinha plena consciência de que o material tratava-se de substância entorpecente.

A defesa de Firmino aviou pedido de liberdade provisória, tendo o Ministério Público exarado parecer contrário em data de 15 de março de 2010 (vide fls. 26/29) e o MM. Juiz da 3ª Vara de Tóxicos, em sua decisão de fls. 30/31, deferido o pedido.

Inconformado com a decisão que concedeu liberdade provisória a Michel, o Ministério Público interpôs RECURSO EM SENTIDO ESTRITO objetivando a reforma da decisão, a fim de que o beneficiado retorne à prisão.

Outrossim, dada a inexistência de efeito suspensivo ao recurso interposto, busca o impetrante pelo presente *mandamus*, o efeito suspensivo ao seu Recurso em Sentido Estrito, para o fim de, cancelado o benefício da liberdade provisória ilegítimamente concedida, fazer o autuado retornar à prisão onde se encontrava, até final julgamento nessa Instância Superior.

## **2 - Da Legitimidade e Capacidade Postulatória:**

Consoante o preconizado no artigo 32, inciso I, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e no artigo 74, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994, a capacidade postulatória e a legitimidade do impetrante restam positivadas.

De igual forma, a jurisprudência pátria apresenta-se pacífica. A propósito, vale ressaltar os seguintes julgados:

*MANDADO DE SEGURANÇA - Ato judicial Impetração por Promotor de Justiça diretamente na Instância Superior - Admissibilidade – Ato judicial ilegal ou violador do direito, ilíquido e certo, pacíficas a 'legitimatío ad causam' e a plena capacidade postularia - Presença, ademais, de 'periculum in mora' e 'fumus boni juri' 'Writ' conhecido. (RT 6481296 TACrim – 2ª Câm. Rel. Juiz Ribeiro Machado).*

*MANDADO DE SEGURANÇA – Ato judicial Impetração por Promotor de Justiça contra decisão de juiz de 1º grau 'legitimidade ad causam' por ser o Ministério Público parte na relação jurídica processual penal (RT 6441337 STF Rel. Min. Moreira Alves).*

## **3 - Do Cabimento do Mandado:**

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm admitido a concessão do *writ* para ser imposto o efeito suspensivo aos recursos que, a princípio, tramitam somente no efeito devolutivo, visando reparar direito líquido e certo que tenha sido violado.

É este o posicionamento dominante dos nossos tribunais:

**"Cabe mandado de segurança contra decisão judicial, para dar efeito suspensivo a recurso que não o tem, se houver a possibilidade de dano irreparável.** (TJSP MS n. 264.589 Rel. Gonzaga Júnior) (Grifo Nosso).

*"O enunciado da Súmula 267 comporta exceção, no caso em que, além da não suspensividade do recurso e da ilegalidade do ato impugnado deste advenha dano irreparável, cabalmente demonstrado"* (STF RE 76.909 Rel Min. Antonio Neder; STF RE 90.653 - Rel. Min. Décio Miranda).

No presente caso, o impetrante busca a imposição do efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito, visando evitar que seja ferido direito líquido e certo.

#### **4 - Do Direito Líquido e Certo:**

O digno Magistrado concedeu liberdade provisória ao atuado por entender serem insuficientes os elementos probatórios para comprovar a prática do tráfico de drogas por Michel.

Entendeu, ainda, não estarem presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar por ser Michel primário, com profissão definida e residente no foro do delito.

Com a devida vênia, não agiu com o costumeiro acerto o douto Magistrado em sua decisão.

Primeiro, porque há nos autos elementos suficientes a indicarem o envolvimento do atuado no tráfico de drogas. Como dito alhures, após denúncia anônima, os milicianos abordaram o réu dentro de seu estabelecimento comercial, local onde foram apreendidos 47 (quarenta e sete) invólucros de cocaína, bem como a quantia de R\$484,44. Além disso, sobreleva notar que Firmino confessou que guardava o entorpecente no local em suas declarações na Delegacia (fls. 16/17).

Em suma, nada existe nos autos que autorize a acolhida da excludente, além da palavra do causídico, que não basta para esse fim. Neste particular, o ônus probatório se inverte, à luz do disposto no art. 156, do Código de Processo Penal, sob pena de ser criada uma infalível válvula de escape, já que bastaria ao réu aduzir uma excludente de culpabilidade ou de ilicitude, para conseguir a concessão de sua liberdade provisória/relaxamento de prisão, sob o argumento de que não praticou o delito, imperando, assim, a impunidade. Nesse sentido o professor Jorge Vicente de Paula esclarece em seu livro:

“Encontramos prevalência na doutrina em lecionar que nos fatos constitutivos de direito o ônus é do acusador, enquanto os fatos impeditivos, extintivos e modificativos incumbem ao acusado. Os fatos constitutivos dizem respeito unicamente à tipicidade e autoria do delito. Portanto, ao acusador compete provar se realizou a conduta típica e que o acusado foi o autor. Ao réu cabe provar os fatos: a) extintivos (v.g., causas de extinção de punibilidade); b) impeditivos, relacionados com a exclusão da vontade livre e consciente de praticar o fato (erro de fato, coação irresistível, causas de extinção da culpabilidade); c) modificativos, que são aqueles que excluem a antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, etc.)” (Manual da Sentença Penal Condenatória. (Requisitos e Nulidades, Jorge Vicente de Paula, Editora Juruá, ano 2003, p.229).

O Egrégio TJMG tem decidido que a alegação de tortura ou coação moral irresistível deve ser provada pela Defesa. Neste sentido :

PENAL E PROCESSO PENAL - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - PEDIDO FORMULADO EM PRELIMINAR DE APELAÇÃO - PEDIDO QUE RESTARÁ PREJUDICADO QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO – PRELIMINAR REJEITADA – ROUBO MAJORADO - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - NÃO-RECONHECIMENTO - CO-AUTORIA - DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATO - DECOTE DE MAJORANTES - IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO SEM SUPORTE JURÍDICO - **COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - AUSÊNCIA DE PROVAS - NÃO-RECONHECIMENTO** - RECURSOS IMPROVIDOS. Não cabe apreciar, em preliminar de apelação, a concessão de liberdade provisória para recorrer, uma vez que o pedido encontrar-se-á prejudicado quando do julgamento do recurso. Sendo o apelante co-autor, já que possuía domínio funcional sobre os fatos, não é possível o reconhecimento da causa de diminuição de pena pela participação de menor importância, que só é aplicável ao partícipe. Se todas as majorantes restaram efetivamente comprovadas, não cabe decotá-las pela simples argumentação de que prejudicam a situação do réu. **A exculpante da coação moral irresistível deve ser cabalmente demonstrada pela defesa, não bastando, para tanto, meras alegações, sob pena de se coroar a impunidade.** Fica afastada qualquer hipótese de coação, seja ela irresistível ou resistível, diante das provas de que o apelante foi autor intelectual do crime. Preliminar rejeitada e recursos improvidos.  
REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. ( **Processo nº 1.0433.05.147505-4/001(1) – Data de Publicação:** 02/06/2006 – **Relator:** HÉLCIO VALENTIM – grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO INTERIOR DE CADEIA PÚBLICA - RECURSO DEFENSIVO - EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE - COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - IMPROCEDÊNCIA – **AMEAÇAS À INTEGRIDADE DO APELANTE E DE SUA FAMÍLIA NÃO DEMONSTRADAS – ÔNUS DA DEFESA – INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL** - PEDIDO DE DECOTE DA MAJORANTE DISPOSTA NO ART. 18, IV, DA LEI 6.368/76 - AUSÊNCIA DE VÍRGULA ENTRE AS EXPRESSÕES “DE LOCAIS DE TRABALHO COLETIVO” E “DE ESTABELECIMENTOS PENAIS”, O QUE AS TORNARIA INTRINSECAMENTE VINCULADAS - ERRO MATERIAL NA PUBLICAÇÃO DA LEI JÁ CORRIGIDO - “MENS LEGIS” DO ESTATUTO QUE IMPEDE INTERPRETAÇÃO REDUCIONISTA - DECOTE DA REINCIDÊNCIA - RÉGIME INTEGRALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA - ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 - SÚMULA Nº 698 DO STF E 46, DESTA CORTE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL. (**Processo nº: 1.0647.00.012599-5/001(1) Data de Publicação:** 08/04/2005 **Relatora:** MÁRCIA MILANEZ) (grifo nosso).

PENAL E PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO DE TÓXICOS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PROVAS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO - TESTEMUNHOS - MEIO DE PROVA VÁLIDO - AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADA - CONDENAÇÃO - PRÁTICA MERCANTIL - CONCURSO DE PESSOAS NO TRÁFICO DE DROGAS - COMPROVAÇÃO SATISFATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AO CASO DO DISPOSTO NO § 4º DO ART 33 DA LEI 11.343/06 - GRATUIDADE DE JUSTIÇA DEFERIDA - ISENÇÃO DE PAGAMENTO NEGADA - RECURSOS PROVIDOS PARCIALMENTE. **1 - Para a condenação do acusado, basta apenas à**

**existência de um quadro suficiente de indícios, todos harmônicos e convergentes a configurar a sua culpa, não podendo ser acatada a incomprovada tese de coação moral irresistível.** 2 - Quando resta suficientemente demonstradas tanto a propriedade quanto destinação que seria dada à droga apreendida, fica comprovado o delito de tráfico de drogas. 3 - Para ser reconhecida a associação prevista no art. 35 da Lei 11.343/06, basta que tenha sido comprovada uma significativa e concreta estabilidade e permanência de designios entre os acusados, ao intento de comercializarem drogas ilegais. 4 - Fica vedada a incidência ao caso do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, causa de diminuição da pena, nos casos em que após a análise dos requisitos objetivos e subjetivos do caso concreto, o resultado final demonstrar não se recomendável a sua aplicação. 5 - Não é inconstitucional a vedação da conversão das penas privativas em restritivas de direito prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, já que não se pode confundir a vedação de substituição da pena com a possibilidade de progressão do regime. Este último é que se liga ao princípio da individualização da pena, e caso não fosse possível à progressão de regime é que seria este dispositivo da lei inconstitucional. 6 - O condenado, ainda que pobre no sentido legal, não pode ser isentado do pagamento das custas processuais, que constituem consequência da condenação. Porém, a questão da isenção é matéria a ser discutida e decidida posteriormente, em sede de execução penal DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS (Processo nº: 1.0000.00.338324-7/000(1) – Data de Publicação: 02/12/2008 – Relator: DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS) (grifo nosso).

Diante disso, torna-se inviável a concessão da liberdade provisória, visto que a nova legislação de tóxicos, Lei n.º 11.343/06, em seu artigo 44, explicitamente, proibiu a concessão de tal benefício aos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37.

E, não obstante a inovação trazida pela Lei nº 11.464/07, que, alterando o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, revogou a proibição à liberdade provisória nos crimes hediondos e nos a eles equiparados, subsiste a vedação legal prevista no artigo 44 da Nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), em face do princípio da especialidade, conforme entendimento majoritário do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DA LEI 11.343/06. Verificada a regularidade do auto de prisão em flagrante, não há constrangimento ilegal em se negar o pedido de liberdade provisória ao apelada que responde a processo por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44, da Lei 11.343/06 veda a concessão do benefício aos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, da referida lei. Por outro lado, a Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, não modificou a situação dos réus que respondem por tráfico de drogas, no que se refere à liberdade provisória, já que a Lei de Tóxicos é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos. Habeas corpus denegado. (Habeas Corpus nº 1.0000.07.453995-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Apelada(S): Francisco Carlos Da Silva - Autoridade Coatora: Jd 2 V Cr Comarca Juiz Fora - Relator: Exmo. Sr. Des. Edival José De Moraes).*

Nesse diapasão é o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, corroborando com anteriores decisões do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou que a Lei n.º 11.464/07 não teve o condão de revogar os dispositivos constantes na atual Lei Antidrogas. Vejamos:

*"Informativo STF n. 499 - 02 de abril de 2008: Liberdade Provisória: Lei 11.464/2007 e Tráfico de Drogas – 3-Considerou-se que a inafiançabilidade imposta ao delito imputado ao apelada bastaria para impedir a concessão de liberdade provisória, sendo irrelevante a alteração efetuada pela Lei 11.464/2007 que, mantendo a vedação de fiança, somente retirara uma redundância contida no texto originário do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. **Ressaltou-se que esta Corte possui orientação consolidada no sentido de que a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos e assemelhados decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição à legislação ordinária. Dessa forma, por maiores razões, incabível esse benefício aos presos em flagrante por tráfico de drogas. Ademais, enfatizou-se que a Lei 11.464/2007 não alcançaria os dispositivos legais que cuidam do delito de tráfico de drogas que, ao tempo da sua entrada em vigor, já contava com disciplina específica a respeito (Lei 11.343/2006: "Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico."). Assim, reputou-se que a Lei 11.464/2007 não poderia modificar a disciplina que, quando do seu advento, já constava de lei especial, aplicável à espécie**. Por fim, rejeitou-se a proposta de concessão de habeas corpus de ofício para que o apelada progredisse de regime prisional, porquanto ainda pendente de apreciação recurso da acusação que, se provido, majoraria a pena a período superior ao tempo em que custodiado o apelada. Atentou-se para o fato de que este fora preso em flagrante quando vigente a Lei 11.343/2006, que passou a exigir, na hipótese, o cumprimento de, pelo menos, 2/5 da pena para a progressão. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio que concedia a ordem, de ofício, para que o juízo de primeiro grau analisasse as condições, visando à progressão de regime de cumprimento da pena. HC 93302/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, 25.3.2008. (HC-93302)".*

Nesse sentido já se encontra a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (art. 44 da Lei nº 11.343/06). DISPOSITIVO LEGAL DOTADO DE VALIDADE JURÍDICA. RECENTE PRECEDENTE DO STF. PERICULOSIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. **Recente precedente do eq. Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que a expressa vedação legal à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei Federal nº 11.343/06 permanece plenamente em vigor, em consonância com anteriores julgados do eq. Superior Tribunal de Justiça, disposição legal suficiente para a vedação à concessão do mencionado benefício, notadamente quando houve apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecente na residência de agente que não comprova possuir ocupação lícita**. (Apelação Criminal nº 1.0000.08.468430-7/000, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. MÁRCIA MILANEZ. J. 15/04/2008). (grifo nosso).

Ademais, *in casu*, encontram-se presentes os requisitos da prisão preventiva dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Denota-se imperiosa a necessidade da manutenção da prisão de Michel como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes serem afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva.

Sobre a questão, ensina o renomado processualista Eugênio Pacelli de Oliveira:

**“Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo a credibilidades das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública.** Tratava-se de caso em que havia fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos do poder público, segundo o seu eminente Relator, Ministro Carlos Brito (QO em HC nº 85.298-SP, Relator para o acórdão, Min. Carlos Britto). Em outra oportunidade, aquela alta Corte justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação, **bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e do tipo de crime (tráfico de drogas)**. Conferir STF – HC 89.525.5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.03.2007”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p.436/437) (grifo nosso).

Também nesse sentido:

**“TACRSP: Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida”** (JTACRESP 45/58).

Por fim, verifica-se que o requerente não trouxe aos autos qualquer documento hábil a comprovar residência fixa, nem qualquer ocupação lícita, demonstrando não haver

vínculos nesta comarca, o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal. Nesse sentido:

*"Habeas Corpus". Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão (...) 'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal' (...) Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(S): Celso Morais Silva - Coator(Es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues.*

Por derradeiro, deve a prisão de Firmino ser mantida para garantia da aplicação da lei penal, não havendo certeza quanto ao seu verdadeiro endereço.

Assim, o direito líquido e certo do impetrante decorre de evidente desrespeito aos ditames legais, posto que, conceder-se, como ocorreu, a liberdade provisória a indiciado por tráfico de drogas consiste em flagrante desrespeito à norma existente, qual seja, o artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006.

#### **5 - Do *Fumus Boni Juris* e do *Periculum in mora*:**

O *fumus boni júrís* se faz presente, tanto que a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm admitido reiteradamente que, através de mandado de segurança, se busque dar efeito suspensivo a recursos que, por lei, só tenham efeito devolutivo.

Do mesmo modo, apresenta-se evidente o *periculum in mora*, eis que caso não haja feito suspensivo, até o efetivo julgamento do recurso em sentido estrito, Firmino poderá, em liberdade, aproveitando-se da oportunidade que lhe foi concedida indevidamente, praticar outros delitos e acabar retirando a paz e a tranqüilidade de inúmeras famílias de bem.

É por isso que a lei, amparada pela Constituição Federal, presume a periculosidade dos traficantes de drogas, sendo certo que, na maioria das vezes, em liberdade, as pessoas envolvidas em delitos desse tipo, além de estarem sujeitos à reincidência, tudo fazem para fugir da responsabilização criminal.

Assim, permitir a Firmino que aguarde em liberdade o resultado do Recurso em Sentido Estrito é assumir o risco de vê-lo voltar ao submundo do crime, o que não se pode admitir.

Diante do exposto encontra-se presente o perigo da demora, justificador da segurança, em razão da probabilidade de dano irreparável decorrente da demora normal de apreciação do recurso do Ministério Público.

#### **6 - Do Pedido:**

Ante todo o exposto, com especial destaque à ilegalidade da concessão do direito da liberdade provisória a Michel dos Santos Alves, requer que, com a concessão de efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito do Ministério Público, venha a ser cancelado o referido benefício ilegalmente concedido.

#### **7 - Da Liminar:**

Deflui de tudo o que foi exposto serem relevantes os motivos do presente Mandado de Segurança, impondo-se a concessão de LIMINAR, para retorno do atuado Firmino Miranda de Souza ao estabelecimento prisional onde estava recolhido, sem o que, o presente mandado terá o seu objeto prejudicado até ser definitivamente julgado.

Por derradeiro, requer o impetrante a notificação da douda autoridade, dita coatora, consoante estabelece o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009, bem como que dê ciência do feito à presidência do e. Tribunal de Justiça (art. 7º, inciso II, da Lei n.º 12.016/2009), além da intimação da respeitável defesa do atuado, na condição de litisconsorte passivo necessário, prosseguindo-se até final confirmação definitiva da liminar e deferimento da segurança.

Acompanham o presente Mandado de Segurança as seguintes peças, todas em cópias:

- Cópia dos autos da Liberdade Provisória;

- Cópia do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público.

Nestes termos

Pede deferimento

Local, data.

**JORGE TOBIAS DE SOUZA**  
**Promotor de Justiça**

*A.4 – Pedido de retorno para delegacia de polícia para cumprimento de diligências no caso de inquérito policial em que o indiciado esteja preso*

Preliminarmente, não se pode olvidar que, nos termos do art. 51 parágrafo único da Lei n.º 11343/06, o prazo de 30 (trinta) dias para conclusão do inquérito policial em que o indiciado está preso pode ser duplicado pelo Juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária. Não obstante não existir previsão legal de outra possibilidade de prorrogação de prazo não se pode olvidar que o excesso de prazo para formação da culpa deve ser contado de forma global. Neste sentido o escólio pretoriano :

*“HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – PRESSUPOSTOS – GRAVIDADE DO CRIME – CABIMENTO – EXCESSO DE PRAZO – INOCORRÊNCIA – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – ANÁLISE – Inexiste constrangimento ilegal na decisão que decreta prisão preventiva em casos de delitos considerados violentos, cometidos supostamente por quadrilha armada, a causar efetivamente clamor público perante a sociedade local. O prazo determinado pela Lei Processual para conclusão da instrução na hipótese de réu preso deverá ser contado de forma global e não individualmente, em cada fase do procedimento. A análise de eventual incompetência do juízo não prescinde de incidente próprio, por via de oposição de exceção, não cabendo sua apreciação em sede de Habeas Corpus. Ordem que se denega” (TJMG – HC 000.308.811-9/00 – 1ª C. Crim. – Rel. Des. Tibagy Salles – j.05-11-2002). (Grifo nosso).*

Nesse diapasão, o Promotor de Justiça pode, **em casos excepcionais**, requerer o retorno dos autos a Delegacia de Polícia, mesmo que decorrido o prazo de 30 (trinta) dias ou de 60 (sessenta) dias, para que seja cumprida diligência fundamental para o ajuizamento da ação penal. Logicamente, tal pedido de diligência deve ter seu lapso temporal calculado de forma que até o seu retorno não venha a ser extrapolado o prazo global para formação da culpa (computando-se, inclusive, a necessidade de sobrar tempo para os prazos a serem dados para a Defesa apresentar a defesa prévia e um mínimo de tempo para que o magistrado possa receber a denúncia e designar a AIJ), sob pena de redundar em constrangimento ilegal.

#### A.5 – Do prazo para formação da culpa

Hoje em dia o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais estabeleceu o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para conclusão do processo. Nesse sentido a jurisprudência:

*"HABEAS CORPUS' - TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO PARA O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 'A Nova Lei de Tóxicos, de n. 11.343/06, ampliou o prazo para o término da instrução criminal, que pode compor pelo menos 180 dias, mormente nos grandes centros urbanos. Precedentes'." (TJMG - HC 1.0000.07.451924-0/000 - Rel. Des<sup>a</sup>. Márcia Milanez - DJMG 17.04.2007).*

*"HABEAS CORPUS' - TRÁFICO - PRAZO DE 180 DIAS PARA A FORMAÇÃO DA CULPA - LEI 11.343/06 - EXCESSO INEXISTENTE. Na atual legislação antidrogas o crime de tráfico apresenta prazo de 180 dias para a formação da culpa. Ordem denegada." (TJMG - HC 1.0000.07.452702-9/000 - Rel. Des. Judimar Biber - DJMG 15.05.2007).*

*"HABEAS CORPUS' - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - EXCESSO DE PRAZO PARA O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - A nova lei de tóxicos, de n<sup>o</sup> 11.343/06, ampliou o prazo para o término da instrução criminal, que pode compor pelo menos 180 dias". (TJMG - HC 1.0000.07.453718-4/000 - Rel. Des. José Antonino Baía Borges - DJMG 06.06.2007).*

#### A.6 - A homologação da prisão em flagrante delito

O art. 50 da Lei n.º 11.343/06 estabelece que ocorrendo a prisão em flagrante delito, à autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas. Assim, pergunta-se : Em que momento se dá a homologação da prisão em flagrante delito, antes ou depois da manifestação do Ministério Público ?

A respeito de tal questão o Juiz Federal Zenildo Bodnar assim se manifestou:

“Uma questão que pode suscitar controvérsias na interpretação do dispositivo legal supracitado é se é necessária a oitiva prévia do Ministério Público como condição para a homologação ou o relaxamento da prisão em flagrante. Isso em função de o art. 52 estabelecer que do auto de prisão em flagrante delito será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas. Pela análise sistemática e teleológica da norma antes referida e principalmente buscando adequá-la à melhor interpretação constitucional, tem-se que a decisão judicial acerca da homologação ou do relaxamento do flagrante deverá ser proferida antes da vista dos autos ao Ministério Público para que sejam assegurados em plenitude e com brevidade necessária às garantias constitucionais do acusado. Essa interpretação deve prevalecer tendo em vista que entre o direito da acusação de ter vista dos autos para eventualmente resguardar a efetividade da jurisdição e os direitos fundamentais da pessoa humana acusada (dignidade humana, não consideração prévia de culpabilidade, liberdade provisória, dentre outras), estes devem ser prestigiados. Ademais, a manifestação opinativa do Ministério Público, apenas com base nos elementos probatórios constantes na comunicação do flagrante, não irá alterar o quadro fático existente. Também nada impede que após o relaxamento do flagrante seja determinada a prisão preventiva do investigado quando esta for realmente necessária” (Nova Lei Antidrogas, Teoria, Crítica e Comentários à Lei n.º 11343/06, Abel Fernandes Gomes, Antônio César Bochnek, Flávio Lucas, Frederico Valdez, Marcelo Granado e Zenildo Bodnar, Editora Impetus, 1ª edição, 2ª tiragem, pág.173/174).

O fato da homologação pelo Magistrado se dar antes da manifestação ministerial não causa qualquer prejuízo, seja ao atuado, seja a atuação do titular da ação penal. Caso o Promotor de Justiça entenda que o tipo não se enquadra na tipificação provisória dada pela Autoridade Policial em sua manifestação poderá requerer o relaxamento da prisão, restando ao Magistrado a opção de concordar com o ato ou remeter os autos, com as razões de sua discordância, para o Procurador Geral de Justiça, fazendo analogia ao art. 28 do CPP. No caso do Magistrado ter relaxado a prisão por entendê-la arbitrária, caso o Promotor de Justiça discorde de tal posicionamento poderá ajuizar o recurso em sentido estrito (art. 581, inciso V, do CPP) e o mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito.

Cabe ressaltar que a comunicação da prisão diretamente ao Ministério Público já era estabelecida no art. 10 da Lei Complementar n.º 75 de 20/05/1993.

#### *A.7 - O testemunho nos processos de tráfico de drogas*

O delito de tráfico de drogas por ser perpetrado de forma clandestina, ou seja, longe dos olhares da população de uma forma geral, e com o máximo de discrição, torna quase impossível a uma pessoa do povo assistir a sua prática. Além disto, quando ocorre em aglomerados as pessoas que ali residem não querem tomar partido, pois testemunhar contra um traficante de drogas, na maioria das vezes, redundará em retaliação por parte de tais criminosos que são capazes de matar só para mostrar o seu poderio na localidade. Por sua vez, quando o tráfico de drogas é cometido no interior de uma boate, a maioria das pessoas próximas ao traficante de droga ou são consumidores do mesmo ou estão no local para se divertir ou a trabalho, sendo que qualquer destas condições é um obstáculo para a Polícia conseguir arrolá-las como testemunhas. Quem trabalha teme porque é facilmente localizável, já quem ali está a passeio, não tem interesse em largar seu lazer para se envolver numa questão que só lhe trará dissabores. A dificuldade é tanta para se conseguir o apoio popular para combater tal prática ilícita que o estado se viu forçado a criar os denominados disque-denúncias, que garantem o anonimato de toda pessoa que quiser delatar tal prática criminosa, sem incorrer em risco para sua própria vida. O jornal Estado de Minas em uma reportagem de 09 de julho de 2008 salientou a importância de tal iniciativa governamental, divulgando que apenas nos 06 (seis) primeiros meses de 2008 o Disque-Denúncia Unificado (181) recebeu 13334 denúncias de tráfico de drogas. Tal empenho da população em ajudar a combater a violência na Região Metropolitana de Belo Horizonte começou a render os primeiros resultados, já que o balanço do serviço Disque-Denúncia Unificado (181) mostrou que nos seis primeiros meses do ano de 2008 as informações passadas por moradores levaram à prisão de 1133 pessoas, além da apreensão de 1546 quilos de drogas, 282 armas de fogo e 12 mil munições. Quanto a validade das denúncias anônimas para encetar diligências policiais a jurisprudência pátria :

**“A denúncia anônima não é ato ilícito, sendo incapaz de viciar a investigação criminal, encontrando amplo fundamento constitucional, por visar a preservação da ordem pública e garantir, paralelamente, a incolumidade dos denunciadores, ambos objetivos fundamentais de todo o sistema da segurança pública previsto na Constituição Federal (art. 144, caput).”** APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.07.765340-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): PEDRO HENRIQUE PEREIRA DA CRUZ - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ADILSON LAMOUNIER

**“Denúncia anônima não é inconstitucional nem, tampouco, causa de nulidade do processo criminal.”** APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.05.703012-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): EDMAR MARQUES SOARES PRIMEIRO(A)(S), MAURIZETE MARCIANO SEGUNDO(A)(S), ELIANA PIMENTA MARCIANO SEGUNDO(A)(S) - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

EMENTA- APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DENÚNCIA ANÔNIMA. CONSTITUCIONALIDADE - DEPOIMENTO DE POLICIAIS - VALIDADE - AUTORIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA NO MÍNIMO - SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA - VEDAÇÃO LEGAL. - **O dispositivo constitucional que veda o anonimato não se aplica à hipótese de denúncia anônima, essencial à apuração de delitos graves como o tráfico de drogas, corriqueiramente praticado na clandestinidade.**(...) (nº 1.0024.07.673244-5/001(1)-Rel. ELI LUCAS DE MENDONÇA-Data julgamento: 30/07/2008-Data da publicação: 20/08/2008).

Assim, se constata que as pessoas têm medo de se envolver diretamente em tais ocorrências policiais, sendo que tal realidade é reconhecida pelos Tribunais de Justiça de todo o Brasil. Nesse sentido o escólio pretoriano :

TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PROVA – TESTEMUNHAS NÃO INTEGRANTES DA EQUIPE POLICIAL – **DIFICULDADE DE RECRUTÁ-LA FACE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS HOSTIS DO NARCOTRÁFICO** – CREDIBILIDADE AO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS ATUANTES NA OCORRÊNCIA – **Por demais notório e a ninguém é dado ignorar, que onde grassa o submundo do narcotráfico, dificilmente se encontrará alguém insuspeito e disposto a incriminar com seu testemunho traficantes ou usuários. Impera no ambiente a lei do silêncio, via de regra todos a assumirem a clássica postura dos três macaquinhos: não vi, não ouvi, não falei.** (TJSP – ACr 278.033-3 – São Paulo – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Gonçalves Nogueira – J. 09.11.1999 – v.u.)-(grifo nosso).

TRÁFICO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - DISPENSABILIDADE DE PROVA DE ATOS DE COMÉRCIO - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA DIVIDIDA E PREPARADA PARA A DISTRIBUIÇÃO - **DENÚNCIA ANÔNIMA - DEMAIS INDÍCIOS.** É inquestionável a existência do tráfico, se o réu é flagrado atirando para longe sacola contendo onze invólucros contendo maconha, devidamente preparadas para a distribuição, sendo válido o depoimento dos policiais conforme interativas decisões do Supremo Tribunal Federal, mormente porque a prova da mercancia não se faz apenas de maneira direta, mas, também, por indícios que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção, a exemplo de denúncia anônima, incompatibilidade da condição financeira com a aquisição da droga, da existência de denúncia anônima e da razoável quantidade de droga apreendida em poder do réu em plena via pública. Recurso não provido. (TJMG. ACr. 1.0024.08.979931-6/001. 1ª Cam. Crim. Rel. JUDIMAR BIBER. J. 16/01/2009 – grifo nosso).

Número do processo: 1.0024.04.356868-2/001(1) Numeração Única: 3568682-

48.2004.8.13.0024 Relator: GUDESTEU BIBER Relator do Acórdão: GUDESTEU BIBER Data do

Julgamento: 16/11/2004 Data da Publicação: 19/11/2004 Inteiro Teor: EMENTA: Tóxicos -

Tráfico - Prova - **Depoimento Policial - Validade** - Critérios especiais da pena de multa - É

iterativa a jurisprudência de nossos tribunais no sentido de que os policiais, civis ou militares,

mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor,

*pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. - Recurso conhecido e parcialmente provido. Não é de estranhar a inexistência de testemunhas civis sobre a ação dos agentes da autoridade dentro da casa da apelante e, em particular, sobre sua atividade criminosa. Ninguém desconhece que em diligências policiais realizadas em favelas para a prevenção e repressão ao tráfico de drogas, dificilmente os agentes da autoridade contam com a boa vontade dos moradores para testemunhar a prisão de traficantes. O que prevalece nesses locais, infelizmente, é a lei do silêncio ditada pelos mais perigosos marginais. E quem ousar desobedecê-los sabe que a retaliação vem a galope. E como a maioria da população é de gente humilde, pobre, trabalhador braçal, não tendo nenhuma condição de abandonar o local, acaba se submetendo a tantos constrangimentos. No caso específico, não há porque descrer dos testemunhos dos policiais militares participantes da diligência, ainda mais se a defesa não contraditou os seus depoimentos e nem trouxe aos autos nenhum elemento sério capaz de invalidar os seus relatos. Atualmente é iterativa a jurisprudência dos nossos tribunais no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos pela simples condição funcional. (grifo nosso).*

Nesse mesmo sentido, é o voto prolatado com muita propriedade pelo Ilustre Desembagador do TJMG, Alexandre Victor de Carvalho:

*“A defesa questiona o fato de testemunhas civis, moradores da região, não terem sido arroladas. É notório que aqueles que vivem em regiões em que prevalece o tráfico de drogas sentem-se, e efetivamente são, atormentados pela atividade ilícita e seus agentes. Não se espera, para a condenação de réus pelo delito em apreço, que moradores do local venham em juízo afirmar que conhecem a condição de traficante e que presenciam a circulação de drogas atribuídas a um ou outro”* (Número do processo: 1.0024.08.996943-0/001(1) Numeração Única: 9969430-68.2008.8.13.0024 Precisão: 6 Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO Data do Julgamento: 15/12/2009. Data da Publicação: 27/01/2010)

Nesse diapasão, como resolver tal questão ? Seria correto deixar impune os traficantes de droga em razão da denominada “Lei do Silêncio” que foi criada pelos próprios malfeitores ? A jurisprudência pátria, ao reconhecer tal situação, conforme mostrado alhures, passou a basear suas decisões nas principais testemunhas dos fatos, sendo, talvez, estas as

únicas que ainda não se curvaram às ameaças do crime organizado, no caso, os policiais que atuaram na abordagem e prisão de tais criminosos. Nota-se que tais testemunhas compareceram no local preocupadas em notar detalhes, já que foram treinadas para coibir uma prática criminosa cuja principal característica é a maneira discreta como é perpetrada. Ademais, não existe razão plausível para desmerecer seus depoimentos, já que fugiria a razoabilidade o Estado dotar seu agentes de meios para garantir a ordem pública e quando estes viessem prestar contas de seu serviço não fossem valoradas suas declarações como ocorre com qualquer outra testemunha. A respeito da importância do depoimento dos policiais assim tem se manifestado a jurisprudência pátria :

*APELAÇÃO CRIMINAL – TÓXICO – TRÁFICO – ABSOLVIÇÃO IMPOSSIBILIDADE – DELAÇÃO DE CO-RÉU – **Valor probante reconhecido, eis que em consonância com os demais elementos de convicção. Depoimento de policial. Validade. Para que se desconsidere o testemunho policial é necessário demonstrar algum interesse por parte do mesmo no deslinde da investigação, ou que não se coaduna com o restante do acervo probatório.** Autoria e materialidade comprovadas condenação mantida. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Cabimento, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP. Recurso parcialmente provido. (TJMG – ACr 000.250.405-8/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Sérgio Resende – J. 22.11.2001)-(grifo nosso).*

*EMENTA - TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE PROVA TESTEMUNHAL - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - CORROBORAÇÃO POR DELAÇÕES DE USUÁRIAS - INDÍCIOS VEEMENTES - DENÚNCIAS ANÔNIMAS. **É torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, principalmente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional. Se não demonstrado seu interesse direto na condenação do réu, têm eles o direito de sustentar a legitimidade do trabalho que realizaram, mormente se suas palavras encontram respaldo nas delações de usuárias e demais provas colhidas nos autos** - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - AGENTE PRESO EM FLAGRANTE COM 10 (DEZ) PEDRAS DE CRACK e 06 (SEIS) BUCHAS DE MACONHA - DELITO CARACTERIZADO. Inadmissível o pedido de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei Federal 11.343/2006, quando o volume de droga é incompatível com a destinação declinada e os elementos indiciários coligidos com as provas existentes não sustentam o uso próprio, mormente quando haja notícia de que o réu estaria se dedicando à atividade de tráfico e já foi condenado pelo mesmo ilícito. Recurso não provido.(Nº 1.0079.08.426993-9/001(1) – Rel.: JUDIMAR BIBER – Data do julgamento: 28/04/2009 – Data da publicação: 27/05/2009).*

*EMENTA: TÓXICOS - TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO - Impossibilidade - Materialidade e autoria cabalmente comprovadas - Testemunhos policiais firmes e coesos, corroborados pelos demais elementos de convicção reunidos, em oposição às inconsistentes e contraditórias negativas dos apelantes - Prevalência daqueles - REPRIMENDA - Pequeno reparo - Causa especial de aumento prevista no artigo 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 - Neófito Lei de Tóxicos (nº 11.343/2006), que entrou em vigor na data de 09 de outubro de 2006, e que revogou o dispositivo citado - Decote - Necessidade - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENAS - Integralmente fechado - Inadmissibilidade - Recente decisão da Excelsa Corte - SUBSTITUIÇÃO DA PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS Impossibilidade. 1) **Em tema de comércio clandestino de drogas, os depoimentos dos milicianos que efetuaram a diligência têm plena validade e devem ser recebidos sem nenhum preconceito, sobretudo quando contra os quais nada se argüiu para invalidar as informações prestadas, aliados às inconsistentes e contraditórias declarações dos réus.** 2) Não tendo a novel Lei de Tóxicos previsto a majorante da associação eventual para o tráfico, o dispositivo, por ser mais benigno aos réus, possui aplicação imediata, como reza o art. 2º do Código Penal ""Novatio legis in melius"". 3) O Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento recente, quando do julgamento do HC nº 82.959-7/SP, Relator o Min. MARCO AURÉLIO, entendeu inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, permitindo a progressão nos delitos hediondos ou*

a eles equiparados. 4) A jurisprudência ainda predominante nos nossos tribunais é no sentido de que a Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/98) não se aplica aos condenados por crimes hediondos, ou a eles equiparados, especialmente aos traficantes de drogas, sendo certo que o recente precedente da Excelsa Corte, viabilizando a progressão de regime prisional em casos análogos, não se manifestou expressamente a respeito do assunto. Recursos conhecidos e parcialmente providos, rejeitada a preliminar.(Nº:1.0024.01.590217-4/002(1)-Rel: GUDESTEU BIBER.Data publicação: 04/05/2007-grifo nosso).

**EMENTA: TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PENA EXACERBADA - CONFISSÃO RETRATADA - RECONHECIMENTO - MAJORANTE - "NOVATIO LEGIS" - ADEQUAÇÃO - REGIME INICIALMENTE FECHADO - POSSIBILIDADE. 1. Restando comprovada a autoria e materialidade, a condenação é medida que se impõe, ficando prejudicada a pretensão absolutória. 2. O depoimento de policiais, não contraditados ou desqualificados, e não destoantes das demais provas dos autos, tem o mesmo valor probante de qualquer outro depoimento, ainda mais quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório. (TJMG – ACr 1.0525.06.083767-7/001– 3ª C.Crim. – Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos – J. 24.07.2007)-(grifo nosso).**

Lado outro, é normal que os depoimentos dos milicianos apresentem pequenas divergências, haja vista o decurso do tempo e a quantidade de abordagens semelhantes por estes realizadas. Assim, tal fato é aceitável, principalmente porque não chega a afetar a essência dos depoimentos. Nesse sentido:

*“O testemunho dos policiais que efetuaram a prisão do réu é válido, ainda mais quando coadunados com os elementos de prova coligidos. Pequenas divergências nos depoimentos dos policiais são perfeitamente compreensíveis e, desde que não afetem a essência do que contém, não elidem a robusta prova condenatória. O revólver calibre 32 não é considerado arma de uso proibido ou restrito. Exclusão do § 2º, do art. 10 da Lei nº 9.437/97. Inviável a condenação nas disposições do inciso IV do § 3º do art. 10 da Lei do Porte de Arma, se o fato descrito na denúncia é de que a numeração da arma estava raspada (inciso I do § 3º), o que não foi comprovado pela perícia, e não o fato de ser o réu reincidente. Providência do art. 383 do CPP que não foi tomada. Recurso provido parcialmente para condenar o apelante no caput do art. 10 da Lei nº 9.437/97, mantidas as demais cominações da sentença.” (Apelação Criminal nº 00.002128-8, 1ª Câmara Criminal do TJSC, Capital, Rel. Des. Genésio Nollí. j. 21.03.2000).*

O mesmo raciocínio é válido no caso de depoimentos de agentes penitenciários quando o tráfico de drogas é perpetrado no interior de grandes complexos carcerários, sendo que em tais situações existe mais uma circunstância que impede aos demais detentos de deporem contra tais criminosos, o fato de grandes organizações criminosas, apesar do forte combate Estatal, dominarem tais ambientes. O delator de um “companheiro” certamente será um homem morto, não adiantando qualquer promessa por parte da autoridade constituída, até porque a figura da autoridade não goza de qualquer simpatia por parte daqueles que estão encarcerados. A respeito da importância do depoimento dos agentes penitenciários assim tem se manifestado a jurisprudência pátria:

**TJRJ-006450) SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - DEPÓSITO - PRISÃO EM FLAGRANTE - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA - AGENTE PENITENCIÁRIO - DEPOIMENTO VALIDADE - RECURSO DESPROVIDO - AÇÃO PENAL. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. NULIDADES INEXISTENTES. GUARDA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DEPOIMENTO DAS AGENTES PENITENCIÁRIAS. AUMENTO DE PENA PREVISTO NO ART. 18, IV, DA MESMA LEI. (...) Assim, embora não demonstrada a comercialização da erva, o fato é tipificado no art. 12, da Lei nº 6.368/76, na modalidade de guarda. O depoimento das agentes penitenciárias merece crédito na medida em que são coerentes, precisos e se adequam aos fatos descritos na denúncia, não havendo motivo para duvidar da veracidade do que narram. A presunção de inidoneidade dos depoimentos policiais, de forma genérica, é inadmissível,**

invertendo a ótica de se acreditar nos presos, sempre perseguidos pelo sistema desprezando as Autoridades. (...) (Apelação Criminal nº 2001.050.00943, 7ª Câmara Criminal do TJRJ, Rel. Des. Paulo Cesar Salomao. j. 27.06.2001).

TJRS-022163) APELAÇÃO. CRIME. POSSE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO. Acusado flagrado portando um pacotinho contendo 0,76 g de cannabis sativa dentro do pátio do estabelecimento em que estava encarcerado. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TESTEMUNHAS. RELATOS UNIFORMES, COERENTES E CONCORDANTES ENTRE SI. Credibilidade das palavras dos policiais militares e do agente penitenciário que presenciaram o momento em que o réu se desfez da embalagem com droga. Não são impedidos de depor e não se verifica nos autos tivessem algum motivo para incriminar falsamente o denunciado. (...) (Apelação Crime nº 699460903, 2ª Câmara Criminal do TJRS, Santo Antônio da Patrulha, Rel. Des. Antônio Carlos Netto de Mangabeira. j. 21.09.2000).

AGENTE - SUA APLICAÇÃO IMEDIATA. 1- Ao testemunho de agentes policiais ou penitenciários deve ser dada a mesma credibilidade que se dá aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas, desde que estejam em consonância com os demais elementos probantes existentes no processo. A aceitabilidade de seu testemunho está, também, ligada, com ou sem restrições ou reservas, à presunção do cumprimento do dever. 2- A Lei 11.343/2006 reduziu à fração de 1/6 o aumento mínimo e à de 2/3 o aumento máximo de pena pela circunstância de haver a infração sido cometida nas dependências de estabelecimento prisional (art. 40 da Lei Antitóxico). De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores. PENA - REINCIDÊNCIA - SUA CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E TAMBÉM COMO AGRAVANTE - MANIFESTO ""BIS IN IDEM"" - OPORTUNIDADE DE ADEQUAÇÃO DA PENA, E NÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA. - A consideração da reincidência como maus antecedentes na fixação da pena-base e sua nova consideração, a seguir, como circunstância agravante, implicam evidente ""bis in idem"", apenando duplamente o réu, porque o reincidente, pelo simples fato de sê-lo, já é, por óbvio, portador de maus antecedentes. Todavia, não se decreta a nulidade da sentença em decorrência desse ""bis in idem"", bastando, para evitá-lo, proceda-se à adequação da pena, reduzindo-a na devida proporção. REGIME PRISIONAL - TRÁFICO - IMPOSIÇÃO DO INTEGRALMENTE FECHADO - ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº. 8.072/90 - SUA ALTERAÇÃO PELA LEI Nº. 11.464/07. 1. Com o advento da Lei nº. 11.464/2007 que alterou o art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/90, no que pertine ao regime prisional, se condenado o réu pela prática de crime tido à conta de hediondo ou por infração penal a ele equiparada, passa o regime de cumprimento da respectiva pena a ser o inicialmente fechado. 2. De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores (""lex mitior"").(nº 1.0231.05.047572-3/001(1) – Rel.: HYPARCO IMMESI – Data do julgamento: 01/11/2007 – Data da publicação: 11/01/2008 – grifo nosso).

Não se pode olvidar, ainda, que é muito comum policiais civis comparecerem nos grandes aglomerados para ouvirem populares e vizinhos para apurarem o envolvimento de um investigado com o tráfico de drogas. Tais oitivas são feitas de forma informal e com bastante discricção, sendo que tais pessoas só falam sobre o envolvimento dos investigados com o tráfico de drogas se lhes for garantido o anonimato. O argumento legal para o policial civil manter tais pessoas no anonimato é o art. 5º inciso XIV da Constituição de República (É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional). Os depoimentos destes policiais civis que compareceram no aglomerado e tiveram a oportunidade de ouvir diversos moradores que confirmaram para os mesmos o envolvimento dos investigados com o tráfico de drogas serve de supedâneo para a condenação quando encontra respaldo nos demais elementos de prova carreados aos autos. Nesse sentido ao proferir seu voto na apelação criminal nº1.0024.07.589890-8/001, o Desembargador Edival José de Moraes enfatizou a importância

das diligências levadas a efeito pelos policiais civis, em especial a realização do estudo da vida pregressa dos acusados, averiguando o envolvimento dos mesmos com a traficância. Senão vejamos:

*“(…)Noutro giro, de acordo com a comunicação de serviço de f. 112, que traz um estudo da vida pregressa do acusado, o seu envolvimento com o tráfico de drogas é conhecido há bastante tempo no meio policial, uma vez que já vinha sendo investigado pelo Grupo de Intervenção Estratégica do Programa Fica Vivo, devido a sua liderança negativa e seu envolvimento com o tráfico de entorpecentes na região. Havendo notícias, inclusive, de que o acusado é bastante temido por ameaçar de morte os moradores do aglomerado, caso os mesmos o delatem. Assim, pelo acervo probatório constante dos autos, analisando as condições em que a ação se desenvolveu, a natureza e a quantidade de substâncias apreendidas e as circunstâncias pessoais do acusado, não resta a menor dúvida da prática do crime narrado na denúncia (tráfico ilícito de entorpecentes) pelo recorrente, não se podendo falar em absolvição.”* APELAÇÃO CRIMINAL Nº - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): DIEGO RODRIGUES CARDOSO - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - CO-RÉU: WANDER ROBSON DE MATOS - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDI WAL JOSÉ DE MORAIS.

PROCESSIONAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. HABEAS CORPUS CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR. JUNÇÃO DE CÓPIA DO ACÓRDÃO. POSSIBILIDADE DE EXAME DO PEDIDO. PRISÃO PREVENTIVA. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. SENTENÇA QUE MANTÉM A PRISÃO SOB OS MESMOS FUNDAMENTOS DA PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

Sobrevindo cópia do acórdão que julgou o habeas corpus interposto junto ao Tribunal a quo, em relação ao qual existia inicialmente apenas a negativa de liminar pelo Desembargador, desde que haja condições, o pedido pode ser conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

É lícito ao Juiz, na sentença que condena, manter a prisão do agente com base nos fundamentos da decisão que determinou a preventiva.

**A periculosidade do agente baseada em sua vida pregressa voltada para o crime, noticiando sua má conduta social, constitui motivo para resguardar a ordem pública, ante a possibilidade concreta da reiteração criminosa.**

Não constitui ilegalidade negar ao réu o direito de recorrer em liberdade se ele permaneceu preso no curso da instrução e, com o advento da sentença, nenhuma causa nova

surgiu em seu favor. Ordem denegada.(STJ- T6 Sexta Turma. HC 94510/SC - 2007/0268427-2. Rel. Ministra Jane Silva. 22/04/2008)(grifo nosso).

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE DELITO COM QUASE DUAS TONELADAS DE MACONHA E QUE OSTENTA PERSONALIDADE DELITIVA, CONSUBSTANCIADA EM CONDENAÇÕES CRIMINAIS TRANSITADAS EM JULGADO E FUGAS DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO. PLURALIDADE DE RÉUS PRESOS EM COMARCAS DIVERSAS DO DISTRITO DA CULPA. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS.*

***A prisão preventiva do paciente restou satisfatoriamente motivada na garantia da ordem pública, pois retrata, com elemento concreto, a necessidade da segregação do réu, porquanto, de sua vida pregressa, denota-se sua periculosidade e personalidade voltada para a prática de crimes.***

*À luz do princípio da razoabilidade, a dilação instrutória deve-se à complexidade do feito criminal, tendo em vista a pluralidade de réus - todos presos em comarcas distintas do distrito da culpa -, o que, em razão da exigência de expedição de cartas precatórias, demanda a necessidade de alargamento dos prazos para cumprimento das diligências intimatórias.*

*Precedentes do STJ. Recurso desprovido. (STJ- RHC 17777/SP – T5-Quinta Turma – 2005/0081666-4 - Rel. Ministra Laurita Vaz – 06/09/2005)(grifo nosso)*

Por fim, outro fator que não pode ser deixado de lado é a atuação de polícias militares à paisana, cujo único objetivo é descobrir onde está se desenvolvendo a prática do tráfico de drogas, a fim de orientar o policiamento ostensivo em sua atuação. Tal atuação não se confunde com investigação, já que é uma atuação prévia que apenas permite a identificação dos criminosos, possibilitando as suas prisões. Tal atuação está dentro da normal atuação da Polícia Militar.

**Neste momento, torna-se necessário fazer uma breve digressão com o escopo de esclarecer que a atividade desenvolvida por policiais militares em serviço velado faz parte das atribuições conferidas pela Constituição da República Federativa do Brasil às Polícias Militares Estaduais. O art. 144, § 5º, da Constituição Federal, ao tratar das Polícias Militares, assim estabeleceu:**

***“Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública ...”.***

Nota-se que a expressão “polícia ostensiva” está separada da expressão “preservação da ordem pública”. O constituinte ao agir desta forma teve a intenção de diferenciar as duas expressões, não exigindo da Polícia Militar que, para exercer a sua atividade fim, seus policiais militares estivessem todo o tempo fardados, ou seja, atuando de forma ostensiva. Isto porque para bem exercer a atividade de preservação da ordem pública, que veio a substituir a expressão manutenção da ordem pública, na semântica constitucional anterior, ampliando o escopo delineado constitucionalmente para as polícias militares, torna-se necessário à atuação de policiais militares à paisana cujo único objetivo é

descobrir onde está se desenvolvendo a prática de crimes, no presente caso, do delito de tráfico de drogas, a fim de orientar o policiamento ostensivo em sua atuação. Tal atuação não se confunde com investigação, já que é uma atuação prévia que apenas permite a identificação dos criminosos, possibilitando as suas prisões. Citada atuação está dentro da normal atuação da Polícia Militar.

A esse respeito as sábias palavras do Desembargador do Estado de São Paulo Álvaro Lazarinni:

*“De outro lado e ainda na exemplificação, às Polícias Militares, instituídas para o exercício da polícia ostensiva e preservação da ordem pública (art.144, 5º), compete todo o universo policial, que não seja atribuição constitucional prevista para os demais seis órgãos elencados no mesmo art.144 da Constituição da República vigente.*

*No tocante à preservação da ordem pública, com efeito, às Polícias Militares não só cabe o exercício de toda atividade policial de segurança pública não atribuída aos demais órgãos.*

*A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública, engloba inclusive a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de suas greves e outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, pois, a Polícia Militar é verdadeira força pública da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública e, especificamente, da segurança pública. A investigação policial militar preventiva, aliás, é a atribuição da Polícia Militar, conforme concluiu o E. TJSP, pela sua C. 4ª Câmara Criminal, ao referendar a missão que policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficantes de entorpecentes. Na oportunidade, foi salientado que os policiais militares, para que se considerem sempre de serviços são instruídos e treinados e essa é a conduta que deles reclama a sociedade.” (LAZZARINI, Álvaro. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1996. p.61) (grifo nosso).*

Nesse mesmo sentido, encontra-se o posicionamento da jurisprudência do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Número do processo: 1.0079.07.372040-5/001(1) Numeração Única: 3720405-41.2007.8.13.0079 Precisão: 10 Relator: JUDIMAR BIBER Data do Julgamento: 23/09/2008 Data da Publicação: 03/10/2008 Ementa: TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - POLICIAMENTO VELADO - ATOS DE MERCANCIA - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, CORROBORADOS POR OUTROS VEEMENTES ELEMENTOS DE CONVICÇÃO - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE AUTORIZA A CONDENAÇÃO. Inquestionável a configuração do delito de tráfico se o agente, em atitudes suspeitas, é flagrado por policiais do policiamento velado vendendo 'crack' e recebendo dinheiro trocado em local conhecido como ponto de tráfico, após denúncias anônimas que o apontaram como a pessoa que estaria a traficar no local, sendo torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional, de modo que não demonstrado interesse direto na condenação do réu, têm o direito de sustentar a legitimidade do trabalho que realizaram.

Dessa forma, no tocante à validade do policiamento velado, não se pode olvidar que é de notório conhecimento a legalidade da atuação policial no combate à criminalidade e na preservação da ordem pública, consoante se extrai do art. 144, § 5º da CF/88.

**Nesse diapasão, não se pode olvidar que os depoimentos de policiais militares, quando em harmonia com o bojo probatório contido nos autos, podem e devem ser levados em consideração, eis que prestam compromisso legal de dizerem a verdade e são possuidores de fé pública. Neste sentido:**

***"A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita" (STF, RTJ 68/54).***

***"Não se pode presumir, em policiais ouvidos como testemunhas, a intenção de incriminar falsamente o acusado da prática de crime contra a saúde pública na modalidade de tráfico de entorpecente, por asseverarem que a substância tóxica foi encontrada em poder daquele. A presunção, ao contrário, é de idoneidade dessas testemunhas, ainda mais quando seus depoimentos são seguros, precisos e uniformes desde a fase inquisitorial e não há qualquer razão concreta de suspeição" (TJSP, RT 614/275).***

***"A reserva natural em relação aos depoimentos policiais não se reveste de caráter absoluto, posto que as informações deles constantes devem ser analisadas em cada caso concreto, à luz do contexto probatório, certo de que não cuida de impedimento legal" (TJSP, RT 558/313).***

Ademais, quando não foi argüida pela Defesa, tempestivamente, qualquer suspeição sobre os policiais militares, **com base em provas**, que evidenciassem a existência de qualquer interesse por parte destes na causa em questão, verifica-se não existir motivos concretos para refutar seus depoimentos. Nesse sentido, jurisprudência uníssona do egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo:

***"Não basta que seja funcionário da polícia para se ter repudiado como fonte de prova. Aliás, seria contra-senso credenciar o Estado pessoa para a função repressiva e negar-lhe crédito quando dá conta de suas diligências.."*** (Autoridade Policial. 21.674. TACrimSP, Rel. Silva Leme, JTACrim. 12:335)

Do exposto, nota-se a complexidade que envolve a atuação estatal no combate ao tráfico de drogas, devendo o Estado dispor de todos os meios legais que lhe são possíveis para combater tal chaga social, não podendo o operador do direito se deixar abater por falsos argumentos no sentido de que somente testemunhas do povo poderiam servir de prova num processo, quando é cediço o efeito devastador que o crime organizado está causando na vida de milhares de pessoas que querem colaborar em tal luta, mas sem incorrer em risco para suas próprias vidas.

#### ***A.8. Importância da confissão extrajudicial e da delação nos processos envolvendo tráfico de drogas***

Fato muito comum em processos envolvendo tráfico de drogas diz respeito à confissão do acusado no calor dos acontecimentos, ou seja, no momento de sua abordagem, ou diante da autoridade policial, quando de suas declarações prestadas na primeira fase da persecução penal.

Sempre que isso ocorre, é rotineiro o questionamento quanto à sua validade, contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirma a validade de referida confissão, quando corroborada por demais elementos de provas colacionados aos autos. Vejamos:

Número do processo: 1.0024.07.461995-8/001(1) Numeração Única: 4619958-96.2007.8.13.0024 Acórdão Indexado! Precisão: 11 Relator: JUDIMAR BIBER Data do Julgamento: 05/08/2008 Data da Publicação: 19/08/2008 Ementa: **TRÁFICO - AGENTES PRESOS EM FLAGRANTE, TENDO EM DEPÓSITO, CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE MACONHA, DIVIDIDA EM DOSES UNITÁRIAS, APÓS TEREM SIDO DELATADOS POR DENÚNCIA ANÔNIMA, MOMENTO EM QUE CONFESSARAM A DESTINAÇÃO MERCANTIL DO ENTORPECENTE - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. Impossível se falar em absolvição quando os réus são presos em flagrante delito, guardando em sua residência, cerca de noventa e oito gramas de maconha, tendo os mesmos, no momento da apreensão, confessado a destinação mercantil do entorpecente. DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE. É torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional. Se não demonstrado seu interesse direto na condenação dos réus, têm eles o direito de sustentar a legitimidade do trabalho que realizaram.** DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE. Inadmissível o pedido de desclassificação de tráfico para o delito previsto no art. 28 da Lei Federal 11.343/06, quando o réu confessou o tráfico e a retratação não se sustenta em face dos elementos indiciários e as provas existentes, mormente se o volume de maconha apreendida é considerável e os rendimentos do autor são parcos. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PROVA INDICIÁRIA - PREVALÊNCIA. A associação para o tráfico fica patenteada pelo fato do conhecimento da condição de traficância regular dos réus, que veio à tona após denúncia anônima, mormente se no momento da apreensão se revele mediana organização no processamento e preparo de grande quantidade de drogas a serem comercializadas. ATENUANTE DA MENORIDADE - APLICAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PENAS-BASE FIXADAS NOS MÍNIMOS LEGAIS PREVISTOS PARA AMBOS OS DELITOS - INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS Nº. 231 DO STJ E 42 DO TJMG - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA PELO ART. 33, § 4º DA NOVA LEI DE TÓXICOS - INAPLICABILIDADE - PARTICIPAÇÃO DOS RÉUS EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. Não incide a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quando é constatada a participação dos réus em organização criminosa. Recursos a que se nega provimento. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Número do processo: 1.0079.03.066162-7/001(1) Numeração Única: 0661627-71.2003.8.13.0079 Precisão: 6 Relator: WILLIAM SILVESTRINI Data do Julgamento: 04/07/2007 Data da Publicação: 02/08/2007 Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - AUTORIA - **CONFISSÃO INFORMAL A POLICIAL MILITAR** - APREENSÃO DA RES FURTIVA - PALAVRA DAS VÍTIMAS - CONDENAÇÃO - DOSIMETRIA DAS PENAS - REINCIDÊNCIA - AGRAVANTE DECOTADA. **Não tem chance absolutória o agente que confessa informalmente a co-autoria criminosa a policiais militares,** com quem é apreendida a res furtiva, sendo reconhecido - sem titubear - por duas vítimas. Juridicamente, não há reincidência quando o trânsito em julgado é posterior à data da infração em debate. Súmula: DERAM PROVIMENTO PARCIAL E ESTENDERAM OS EFEITOS DO JULGADO AO CO-RÉU DORIVAL PEREIRA.

TJMG-004483) TÓXICOS - TRÁFICO - PRISÃO EM FLAGRANTE - **CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS - VALIDADE - PENA - RÉU PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

**A confissão extrajudicial é prova suficiente para a condenação se entre ela e os demais elementos dos autos há compatibilidade e concordância.** Sendo o réu primário e sem antecedentes criminais, a pena deve situar-se no mínimo ou próxima do mínimo da cominação legal. (Apelação Criminal nº 90.211/4, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Santa Luzia, Rel. Des. Gudesteu Biber. j. 24.06.1997). (grifo nosso).

**Impende registrar, também, que a jurisprudência é uníssona no sentido de que a confissão extrajudicial, corroborada pelo conjunto probatório contido nos autos, prevalece sobre a retratação judicial. Nesse sentido:**

*EMENTA- TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - POSSE DE ARMA - PROVA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RETRATAÇÃO JUDICIAL DIVORCIADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO - TESTEMUNHO DE AGENTES POLICIAIS - SUA CREDIBILIDADE QUANDO EM HARMONIA COM OS DEMAIS DADOS PROBATÓRIOS - PRESUNÇÃO DO CUMPRIMENTO DO DEVER - CONDENAÇÃO MANTIDA - 1. A confissão extrajudicial prevalece sobre a retratação judicial, se esta se apresenta em conflito com o conjunto probatório. A jurisprudência é uníssona, quando dá maior credibilidade à confissão extrajudicial do que à retratação em juízo, desde que a primeira esteja em harmonia com as demais provas e circunstâncias dos autos, e a segunda, totalmente inverossímil e em desarmonia com o conjunto probatório. - 2. Ao testemunho de agentes policiais deve ser dada a mesma credibilidade que se dá aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas, desde que estejam em consonância com os demais elementos probantes existentes no processo. A aceitabilidade de seu testemunho está, também, ligada, com ou sem restrições ou reservas, à presunção do cumprimento do dever.(processo nº 1.0024.06.258452-9/001(1)-Rel.: HYPARCO IMMESI-Data julgamento: 22/11/2007-Data publicação: 13/02/2008).*

Vale ressaltar que igual importância e credibilidade devem ser dispensadas à narrativa do comprador da droga que, sem tentar negar sua prática ilícita, delata o fornecedor traficante. Nesse sentido:

*TJMG-005776) TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS QUE CONFIRMA A PRÁTICA DO DELITO - DELAÇÃO PELO CO-RÉU - APREENSÃO DE QUANTIDADE ELEVADA DE MACONHA - FORNECIMENTO DE PEQUENA QUANTIDADE - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO APLICAÇÃO. Merece credibilidade a palavra do co-réu que, sem tentar negar o uso de entorpecentes, delata quem lhe fornece drogas, prestando depoimento coerente com os demais elementos probantes dos autos. O fornecimento de maconha, ainda que gratuito e em pequena quantidade, enquadra-se no art. 12 da Lei Antitóxicos, mormente se o fornecedor obteve vantagens em troca da droga. (Apelação Criminal nº 117.895/3, 2ª Câmara Criminal do TJMG, Ribeirão das Neves, Rel. Des. Roney Oliveira. j. 22.10.1998).(grifo nosso).*

*EMENTA - TÓXICO - TRÁFICO - FALTA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - NULIDADE INEXISTENTE - DELAÇÃO DE CO-RÉU - VALOR PROBANTE - QUANDO NÃO SE AUTO-ACUSAM - DESPROVIDA DE INTERESSE OU PAIXÃO - HARMONIA E APOIO NA PROVA CIRCUNSTANCIAL. O exame de dependência química, nos termos do art. 19 da Lei Antitóxicos, somente se justifica quando existe a fundada suspeita de ser o réu pessoa cuja higidez psicológica ou psiquiátrica se fez comprometida pelo uso reiterado e imoderado de drogas, o que, ""in casu"", não se verificou. A DELAÇÃO de co-partícipe apontando o comparsa no tráfico ilícito de substância entorpecente pode servir como suporte à condenação, desde que harmônica e coerente com os demais elementos dos autos.(nº 1.0473.04.005518-7/001(1) – Rel.: PAULO CÉZAR DIAS – Data do julgamento: 13/12/2005 – Data da publicação: 21/02/2006).*

#### *A.9 – Da gravação de imagem e do som ambiental nos processos de tráfico de drogas*

O Estado tem lançado mão de todos os meios para combater o crime, sendo que uma das últimas novidades é a instalação de câmeras pelos logradouros públicos, o que tem sido alvo de muita polêmica. A gravação ambiental, que tanto pode ser do som como da imagem, ou ambas conjuntamente, deve ser diferenciada quanto a seu aspecto legal em duas situações diversas: a gravação de um local público ou aberto ao público e de um local privado. A esse respeito os ensinamentos do professor Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha :

“Quando a gravação do som ou imagem que é feita em local público ou aberto ao público, não há qualquer divergência possível: trata-se de prova lícita, pois o local é de exposição livre e pública quanto ao som ou a imagem de uma pessoa ou de um acontecimento, sendo que a primeira sabia que estava em um logradouro aberto e de acesso livre, ao menos para certo número de pessoas, ainda que restrito. Aliás, é técnica conhecida usada por portarias de edifícios, por meios de transportes, bancos, supermercados, lojas, etc. e cuja a validade nunca se pôs em dúvida.” (ARANHA, Alberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7.ed. ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. p.293).

Conforme se defluiu, nas filmagens realizadas em locais públicos, não há que se falar em violação dos preceitos constitucionais da intimidade, da vida privada e da imagem.

Como é cediço, são consideradas provas ilícitas as obtidas mediante tortura ou em decorrência de qualquer prática degradante, como a chantagem, constrangimento físico ou moral, ameaças, etc. (art. 5º, III); com violação da intimidade ou privacidade das pessoas (art. 5º, X); com desrespeito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI); com desrespeito à inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e com violação do direito de propriedade (art. 5º, XXII).

O presente caso não se enquadra em qualquer das situações supracitadas, visto que a filmagem foi efetuada em via pública, razão pela qual, não se pode, nem mesmo, alegar a denominada violação a intimidade ou privacidade, isto porque a filmagem da prática de um crime em via pública independe de prévia autorização judicial. Na realidade as Polícias têm-se utilizado de meios tecnológicos para fornecer ao julgador as provas das práticas delitivas, no que hoje se denomina de atividades de inteligência. A esse respeito escreveu o Doutor e Mestre em Direito pela UFMG/BR, Procurador de Justiça de Minas Gerais e Professor de Direito Processual Penal Denilson Feitosa Pacheco em seu livro Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis:

*“(...) Quanto à validade das provas obtidas na busca (operação de inteligência), todas as provas obtidas pelas atividades de inteligência em geral e pelas operações de inteligência podem, em princípio, ser utilizadas na investigação criminal, desde que sujeitas às limitações de conteúdo e de forma estabelecidas pela lei processual penal.*

*Essa possibilidade de utilização decorre do princípio da liberdade probatória do processo penal. Tal aplicabilidade ocorre mais intensamente na fase de investigação criminal, tendo em vista sua finalidade de servir de base à propositura de ações penais e às medidas cautelares pessoais (prisões provisórias, busca apreensão pessoal) e reais (seqüestro, arresto, busca-apreensão de coisas etc.). **Assim, uma filmagem com som, feita em público, em que o indiciado declara que irá fugir, inclusive com detalhamento da fuga, servirá para que um juiz criminal decrete sua prisão temporária ou preventiva, conforme o caso, não importando se a filmagem foi feita por uma operação de inteligência ou por uma investigação criminal(...)**” (PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito Processual Penal Teoria, Crítica e Práxis*. 3.ed. Belo Horizonte. Editora Impetus. 2005. p. 974) (grifo nosso).*

A respeito da desnecessidade de prévia autorização judicial para gravação de imagens em vias públicas esclarece o Doutor em Direito Processual pela Universidad Complutense de Madrid e Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Marcelo Batlouni Mendroni em seu livro Crime Organizado Aspectos Gerais e Mecanismos Legais:

**“Ocorrendo o fato em qualquer área pública ou de acesso ao público, a gravação é permissível, pois a própria natureza do local elimina a sua privacidade. Se por outro lado a situação acontecer em local privado em que o agente captador das imagens não estiver autorizado a participar ou ingressar e cuja presença for de desconhecimento das personagens, deverá revestir-se da competente autorização do poder Judiciário, nos exatos termos da Lei n.º 10271/201, pois neste caso invade a privacidade protegida pela Constituição Federal”** (Marcelo

**Batlouni Mendroni, Crime Organizado Aspectos Gerais e Mecanismos Legais, Editora Juarez de Oliveira, 1ª edição, ano 2002, pág. 96/97)-(grifo nosso).**

Insta observar que, por mais de uma vez, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela validade, como prova, de filmagens feitas em via pública. Nesse sentido:

**TÓXICOS - TRÁFICO - AGENTES FLAGRADOS POR CÂMERA NO CENTRO DA CIDADE EXERCENDO O COMÉRCIO ILÍCITO - DELITO CARACTERIZADO - PROVA - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - CAUSA DE AUMENTO DO ART.18, III, DA LEI Nº 6.368/76 - REVOGADO PELA NOVA LEI DE TÓXICOS - *Inconcu*sa a prova do art.12, da Lei nº 6.368/76, se os agentes são presos após serem flagrados por câmera instalada pela polícia, em conhecido ponto de tráfico de drogas, no meio da madrugada, guardando ""crack"" e trazendo consigo mais de duzentos reais em espécie cuja procedência não souberam explicar.** - Os depoimentos dos policiais que atuaram na diligência merecem a mesma credibilidade dos testemunhos em geral. Somente podem ser desprezados se demonstrado, de modo concreto, que agiram sob suspeição. Enquanto isso não ocorra, se não defendem interesse próprio ou escuso, mas, ao contrário, agem em defesa da sociedade, a sua palavra serve como prova suficiente para informar o convencimento do julgador. - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. - Recursos conhecidos e parcialmente providos os da defesa. (TJMG – ACr. 1.0024.05.844310-2/001 (1). Rel. GUSTESTEU BIBER. J. 10/01/2007)-(grifo nosso).

**TRÁFICO. REEXAME DE PROVAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. FATOS QUE COMPROVAM A TIPICIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. RECURSO DESPROVIDO.** - Os depoimentos prestados por policiais merecem crédito, como os de qualquer outra testemunha, principalmente quando descrevem complexa operação que resultou na prisão dos réus, inexistindo provas capazes de infirmar suas conclusões.

O policial Sérgio Luiz Alves da Cunha, às fl. 171/172, descreve com detalhes como se deu a operação policial que originou o flagrante, **afirmando que somente presenciou o réu vendendo drogas pela filmagem feita na ocasião**, relatando, ainda, que o apelante confessou a mercancia ilícita praticada.

**Assim, o que se vê é que a prova coligida em juízo está a confirmar o teor da prova indiciária**, notadamente as declarações prestadas pelos usuários abordados na operação, que declararam, às fl. 50/51, 52/53, 54/55, terem comprado drogas da pessoa do réu.

**Ademais, a complexidade da operação montada, atestada pelos que dela participaram, não deixa dúvidas a respeito dos fatos apurados, que não podem ser desconsiderados e que não poderiam ser fraudados, merecendo a consideração e apreciação de suas conclusões, ao contrário do que alega a combativa defesa.** (TJMG – ACr. 2ª Cam. Crim. 1.0024.03.089930-6/001(1). Rel. HERCULANO RODRIGUES. J. 04/11/2005)-(grifo nosso).

Ainda quanto ao assunto, trazemos à baila as seguintes jurisprudências publicadas por outros Tribunais pátrios:

153074637 – APELAÇÃO CRIMINAL – **ARTIGO 12 CAPUT DA LEI 6.368/76 – PRELIMINARES – FILMAGEM DE LOCAL PÚBLICO – Inexistência de violação ao artigo 5º, X, da Constituição Federal. Prova lícita.** Flagrante preparado. Inocorrência. Preliminares rejeitadas. Autoria e materialidade plenamente comprovadas. Investigação policial. Ponto de venda de drogas. Depoimentos coerentes e descomprometidos dos policiais civis. Valor probante. Acusada presa em flagrante em posse da droga apreendida. Tráfico plenamente configurado. Condenação e

apenamento mantidos. Recurso desprovido. (TJPR – Apr 0308701-0 – 3ª C.Crim. – Relª Desª Sonia Regina de Castro – J. 09.02.2006) JCF.5 JCF.5.X (grifo nosso)

65025982 – TÓXICOS – AUTORIA E CO-AUTORIA – **PROVA – FILMAGEM NÃO AUTORIZADA – EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE** – USO RESTRITO – ASSOCIAÇÃO EVENTUAL – **É válida a prova obtida por meio de filmagem não autorizada, se externa, de uso restrito no processo, e se fundada em suspeita de crime, sem ferir a garantia de inviolabilidade da intimidade.** Mostra-se inseguro a indicar a co-autoria de crime de tráfico ilícito de entorpecentes o contexto probatório fundado em laudo de filmagem inconclusivo na identificação dos agentes, tanto quanto na prática do ilícito, por isso que temerário imputá-la sem mais elementos de prova. (TJRO – ACr 100.002.2004.005684-0 – 1ª C.Esp. – Rel. Des. Eliseu Fernandes – J. 12.04.2006)-(grifo nosso).

Situação diversa se verifica quando a captação e a gravação de um som ou de uma imagem é feita em local privado. A esse respeito os ensinamentos do professor Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha:

“ Situação diferente ocorre quando a captação e a gravação de um som ou de uma imagem é feita em local privado, como, a título de exemplo, uma residência. Nessa hipótese, a prova será ilícita por que violado o princípio constitucional da defesa da intimidade, resguardado expressamente pelo art.5º, X, da Constituição Federal.

“Como sabemos, o direito à intimidade pode ser traduzido como aquele que nos protege em nossa vida e refúgio privados, sem ser arrastado para o cenário dos acontecimentos mundanos. É a nossa privacidade protegida, sem que sejamos levados à ribalta da vida. ‘A esfera secreta da vida do indivíduo, na qual este tem o poder legal de evitar os demais’, no dizer de René Ariel Dotti.

Costa Júnior oferece a seguinte definição de direito à intimidade: ‘é o direito do indivíduo, querendo, de ser deixado em paz, sem o importuno da curiosidade ou indiscrição’. E, ao depois, arremata com sabedoria: ‘O direito à intimidade, pelo contrário, é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido em sua intimidade. Direito ao recato, portanto, não é direito de ser recatado, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, bem como o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera de intimidade’ (Agressões à intimidade, p.12).

Ora, quem capta som ou imagem de um local privado, sem o consentimento de quem deseja estar só, viola gritantemente a intimidade, resguardada por preceito constitucional, com o que a sua exibição por meio de gravação em processo, de qualquer natureza, ainda que administrativo, será indubitavelmente uma prova ilícita.

Há, todavia, uma exceção legal prevista no art.2º da Lei n.9.034/95, que cuida dos crimes praticados por organizações criminosas. O art. 2º, IV, da citada lei, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.10.217/2001, preceitua: ‘Em qualquer fase de persecução criminal serão permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: IV- a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante autorização judicial’. O que se exige é apenas a prévia autorização judicial. Ressalta-se que referido dispositivo legal, a toda evidência, diz respeito aos ambientes privados, pois nos locais públicos a gravação é livre, sem a necessidade de qualquer autorização.”(ARANHA, Alberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7.ed. ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. p.293/294).

Nesse diapasão, as gravações de imagens e som ambiental são válidas como prova, não podendo ser olvidadas no curso de uma ação penal.

#### **A.10. Do pedido de vista de processos cautelares fora da secretaria**

Situação bastante interessante e passível de ocorrer em processos envolvendo a Lei de Tóxicos, diz respeito ao pedido da defesa para que lhe seja concedida vista de cautelares em curso, em particular, interceptações telefônicas.

Observa-se que recentemente o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula de n.º 14, estabelecendo que os defensores tenham amplo acesso aos elementos de prova já documentados nas investigações. O texto da nova Súmula diz que:

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” (grifo nosso).

De notar-se, por oportuno, que a Súmula em questão não reconhece direito absoluto aos advogados de acesso aos autos. Várias restrições devem ser observadas, notadamente no que se refere ao fato de que o exame deve restringir-se às provas já documentadas em procedimento investigatório. Assim, constata-se que a retrocitada Súmula não abrange as demais diligências realizadas pela polícia judiciária, em especial, os procedimentos cautelares que, por sua própria natureza, têm caráter sigiloso.

A propósito, vale lembrar que o Ministro Celso Melo, quando da análise da proposta da presente Súmula Vinculante perante o Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu voto, assim se manifestou:

“... É essencial, para efeito de acesso daquele que sofre a investigação criminal, que os elementos de prova já se achem formalmente incorporados aos autos do procedimento penal-persecutório. Tratando-se de interceptação telefônica, esse procedimento probatório instaura-se em autos apartados, que somente serão anexados aos do inquérito penal (ou do processo judicial) quando já encerrada a execução dessa medida

**extraordinária (Lei nº 9.296/96, art. 8º). Isso significa, portanto, que, enquanto estiver em curso a diligência probatória de interceptação telefônica, os respectivos autos permanecerão inacessíveis, porque ainda não apensados aos autos do inquérito policial ou do processo judicial**". (grifo nosso).

Impende salientar que tal questão já foi alvo de análise por aquele Tribunal, quando da análise do HC nº 88.520/AP, senão vejamos:

***" I. Hábeas corpus: inviabilidade: incidência da Súmula 691 ('Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'hábeas corpus' impetrado contra decisão do Relator que, em 'hábeas corpus' requerido a Tribunal Superior, indefere liminar').***

***II. Inquérito policial: Inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.***

(...)

**4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objetivo as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em conseqüência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. (...)**" (grifo nosso).

Além disso, a citada Súmula ainda estabelece que os elementos de prova devem dizer respeito ao direito de defesa, o que não se verifica quando se tratar de cautelar de interceptação telefônica ainda em curso.

A respeito do assunto, trazemos à baila um trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, que se amolda como uma luva ao presente caso:

*“...uma coisa são os elementos de prova já documentados. Quanto a estes elementos de prova já documentados, não encontro modo de restringir o direito dos advogados em defesa dos interesses do cliente envolvido nas investigações. Outra coisa são todos os demais movimentos, atos, ações e diligências da autoridade policial que também compõem o inquérito. A autoridade policial pode, por exemplo, proferir despacho que determine certas diligências cujo conhecimento pode frustrá-las; a esses despachos, a essas diligências, o advogado não tem direito de acesso prévio, porque seria concorrer com a autoridade policial na investigação e, evidentemente, inviabilizá-la. Por isso, da ementa consta textualmente; “ter acesso amplo aos elementos que, já documentados”. Isto é elementos de prova. **Por isso, tal ementa, ao meu ver, resguarda os interesses da investigação criminal, não apenas das diligências em andamento, mas ainda das diligências que estão em fase de deliberação.** A autoridade policial fica autorizada a não dar ciência prévia desses dados ao advogado, a qual poderia comprometer o resultado final da investigação. (...)”* (Voto proferido pelo Ministro do STF César Puluso, quando da análise da Proposta da Súmula Vinculante nº 14) (grifo nosso).

Registra-se que a impossibilidade de acesso aos autos, neste caso, não representa qualquer violação à Constituição Federal ou ao Estatuto da OAB. Como se sabe, para a melhor apuração do fato delituoso, é plenamente possível a adoção do sigilo no que pertine às medidas cautelares, em especial, a interceptação telefônica, sob pena de se verem frustradas tais formas de investigação.

A esse respeito, os professores Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

O entendimento que vem sendo seguido é de que, havendo necessidade para o melhor apuro do fato delituoso, o juiz poderá, fundamentadamente, decretar o sigilo das investigações em relação ao advogado do indiciado, porém apenas em relação àquelas medidas que estão sendo ou que serão produzidas pela polícia judiciária, como interceptações telefônicas, quebras de sigilos bancário e fiscal, buscas e apreensões, sob pena de, possivelmente serem frustradas tais formas investigativas.(THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p.195/196 – Grifo nosso).

Por último, insta consignar que o advogado somente poderá ter acesso aos autos no interesse de seu cliente. Tratando-se a cautelar de interceptações de diversos números de aparelhos de telefone, onde vários indivíduos estão sendo alvo de investigação, não há como abrir vista dos autos à defesa de um dos requerentes sem que isso fira o direito de sigilo dos demais envolvidos.

Nesse sentido, o excelso pretoriano:

“... 1º) o advogado não tem direito a ter vista, tomar apontamento e exigir cópias de todo e qualquer documento alusivo a pessoa diversa da que lhe outorgou o mandato, durante o trabalho investigatório, com o timbre do sigilo; ...” (Hábeas Corpus 82.354-8/Paraná – Ministro Relator Sepúlveda Pertence).

*A.11 – Do rito processual nas varas de tóxicos face às mudanças ocorridas no Código de Processo Penal Brasileiro*

Sobreleva notar que a Lei 11.719/2008, que introduziu significativas mudanças no Código de Processo Penal, notadamente quanto à fase instrutória, não interferiu no procedimento adotado pela Lei Antitóxicos (Lei 11.343/2006).

Isto porque o art. 48 da Lei n.º 11.343/06 estabelece que :

“O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal”.

Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, cabendo ressaltar que o art. 57 da Lei n.º 11.343/06 estabeleceu a ordem que deve ser seguida para as oitivas na audiência de instrução, deixando claro que a inquirição das testemunhas somente será realizada após o interrogatório do acusado, tanto que assim dispõe o supracitado dispositivo legal:

“Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez) minutos, a critério do Juiz”.

Nota-se que o art. 400 do CPP estabelece outra ordem para as oitivas, chegando a determinar expressamente que tal procedimento seja observado pelo magistrado, como se vê na redação do supracitado dispositivo legal :

“Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, **nesta ordem**, ressalvado o disposto no art.222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado”.

Evidencia-se que a Lei 11.719/2008 estabelece o marco de 60 (sessenta) dias como prazo máximo para a audiência de instrução, o que não ocorre com o rito da Lei n.º11343/06 (art. 56 da Lei n.º 11343/06), que prevê prazo diverso no art. 56, § 2º, da Lei nº 11343/06 que pode se estender por até 90 (noventa) dias em razão da necessidade de se atestar a dependência de drogas.

Ademais, existem peculiaridades previstas na Lei Antitóxicos, tais como a possibilidade de ajuizamento da ação penal mesmo pendentes diligências a serem cumpridas pela Polícia Judiciária, conforme prevê o art. 52, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n. 11.343/06.

A análise dos dois ritos demonstra que o legislador da Lei Antitóxicos preferiu seguir caminho diverso do rito adotado pela Lei 11.719/2008, razão pela qual, dada as singularidades da Lei nº 11.343/06 deve-se observar o princípio da especialidade. Mormente, se não se olvidar que o princípio da especialidade é prevalente à sucessão legislativa, eis que, como é cediço, lei posterior geral, ainda que mais benéfica, não revoga lei anterior especial.

Nesse sentido, recente decisão do TJMG:

*PENAL - PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR -- CERCEAMENTO DE DEFESA - INSTRUÇÃO - OITIVA - INVERSÃO DA ORDEM - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - DESTINAÇÃO MERCANTIL DEMONSTRADA - CORRUPÇÃO DE MENORES - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.- O delito de tráfico de entorpecentes é regulamentado pela Lei 11.343/06 que, dada sua especialidade, não teve seu procedimento alterado pelo exposto na Lei 11.719/2008, que modificou o art. 400 Código de Processo Penal, estipulando o interrogatório do réu como o último ato da instrução, precedendo-se à sua oitiva somente após a inquirição das testemunhas. (...) (Apelação Criminal nº 1.0701.08.228911-0/001 - Comarca de Uberaba - Apelante(s): Washington Rodrigues - Apelado(a)(s): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça - Data do Julgamento: 04/03/2009 e Data da Publicação: 20/03/2009) (grifo nosso)*

*A.12. A tipicidade do tráfico de drogas na Lei nº 11.343/06.*

a) art. 33 da Lei n.º 11343/06.

Trata-se do denominado crime de ação múltipla ou de conteúdo variado no qual descrevem-se duas ou mais condutas, perfazendo-se o crime com a realização de qualquer delas. É claro que o magistrado, no caso da prática de mais de um conduta, verificando a maior lesividade causada pelas diversas condutas típicas perpetradas em um único contexto, deverá levar em conta, na fixação da pena, o maior perigo social que as condutas representam. Por esta razão, o art.33 possui uma pena de reclusão de 5 a 15 anos, além de multa.

É possível a ocorrência de concurso de crimes, mesmo tratando-se de delito de ação múltipla, quando as condutas ocorrem em contextos fáticos diversos. A respeito da possibilidade da ocorrência de concurso a lição dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

“ O presente delito é clássico exemplo de tipo misto alternativo, aplicando-se o princípio da alternatividade caso o agente, dentro de um mesmo contexto fático, pratique mais de uma conduta. Assim, se importa e vende a mesma cocaína, responderá por apenas um crime. Porém, caso os contextos fáticos sejam diversos, responderá por concurso de crimes. Portanto, se importa maconha e vende cocaína, responderá por dois crimes, em concurso” (*Lei de Drogas, Lei n.º 11343 de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Editora Método, Pág. 80*).

Nesse sentido encontra-se, também, a lição do Procurador de Justiça Criminal do MP/RS Gilberto Thums e do advogado criminalista Vilmar Pacheco :

“É possível que ocorra uma situação de concurso de crimes de entorpecentes (concurso material, crime continuado). Supondo a hipótese de um agente preso em flagrante por tráfico de drogas e, uma semana após fugir do presídio, sendo novamente preso por outra conduta de tráfico. Nesse caso, se o intervalo de tempo entre um crime e outro for igual ou inferior a 30 dias, pode-se reconhecer a figura do crime continuado. No caso de mediar tempo superior a este parâmetro, tem-se a figura do concurso material de crimes. Não se pode confundir com a situação de quem comete várias condutas típicas num único contexto fático, hipótese de crime único. Nem se pode imaginar que, uma vez preso o agente por tráfico de drogas, possa continuar a traficar sem cometer nova figura típica. É o caso de quem foi preso em flagrante por tráfico e, no presídio, continua a desenvolver o mesmo comportamento. Haverá, neste caso, concurso de crimes. Esta situação também se caracteriza no caso de haver crimes conexos, como roubo, homicídio etc” (Nova Lei de Drogas, Crimes, Investigação e Processo, Gilberto Thums e Vilmar Pacheco, Editora Verbo Jurídico, 2007, pág. 46).

Insta observar que, no que diz respeito ao tipo entregar a consumo, no caso de tal entrega ser efetuada a criança ou adolescente e a substância entregue não possuir princípio ativo de qualquer droga, prevista no rol das substâncias proibidas, está-se diante do crime previsto no 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse diapasão, os ensinamentos dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho :

“ O sujeito passivo é a coletividade, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Caso a droga seja entregue a criança ou adolescente, responderá o agente pelo crime do art. 33. Porém, se a substância entregue não possuir princípio ativo de qualquer droga listada (exemplo, “cola de sapateiro”, cujo princípio é o tolueno), responderá o agente pelo art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente ( Lei n.º 8069/1990), cuja pena atualmente é de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos e multa” (Lei de Drogas, Lei n.º 11343 de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Editora Método, Pág. 81).

Verifica-se, ainda, que as condutas criminosas previstas no art. 33 da Lei n.º 11343/06 não exigem o denominado dolo específico. Assim, não precisa ficar caracterizado que a droga se destinava ao comércio para que ocorra o delito. A esse respeito as brilhantes manifestações do Procurador de Justiça aposentado e advogado criminalista Vicente Greco Filho e do advogado criminalista João Daniel Rassi, quando discorrem sobre o crime do art. 33 da Lei n.º 11343/06 :

“O artigo não possui elemento subjetivo do tipo ou dolo específico. O que anteriormente se sustentava, na vigência da redação primitiva do Código de 1940, de que apenas o fim de tráfico ou de comércio caracterizava o delito, ficou superado em face das modificações do Decreto-Lei n.º 385 e da Lei n.º 5.726. a mesma interpretação ainda permaneceu sob a vigência da Lei n.º 6.368/76 e deve permanecer em relação à lei nova. O dolo específico aparece apenas no art. 28, de forma que, sendo exclusivamente o porte, a guarda ou a compra, para consumo pessoal, é determinada a aplicação de penas restritivas de direitos especialmente previstas pela Lei. Qualquer outra finalidade do agente determina a incidência do art. 33, inclusive a distribuição gratuita” (Lei de Drogas Anotada, Lei n.º 11343/06, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, Editora Saraiva, 2007, pág. 81).

b) art. 33, § 1º, inciso I, da Lei n.º 11343/06.

Nota-se que em relação ao revogado art. 12 § 1º inciso I da Lei n.º 6368/76, o legislador trouxe uma importante inovação. Enquanto a Lei n.º 6368/76 incriminava, tão-somente, as condutas típicas em relação a matéria-prima, a nova Lei menciona, ainda, o insumo ou produto químico utilizado para produção da droga. A esse respeito a explicação dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

“A alteração legislativa, além de afastar qualquer discussão, evitará a necessidade de ampliação, demasiada do conceito de “matéria-prima”, como fazia a jurisprudência anterior,

equiparando a tal conceito os de insumo e de produtos químicos destinados à produção da droga. Agora, portanto, ao lado da matéria-prima, incrimina a nova Lei, expressamente, o insumo e o produto químico. Matéria-prima é a substância principal da qual se extrai a substância entorpecente. Insumo é o elemento que, apesar de não ter a aptidão de dele se extrair a substância entorpecente, será utilizado para a produção da droga, ao ser agregado à matéria-prima. Por exemplo, o bicarbonato de sódio, quando somado aos restos da cocaína, dará origem ao crack. Por sua vez, produto químico destinado à produção da droga é a substância identificada quimicamente que é utilizada no processo de elaboração da substância entorpecente, sem se agregar à matéria-prima. O exemplo clássico seria a acetona para a produção e refino de cocaína” (*Lei de Drogas, Lei n.º 11343 de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Editora Método, Pág. 83*).

A respeito do assunto o Procurador de Justiça Criminal do MP/RS Gilberto Thums e o advogado criminalista Vilmar Pacheco, em sua obra, trazem importante contribuição para se diferenciar insumos químicos de produtos químicos :

“Insumos químicos utilizados para a fabricação e síntese de drogas: Atualmente constam da lista D-2 da resolução RDC 15/2007; exemplificativamente, pode-se citar o tolueno (solvente utilizado na fabricação da gasolina), acetona, éter etílico, permanganato de potássio, ácido sulfúrico, etc. Produto químico destinado à preparação de drogas: Não há lista oficial com esta denominação, porém a ANVISA editou a lista D-1, onde constam as substâncias precursoras de drogas. Certamente essa lista terá nova denominação. Podem-se citar exemplificativamente : efedrina, ácido lisérgico (não é o LSD, que é droga de uso proscrito no Brasil), ácido fenilacético, isosafrol, etc” (*Nova Lei de Drogas, Crimes, Investigação e Processo, Gilberto Thums e Vilmar Pacheco, Editora Verbo Jurídico, 2007, pág. 79*).

Insta observar a existência do dolo específico no tipo, quando o legislador optou por utilizar a expressão: “ destinado a preparação de drogas”. Será preciso provar, para caracterizar o crime, que o insumo, por exemplo, era destinado à produção de drogas.

c) art. 33, § 1º, inciso II, da Lei n.º 11343/06.

A novidade deste crime é a necessidade de se fazer a distinção deste para a nova conduta típica descrita no art. 28 § 1º da Lei n.º 11.343/06. Lembrando que o elemento subjetivo “para seu consumo pessoal” faz parte do art. 28 § 1º da Lei n.º 11343/06.

d) art. 33, § 1º, inciso III, da Lei n.º 11343/06.

A grande inovação da Lei foi o fato de não mais tipificar a conduta de ceder local para que se faça uso indevido de substância que determine dependência física ou psíquica (redação do revogado art. 12 § 2º inciso II da Lei n.º 6368/76). A respeito da redação do art. 33 § 1º inciso III da Lei n.º 11343/06 discorrem os Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho :

“ É de se questionar : houve verdadeira *abolitio criminis* em relação a conduta daquele que utiliza local de sua propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância ou consente que outrem dele se utilize para o uso de drogas ? Apesar do posicionamento do Procurador Regional da República Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, entendemos que nem todas as situações tornaram-se atípicas. Temos, portanto, que distinguir. Aquele que utiliza local ou bem de sua propriedade ou posse para consumo próprio de drogas praticará apenas a conduta do art. 28 da nova Lei, pois aquela conduta é atípica perante a nova Lei. Por outro lado, aquele que ceder local ou bem de sua propriedade ou posse para consumo de drogas de terceiros poderá estar auxiliando o uso indevido de drogas, incidindo, eventualmente, nas penas do § 2º do art. 33 da nova Lei” (*Lei de Drogas, Lei n.º 11343 de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Editora Método, Pág. 85*).

Importante, ainda, ressaltar a situação da esposa do traficante de drogas, que muitas vezes possui filhos com o mesmo, e que sabe que seu marido se utiliza da moradia para traficar drogas. Estaria tal esposa obrigada a denunciar seu marido? A jurisprudência tem se manifestado no sentido de ser inexigível da esposa, que não tem qualquer participação na conduta ilícita, delatar seu marido que trafica drogas. Nesse sentido o escólio pretoriano :

*“O fato de tentar livrar-se da droga pertencente ao esposo, jogando-o no vaso sanitário e puxando a descarga, não significa, por si só, a conduta subsumida no art. 12 da Lei 6368/76. **Defronta-se, sim, com uma tentativa sua de dificultar a coleta da prova no intuito de inviabilizar a prisão do companheiro, pai de seus filhos. Configuração de mero favorecimento pessoal, impunível.** Outrossim, inexigível era-lhe conduta diversa, segundo tem entendido os tribunais pátrios. Proveram a sublevação para absolvê-la, forte no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal. Unânime.” (Apelação Crime nº 697116408, Câmara de Férias Criminal do TJRS, Espumoso, Rel. Des. Luiz Armando Bertanha de Souza Leal. j. 17.07.1997).*

O mesmo ocorre com a genitora do traficante de drogas, da qual não se pode exigir que delate seu filho. Nesse sentido o escólio pretoriano:

*“**Ainda que sabedora da condição de traficante de seu filho, a mãe não tem o dever jurídico de denunciá-lo à polícia. Ausentes provas de sua participação no crime, seu silêncio não implica em co-autoria, em face da inexigibilidade de conduta diversa e da conseqüente exclusão de sua culpabilidade.**” APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.192.453-9/00 - COMARCA DE CATAGUASES - APELANTE(S): CELMA ESPÍNDOLA DOS SANTOS GOMES, OU CELMA ESPÍNDOLA DOS SANTOS - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ V CR MENORES COMARCA CATAGUASES - RELATOR: EXMO. SR. DES. RONEY OLIVEIRA. (grifo nosso).*

e) art. 33, § 2º, da Lei n.º 11343/06.

A novidade consiste no fato do legislador resolver privilegiar algumas condutas que a Lei n.º 6368/76 considerava crime equiparado ao tráfico e com a mesma pena do revogado art. 12. Trata-se de *novatio legis in melius*, já que a pena de 01 (um) a 03 (três) anos e multa, nos termos do art. 89 da Lei n.º 9099/95, admite a suspensão do processo, desde que presentes os demais requisitos elencados na citada norma.

f) art. 33 § 3º, da Lei n.º 11343/06.

É o denominado tráfico privilegiado. É importante ressaltar que para caracterização deste novo tipo é preciso estar presentes todos os requisitos para sua configuração, ou seja, é preciso oferecer droga : 1) eventualmente, 2) sem objetivo de lucro, 3) a pessoa de seu relacionamento, 4) para juntos a consumirem. A ausência de um destes requisitos faz incidir o tipo descrito no art.33, caput, da Lei n.º 11343/06, ou seja, “fornecer droga, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

g) art. 33, § 4º, da Lei n.º 11343/06.

Trata-se de *novatio legis in melius*, já que permite ao juiz, à vista do caso concreto, efetivar uma diminuição, considerável, na pena do traficante de drogas que ao exercer pela primeira o delito em questão foi surpreendido pelos agentes policiais do Poder Estatal.

Para gozar do benefício é preciso que estejam presentes todos os requisitos legais. A primariedade é verificada por exclusão, ou seja, aquele que não é reincidente (art. 63 do Código Penal) é primário. Já quanto ao conceito de bons antecedentes, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência divergem quanto a sua caracterização. A esse respeito a explicação dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

“Em relação ao conceito de bons antecedentes, grassa divergência na doutrina e jurisprudência. Para uma corrente, inquéritos em curso e processos em andamento poderiam ser considerados maus antecedentes, assim como condenações não definitivas e aquelas em que já se ultrapassou o prazo de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena. Para outra, à luz do princípio da presunção de inocência, somente as sentenças condenatórias transitadas em julgado que não possuírem força para caracterizar reincidência, em razão de ter sido ultrapassado o período depurador, poderiam ser utilizadas para fins de maus antecedentes. A questão é controversa até mesmo no STF. Preferimos a primeira posição, pois não se pode equiparar, para fins de aplicação de pena, o agente criminoso que possui diversos apontamentos em sua vida criminal com aquele que possui passado imaculado, sob pena de se ferir o princípio da isonomia” (*Lei de Drogas, Lei n.º 11343 de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Editora Método, Pág. 97/98*).

A respeito do tema o Juiz Federal Flávio Oliveira Lucas assim se manifestou em sua obra :

“O conceito de maus antecedentes não é pacífico, mas, em linhas gerais permite duas linhas de interpretação: a) para a constatação dos maus antecedentes poderia ser considerado tudo o que consta na folha de antecedentes da pessoa, inclusive inquéritos policiais em andamento e ações penais não concluídas; b) somente seriam levados em conta as condenações com trânsito em julgado que não mais seriam aptas a gerar a reincidência. A nosso juízo, o conceito de maus antecedentes deve ser analisado segundo a primeira linha jurisprudencial, sem que isso viole o princípio da presunção de inocência. Na doutrina, sustenta posição semelhante LUIZ VICENTE CERNICCHIARO” (*Nova Lei Antidrogas, Teoria, Crítica e Comentários à Lei n.º 11343/06, Abel Fernandes Gomes, Antônio César Bochnek, Flávio Lucas, Frederico Valdez, Marcelo Granado e Zenildo Bodnar, Editora Impetus, 1ª edição, 2ª tiragem, pág .91/92*).

Quanto ao requisito de não se dedicar às atividades criminosas os Promotores de Justiça e Procuradores de Justiça da área criminal do Estado de Minas Gerais reunidos em congresso em Araxá/MG, em outubro de 2006, editaram a emenda n.º 5, que assim dispõe :

“A dedicação à atividade criminosa, requisito impeditivo da causa de diminuição de pena prevista no art. 33 § 4º da Lei n.º 11343/06 consiste na caracterização do modo de viver do autor do fato, voltado, ainda que não exclusivamente, para a prática de infração penal”.

Existe divergência na doutrina quanto ao ônus de comprovar tal requisito, ou seja, se cabe ao Ministério Público provar que o réu se dedica à atividade criminosa ou a Defesa provar que ele exerce atividade lícita e habitual. A esse respeito, entendendo que cabe ao réu comprovar atividade lícita e habitual encontramos o magistério dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho :

“Exige, ainda, a nova Lei que o agente não se dedique a atividades criminosas. Assim, deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e condutas voltadas para o crime” (*Lei de Drogas, Lei n.º 11343 de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Editora Método, Pág. 98*).

Por sua vez o Procurador de Justiça aposentado e advogado criminalista Vicente Greco Filho e o advogado criminalista João Daniel Rassi assim dispõem sobre o tema:

“Os problemas das condições negativas. Dispõe o parágrafo, em sua parte final, sobre as condições negativas de que o agente não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Toda prova negativa é difícil, de modo que militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, no caso, é do Ministério Público no sentido de demonstrar a reincidência, os maus antecedentes e a participação em atividades criminosas ou organização criminosa. Não importa que a prova seja difícil para o Ministério Público. Mais difícil seria para o réu, que, por sua vez, tem o direito de não ser condenado a não ser que haja prova, ou receber, sem prova, uma pena maior quando a lei permite uma pena mais branda” (Lei de Drogas Anotada, Lei n.º 11343/06, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, Editora Saraiva, 2007, pág. 102).

De qualquer forma, se o acusado é condenado, também, pelo art. 35 da Lei n.º 11343/06 está mais do que comprovado que ele se dedicava a atividade criminosa. Nesse sentido o magistrado do Juiz Federal Flávio Oliveira Lucas :

“De qualquer maneira, mesmo que não integre uma organização criminosa, ou que seja primário e de bons antecedentes, não será possível a diminuição de pena quando o agente se dedicar às atividades criminosas. Essas, a toda evidência, são aquelas pelas quais o agente foi condenado e que sejam tipificadas na Lei n.º 11343/06. A dedicação do agente a elas pode se configurar concretamente ou então pelo próprio tipo penal em nome do qual se operou a condenação, como, por exemplo, quando o agente for condenado nas penas do art. 35 da Lei” (Nova Lei Antidrogas, Teoria, Crítica e Comentários à Lei n.º 11343/06, Abel Fernandes Gomes, Antônio César Bochnek, Flávio Lucas, Frederico Valdez, Marcelo Granado e Zenildo Bodnar, Editora Impetus, 1ª edição, 2ª tiragem, pág. 93).

Entretanto, se o próprio réu declarar que vinha perpetrando a mercancia ilícita há razoável lapso temporal, restou caracterizada sua dedicação à atividade criminosa, não sendo possível, portanto, a incidência do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006:

Nesse sentido, trazemos à baila decisão do e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

**EMENTA -DIREITO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - ATENUANTE - NÃO-DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES, AINDA QUE NÃO REDUZIDAS AS PENAS - INAPLICABILIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 - DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS - REGIME INICIAL FECHADO - VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. I - Confessando o acusado a prática do delito de tráfico de drogas e diante da apreensão, em seu poder, de grande quantidade e variedade de drogas, não há que se cogitar de desclassificar sua conduta para a de mero uso. II - A confissão espontânea e a menoridade do agente devem ser reconhecidas como atenuantes de suas penas, ainda que não sejam aptas a reduzir suas penas-bases aquém do mínimo legal fixado na sentença. III - **Se o denunciado confessa que vinha praticando o crime de tráfico há cerca de 05 (cinco) meses, não pode ser beneficiado pela diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, posto ter se dedicado a atividades criminosas.** IV - A pena privativa de liberdade do condenado por tráfico de drogas deve começar a ser cumprida no regime fechado, não fazendo ele jus, ainda, à sua substituição. (nº 1.0024.07.680258-6/001(1)-Rel. ADILSON LAMOUNIER-Data do julgamento: 05/08/2008- Data da publicação: 15/08/2008-grifo nosso).**

Quanto ao requisito de não integrar organização criminosa, é importante que fique delineado no processo uma certa habitualidade, ainda que não seja de forma exclusiva, para se afastar o gozo de tal benesse. A esse respeito o Procurador de Justiça aposentado e advogado criminalista Vicente Greco Filho e o advogado criminalista João Daniel Rassi assim dispõem sobre o tema:

“ O problema dos verbos “dedicar-se” e “integrar-se” . O terceiro problema é o conceito de “dedicar-se” ou de “integrar-se”. Dedicar-se, segundo os dicionários, é “consagrar sua afeição

e/ou seus serviços a alguém; consagrar-se; dar-se”, o que significa um certo grau de habitualidade, ainda que não exclusiva; integrar significa “juntar-se; fazer parte integrante, participar de”. E essas circunstâncias, ainda que não exclusiva habitualidade e a participação como membro de organização criminosa, devem ser provadas suficientemente para exclusão do benefício” (*Lei de Drogas Anotada, Lei n. 11343/06, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, Editora Saraiva, 2007, pág. 103*).

Outro assunto a ser abordado quando se refere à causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 diz respeito à polêmica recentemente levantada quanto ao seu caráter hediondo. Os que defendem que o citado artigo perdeu seu caráter hediondo tomam por base o homicídio qualificado privilegiado, contudo, não é possível comparar as circunstâncias que retiram o caráter hediondo do homicídio qualificado privilegiado com o tráfico de drogas, quando aplicável a minorante acima mencionada.

Isso porque as circunstâncias que tornam o homicídio privilegiado dizem respeito à conduta criminosa perpetrada pelo agente, a qual, quando perpetrada, não gera as características que a tornaria uma ação hedionda.

Diferentemente, a causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei Antidrogas diz respeito ao autor e não à conduta por este perpetrada. Nesse sentido:

**PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRIVILÉGIO DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/2006 - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA, CONFORME FIXADO NA SENTENÇA - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. - A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente infrator, quando for ele primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividade criminosa, mas o crime por ele praticado continua a ser equiparado a hediondo. V.V.P.(Apelação nº1.0056.07.150127-6/001(1) - Rel. HÉLCIO VALENTIM. J: 09/09/2008 – grifo nosso).**

Com efeito, o réu foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei Antitóxicos, tendo lhe sido aplicada a minorante inserta no § 4º, do referido dispositivo. Assim, *in casu*, não há que se falar em “tráfico privilegiado”, figura esta prevista no artigo 33, § 3º, da Lei 11.343/06.

No magistério de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, encontramos os pertinentes ensinamentos sobre o tema em questão:

**“... o fato de haver sido prevista uma causa de diminuição de pena para o traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações criminosas, não afasta a tipificação da sua conduta como incurso no art.33, caput e §1º, que são consideradas similares a infrações penais hediondas, conforme se pode observar pelas proibições enumeradas no art.44 da Lei 11.343/06...”** (Leis penais e processuais penais comentadas. 2 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 330) (grifo nosso).

h) art. 34 da Lei n.º 11343/06.

O mais importante que se deve saber sobre tal tipo é a necessidade, decorrente de se tratar de crime material, de se fazer perícia para que se possa constatar a aptidão do objeto que se destina à consecução dos fins propostos no tipo.

A apreensão de uma balança de precisão sem comprovação de que se destina aos objetivos especificados no tipo não caracteriza, por óbvio, o delito, já que estes se trata de fatos constitutivos da imputação.

i) art. 35 da Lei n.º 11343/06.

É fundamental se saber que somente se está diante do delito de associação nos casos previstos na supracitada norma, ou seja, art. 33, *caput*, e §1º e 34 da Lei 11343/06. Nesse diapasão, não se caracterizará a associação para o tráfico se os delitos visados forem os previstos nos artigos 33, §§ 2º e 3º, 37, 38 e 39 da Lei de Drogas.

Quanto à necessidade de estabilidade para caracterizar o crime existem 02 (duas) correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

A primeira exige a estabilidade e permanência do vínculo para caracterização do crime, sendo que, por ser majoritária, não há necessidade de se colacionar julgados ou transcrever trechos dos livros que defendem tal tese.

A segunda corrente, minoritária, em razão de tal circunstância torna-se necessário transcrevê-la para conhecimento:

O Juiz de Direito do Estado do Espírito Santo, Dr. Sérgio Ricardo de Souza, adepto de tal teoria, assim discorre sobre o assunto:

***“Verifica-se que em relação à associação para a prática de qualquer dos crimes previstos na cabeça do art. 33 e no seu § 1º, bem como no art. 34 desta Lei, a tipificação da conduta exige apenas o requisito objetivo do número de pessoas (duas ou mais pessoas) e o requisito subjetivo de que a associação seja para o fim específico de ‘praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e art. 34 desta Lei’, havendo expressa afirmativa de que não se exige reiteração da conduta (reiteradamente ou não), nisso se assemelha à causa de aumento prevista na primeira parte do inciso III, do art. 18 da Lei nº 6.368/76, a qual foi também por ele incorporada, tanto que ela não faz parte do rol de causas de aumento previstas no art. 40 desta Lei.”*** SOUZA, Sérgio Ricardo de. Nova lei antidrogas: (Lei nº 11.343/2006): comentários e jurisprudência. Niterói: 2006, pág. 47.

Nesse mesmo sentido, o voto do eminente relator desembargador Paulo Cezar Dias, em recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

**“(…) A Lei 11.343/06 não faz, em seu art. 35, qualquer distinção entre a associação eventual ou duradoura, punindo-as com o mesmo vigor. Motivo que não há que se falar em absolvição, vez que está provado que ambos tinham a posse da droga destinada a venda.”** (Nº do processo: 1.0024.07.446713-5/001(1)-Rel.: PAULO CÉZAR DIAS-Data do julgamento: 04/12/2007-Data da publicação:16/01/2008).

Ainda quanto ao assunto, impende salientar mais uma jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

**PROVA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - TRÁFICO DE DROGAS - PERMISSÃO JUDICIAL - EFICÁCIA.** Admite-se como prova hábil à demonstração do tráfico de entorpecentes o resultado de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, a teor da Lei 9296/1996. A utilização de escutas telefônicas constitui mais um meio de prova, inovador e eficiente, colocando a tecnologia a serviço da Justiça. Justificado o pedido de interceptação e obedecidos os requisitos legais, sua feitura é aceita à conta de meio de prova, tal como os demais meio probantes. - **TÓXICO - ASSOCIAÇÃO - ILÍCITO PERPETRADO ANTES DA LEI 11.343/2006 (NOVA LEI ANTITÓXICOS) - IMEDIATA APLICAÇÃO DA LEI NOVA A FATOS A ELA ANTERIORES - INCIDÊNCIA DO ART. 5º, INCISO XL, DA CF/88 C/C O ART. 2º DO CP - ARTS. 14 e 18, INCISO III, AMBOS DA LEI 6.368/76 - DECOTE DA MAJORANTE - CRIME AUTÔNOMO -NECESSIDADE DE SUA ADEQUAÇÃO AO FATO - LEI POSTERIOR QUE FAVORECE O AGENTE - SUA APLICAÇÃO IMEDIATA. Com o advento da Lei 11.343/2006, a associação eventual ou permanente passou a ser prevista e punida como crime autônomo (art. 35 da nova Lei Antitóxicos).** De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores. Nº:1.0024.06.031585-0/001(1). Rel: HYPARCO IMMESI. Data da publicação: 17/05/2007.

i) art. 36 da lei n.º 11343/06.

Existe muita crítica na doutrina quanto à opção do legislador de utilizar os verbos financiar e custear, existindo mesmo o caso daqueles que entendem serem expressões sinônimas, enquanto outros entendem ter sido desnecessário inserir no tipo tais comportamentos. De qualquer sorte, transcreveremos a lição dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho que diferenciam tais expressões:

“ os verbos-núcleo do tipo são financiar e custear. Financiar, no contexto da lei, é prover o capital necessário para o tráfico. A Lei se utilizou também da expressão custear. Apesar de os termos possuírem próxima sinonímia, entendemos que o legislador os utilizou em sentidos diversos, sob pena de serem por inúteis as palavras do legislador. Portanto, custear, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, é prover os custos, as despesas, os gastos. Custear não é , diante disso, apenas fornecer dinheiro para que o traficante possa desenvolver sua atividade, mas também fornecer outros bens móveis, como armas munição, veículos. Veja que foi relevante o tipo penal ter previsto a conduta de custear, valendo-se da entrega de bens, pois do contrário o agente que entregasse dinheiro para a compra de carros responderia por financiamento, enquanto aquele que entregasse os próprios carros responderia por tráfico, com a diversidade de tratamento existente entre as figuras penais sem que haja qualquer diversidade de desvalor entre as condutas”(Lei de Drogas, Lei n.º 11343 de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Editora Método, Pág. 113).

j) art. 37 da Lei n.º 11343/06.

O mais importante no tipo é ter conhecimento de que o delito está configurado mesmo que a colaboração se dê para um concurso eventual de agentes. Neste sentido a lição dos Procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

“Veja, portanto, que quando o legislador fala em grupo ou organização não está se referindo a uma associação permanente e estável, pois para esta reservou termo próprio (associação). Assim, restará configurado o delito em estudo se a colaboração for para um concurso eventual de agentes, sem ânimo associativo, que estejam reunidos para a prática de apenas um delito de tráfico. Porém, não é tipificada neste artigo a conduta do agente que presta informações para um único traficante, que não esteja praticando o delito em concurso com outros agentes. Apesar de a regra ser a união dos agentes para a prática delitiva, nada impede a existência de um traficante solitário, que não pratique o crime em grupo, organização ou associação. Como a nova Lei de Drogas restringiu a conduta típica aos que contribuem com grupo, organização e associação, o informante não se enquadraria no presente artigo. Neste caso, como responderia o informante de um traficante solitário? Sua conduta não será típica, pois em razão do disposto no art. 29 do CP, ele estará auxiliando o traficante e, como tal, deverá responder pelo delito por este praticado, como partícipe” (Lei de Drogas, Lei n.º 11343 de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Editora Método, Pág. 120/121).

O delito é formal, portanto, independe para sua caracterização da apreensão de droga, bastando a comprovação da efetiva colaboração do agente.

k) art. 38 da Lei n.º 11343/06.

Trata-se de crime culposo, portanto, só se caracteriza quando houver imprudência, negligência ou imperícia.

l) art. 39 da lei n.º 11343/06.

Existe discussão na doutrina quanto ao fato deste crime ser de perigo concreto ou abstrato. Assim, sua caracterização, no caso concreto, dependerá de qual tese a ser adotada.

m) art. 40 da Lei n.º 11343/06.

No presente caso, a título ilustrativo, é colacionada a jurisprudência, tão somente, do inciso III da Lei n.º 11343/06, nos casos que têm deixado dúvida, a saber:

A prática do delito nas imediações de bar caracteriza a tal majorante. A propósito, o Desembargador José Antônio Baía Borges, relator da Apelação Criminal n.º 1.0024.07.432204-1/001, em seu voto, entendeu correta a aplicação da majorante em questão pelo fato do tráfico realizar-se em um bar, recinto de diversão, sendo acompanhado pelos Desembargadores Reynaldo Ximenes Carneiro e Herculano Rodrigues. Vejamos:

**“Correta também está a aplicação da majorante do art. 40, III, uma vez que a droga estava sendo comercializada em um recinto destinado à diversão, no caso um bar.”**  
(APELAÇÃO CRIMINAL N.º 1.0024.07.432204-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): JACQUELINE ROSA LIMA MAURO, FABIANA APARECIDA DE SOUZA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. Data do Julgamento: 29/11/2007. Data da Publicação: 22/01/2008).

A prática do delito nas imediações de rodoviárias, onde transitam diversas pessoas e onde se desenvolve trabalho coletivo, também caracteriza tal majorante. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

*PENAL - APELAÇÃO – TRÁFICO DE ENTORPECENTE - ABSOLVIÇÃO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO - IMPROVADO - DECOTE DA MAJORANTE - TRANSPORTE PÚBLICO - NEGADA - PENAS CORRETAMENTE APLICADAS - VOTO VENCIDO PARCIALMENTE. Comprovadas autoria e materialidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes impõe-se a manutenção da condenação. Demonstrado que o acusado tinha plena ciência de que transportava droga, inviável a aplicação do art. 21 do CP (erro sobre a ilicitude do fato). **Ocorrendo o delito de tráfico em uma Rodoviária, local em que trabalham diversas pessoas, e sendo preso o agente quando embarcava em ônibus intermunicipal resta caracterizada a majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06. (...) Acórdão (...) Para que ela ocorra, é necessário apenas que o crime seja cometido em local de trabalho coletivo, o que restou comprovado, pois o acusado transportou a droga na Rodoviária de Belo Horizonte, local em que notoriamente trabalham diversas pessoas, e em transporte público, tendo em vista que foi preso na posse da droga quando embarcava no ônibus para Teófilo Otoni.** (...) (Apelação Criminal nº 1.0024.06.306515-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(s): Sidney Coelho Macedo - Apelado(a)(s): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Walter Pinto Da Rocha) (grifamos).*

A prática do delito no interior de táxi, que é transporte público, também caracteriza a majorante. Nesse diapasão, o TJMG:

*TRÁFICO - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA - ART. 40, III, DA LEI FEDERAL Nº 11.343/06 - FLAGRANTE DENTRO DE TÁXI - INTEGRAÇÃO. Se o agente é flagrado transportando drogas dentro de táxi, não há dúvida de que a causa especial de aumento de pena encontra integração, na medida em que o art. 30, V, da Constituição Federal, confere monopólio para a concessão do serviço de transporte coletivo destinado ao público em geral, e não a particular específico, pouco importando se o serviço é objeto de permissão, ou de realização direta, porque público. (Número do processo: 1.0024.06.254694-0/001(1) Relator: JUDIMAR BIBER Data do Julgamento 25/09/2007 Data da Publicação: 02/10/2007 – Grifo nosso).*

## **B. Das preliminares mais comuns em processos envolvendo a Lei nº 11.343/2006:**

### **1 - Questionamento quanto às interceptações telefônicas:**

Um dos assuntos mais corriqueiros em se tratando de tráfico de drogas diz respeito ao questionamento quanto às interceptações telefônicas. Isto porque as interceptações, sem dúvida alguma, ao lado das denúncias anônimas, constituem hoje, em um dos instrumentos mais eficazes para a repressão ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, notadamente quando se trata de organização criminosa e/ou tráfico interestadual.

Nesse contexto, buscando fornecer mecanismos que possam auxiliar o trabalho dos Promotores de Justiça, em especial, daqueles que oficiam em comarcas do interior, onde se deparam com todo o tipo crime, inclusive tráfico de drogas e associação para tal fim, abaixo serão elucidadas algumas das preliminares mais comuns à área, com os principais questionamentos arguidos pela defesa, bem como, a título de sugestão, serão apresentadas algumas doutrinas e jurisprudências que tratam do assunto.

Antes, porém, torna-se necessário trazer à baila alguns apontamentos sobre o valor probante da interceptação telefônica e sua importância.

Em relação às escutas telefônicas, vale ressaltar que constituem mais um meio de prova eficiente e inovador, colocando a tecnologia a serviço da Justiça, mormente nos delitos de tráfico de drogas.

Como é cediço, a interceptação telefônica constitui valioso instrumento de investigação e de prova, mormente quando o delito perpetrado se desenvolve às escondidas, como o tráfico de drogas. Nesse sentido:

**PROVA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - TRÁFICO DE DROGAS - PERMISSÃO JUDICIAL - EFICÁCIA. Admite-se como prova hábil à demonstração do tráfico de entorpecentes o resultado de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, a teor da Lei 9296/1996. A utilização de escutas telefônicas constitui mais um meio de prova, inovador e eficiente, colocando a tecnologia a serviço da Justiça. Justificado o pedido de interceptação e obedecidos os requisitos legais, sua feitura é aceita à conta de meio de prova, tal como os demais meio probantes. (...) (Apelação Criminal n.º 1.0024.06.031585-0/001 - Comarca de Belo Horizonte – Apelante (s): Maria Serafina Silva de Araújo, Edite Rodrigues Da Silva - Apelado(a)(s): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Hyparco Immesi) (grifo nosso).**

**EMENTA: PROVA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - TRÁFICO DE DROGAS - PERMISSÃO JUDICIAL - EFICÁCIA. Admite-se como prova hábil à demonstração do tráfico de entorpecentes o resultado de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, a teor da Lei 9296/1996. A utilização de escutas telefônicas constitui mais um meio de prova, inovador e eficiente, colocando a tecnologia a serviço da Justiça. Justificado o pedido de interceptação e obedecidos os requisitos legais, sua feitura é aceita à conta de meio de prova, tal como os demais meio probantes. - TÓXICO - ASSOCIAÇÃO - ILÍCITO PERPETRADO ANTES DA LEI 11.343/2006 (NOVA LEI ANTITÓXICOS) - IMEDIATA APLICAÇÃO DA LEI NOVA A FATOS A ELA ANTERIORES - INCIDÊNCIA DO ART. 5º, INCISO XL, DA CF/88 C/C O ART. 2º DO CP - ARTS. 14 e 18, INCISO III, AMBOS DA LEI 6.368/76 - DECOTE DA MAJORANTE - CRIME AUTÔNOMO -NECESSIDADE DE SUA ADEQUAÇÃO AO FATO - LEI POSTERIOR QUE FAVORECE O AGENTE - SUA APLICAÇÃO IMEDIATA. Com o advento da Lei 11.343/2006, a associação eventual ou permanente passou a ser prevista e punida como**

crime autônomo (art. 35 da nova Lei Antitóxicos). De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores.

### 1.1 – Nulidade das interceptações em razão das sucessivas prorrogações

No caso de haver mais de uma prorrogação da interceptação telefônica, é comum os defensores questionarem a sua validade, sob o argumento de que não poderia haver mais de uma prorrogação.

Como se sabe, o artigo 5º da Lei 9296/96 prevê a possibilidade de prorrogação da interceptação telefônica, bastando para tanto que seja comprovada a indispensabilidade de tal medida.

Quanto às sucessivas prorrogações do monitoramento, insta ressaltar que tal medida não enseja qualquer nulidade, desde que se visualize o necessário prosseguimento das investigações e que a medida seja indispensável. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

*“Se a interceptação telefônica foi feita pela Autoridade Judiciária com equilíbrio e atenção às exigências do art. 5º da Lei 9296/96, não poderá ser declarada nula porque foi renovada várias vezes posteriormente em razão da necessidade do prosseguimento das investigações”* (TRF-4ª Região, Habeas Corpus 3220/RS, 7ª Turma, Rel. Juiz Wladimir de Freitas, julgado em 04/06/2002, votação unânime, DJ 19/06/2002).

Ademais, consubstanciado no princípio da busca da verdade real, o dispositivo legal (art. 5º da Lei 9.296/96) pode ser flexibilizado sem que acarrete ilegalidade na produção da prova. Nesse sentido a jurisprudência:

**APELAÇÃO CRIMINAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - PRORROGAÇÃO DE PRAZO - LEGALIDADE - PROVAS CONCRETAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO DELITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REPRIMENDAS DEMASIADAS - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - MODIFICAÇÃO. Havendo autorização judicial para a realização de interceptação telefônica, sendo necessária a prorrogação do prazo para a escuta, no sentido de perquirir uma investigação mais aprofundada, é possível que esta seja concedida por mais de uma vez, flexibilizando-se o dispositivo legal (art. 5.º Lei 9.296/96), com fulcro no princípio da busca da verdade real, incorrendo, assim, qualquer tipo de ilegalidade na produção da prova impugnada.** (Apelação Criminal nº 1.0016.05.047149-5/001, 2ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. HERCULANO RODRIGUES. J. 20/04/2006) (grifonosso).

**APELAÇÃO CRIMINAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - PRORROGAÇÃO DE PRAZO - LEGALIDADE - PROVAS CONCRETAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO DELITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REPRIMENDAS DEMASIADAS - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - MODIFICAÇÃO. Havendo autorização judicial para a realização de interceptação telefônica, sendo necessária a prorrogação do prazo para a escuta, no sentido de perquirir uma investigação mais aprofundada, é possível que esta seja concedida por mais de uma vez, flexibilizando-se o dispositivo legal (art. 5.º Lei 9.296/96), com fulcro no princípio da busca da verdade real, incorrendo, assim, qualquer tipo de ilegalidade na produção da prova impugnada.** Havendo provas concretas da autoria e da materialidade do delito de associação para

o tráfico de drogas, impossível a absolvição. Aplicadas as reprimendas de forma demasiada, imprescindível sua reforma para melhor amoldá-las às circunstâncias do apelante. É de se modificar o regime de cumprimento de pena estabelecido no integralmente fechado, tendo em vista o advento da Lei 11.464/07, que modificou a redação do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, no sentido de estabelecer exclusivamente, o regime inicialmente fechado para os delitos elencados nesta lei. Provimento parcial do recurso que se impõe. (Processo nº 1.0701.03.040966-1/002(1) – Relator: ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Data de julgamento: 04/09/2007) (grifo nosso).

Ainda se persistirem os motivos que ensejaram a decretação do monitoramento, pode-se ter sucessivas prorrogações, não maculando, assim, as provas derivadas da questionada interceptação. Esse é o uníssono entendimento do escólio pretoriano:

**TRÁFICO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VÁRIAS RENOVAÇÕES DA DILIGÊNCIA. NECESSIDADE DAS PRORROGAÇÕES DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. INOCORRÊNCIA DAS IRREGULARIDADES APONTADAS. REJEITA-SE. REEXAME DE PROVAS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. PROVA TESTEMUNHAL. DEPOIMENTO DE POLICIAL. VALIDADE. PRESUNÇÃO DO FLAGRANTE. AUTORIA, TIPICIDADE E MATERIALIDADE COMPROVADAS. OCORRÊNCIAS DELITUOSAS NÃO RELATADAS NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME. APREENSÃO DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROVA DE SUA UTILIZAÇÃO NO TRÁFICO. REVOGAÇÃO DO PERDIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Não há limite para o prazo de prorrogação da interceptação telefônica, desde que justificada sua necessidade, e atentando-se a critérios de proporcionalidade e adequabilidade da medida. - Estando a confissão extrajudicial em harmonia com o restante da prova coligida, notadamente as gravações telefônicas e a prova testemunhal, resta provada a autoria, devendo ser mantida a condenação. - O réu não pode ser condenado por crime não descrito na denúncia, sob pena de ofensa ao princípio da correlação entre acusação e condenação, devendo ser absolvido em relação às múltiplas ocorrências reconhecidas na sentença e não narradas na exordial. - Se não comprovada a utilização do automóvel apreendido para o tráfico, deve ser revogado o perdimento decretado, impondo-se a liberação via alvará. (Apelação Criminal nº 1.0016.05.047149-5/001, 2ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. HERCULANO RODRIGUES. J. 20/04/2006) (grifo nosso).**

**INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - PROVA ELABORADA DE ACORDO COM OS PRECEITOS DA LEI FEDERAL 9.296/96 - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA - INAPLICABILIDADE. Sendo de incontestável validade a escuta telefônica, apta a deflagrar um largo esquema associativo de aquisição e distribuição de um grande volume de drogas, não há que se falar em aplicação da teoria dos 'frutos da árvore envenenada', tendo a diligência grande importância para o livre convencimento do magistrado, tanto mais se a identificação dos acusados foi precedida de minucioso trabalho realizado pelo serviço de inteligência da polícia civil, com a ciência ministerial. (Apelação Criminal nº 1.0313.06.209451-8/001, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. JUDIMAR BIBER. J. 29/04/2008) (grifo nosso).**

#### **1.2 - Nulidade das interceptações telefônicas em razão da alegada Inexistência de Índícios Razoáveis de Autoria:**

Também é comum que a defesa alegue nulidade das provas obtidas por meio da interceptação telefônica, sob o argumento de que não foi observado o disposto no artigo 2º da Lei 9.296/96, ou seja, não havia indícios razoáveis de autoria a justificar a medida cautelar, o que não lhe assiste razão.

Tratando-se de providência cautelar, não há que se questionar a submissão da interceptação aos requisitos básicos de toda medida desta natureza, quais sejam: *fumus boni iuris* (aparência do bom direito) e *periculum in mora* (perigo ou risco na demora).

O *fumus boni iuris*, em processo penal, traduz-se em duas exigências: 1ª) probabilidade de autoria ou participação numa infração penal; 2ª) probabilidade de existência de uma infração penal.

Assim sendo, verifica-se que, ao deferir a medida cautelar em comento, deve o Magistrado manter-se fiel a esses pressupostos.

No caso de questionamentos desse jaez, mister se faz salientar que as interceptações foram originadas de um trabalho investigativo da polícia, o qual culminou com a apreensão de grande quantidade de drogas e de uma quadrilha especializada no tráfico interestadual.

Assim, para que haja interceptação telefônica, é necessário, consoante alhures consignado, a ocorrência de indícios de autoria, que se traduz na necessidade de existência de uma investigação criminal, todavia, prescinde-se de um inquérito. Nesse sentido os ensinamentos do professor Vicente Greco Filho em sua obra "Interceptação Telefônica":

*"A interceptação poderá ser determinada pelo Juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, **na investigação criminal**; ou do representante do Ministério Público, **na investigação criminal** e na instrução processual penal. A interceptação, portanto, pode ser tanto antecedente ao processo penal quanto incidental, depois daquele instaurado."* (Vicente Greco Filho, *Interceptação Telefônica*, Editora Saraiva, 1996, pág. 29)- (grifo nosso).

Nesse diapasão, não se pode olvidar que, para o ajuizamento da ação penal, o inquérito policial não é indispensável. A esse respeito os ensinamentos do Procurador de Justiça de Minas Gerais Denílson Feitoza Pacheco:

*"O inquérito policial é 'mera peça informativa', podendo o titular da ação penal ter elementos suficientes ao oferecimento da denúncia por outros meios, motivo pelo qual se diz que ele pode ser dispensado"* (veja arts. 12, 27, 39, § 5º e 46§ 1º do CPP)" (Direito Processual Penal, teoria, Crítica e Práxis, Denílson Feitoza Pacheco, 3ª edição, Editora Impetus, 2005, pág. 225).

Ora, se o inquérito policial não é fase obrigatória da persecução penal, por que seria fase obrigatória para uma medida cautelar? É possível existir investigação por meio de outros atos de investigação. A respeito do que seja ato de investigação complementa o renomado Processualista Penal Denílson Feitoza Pacheco:

*"Por isso seria cabível se fazer a distinção entre atos de investigação, que são as provas produzidas durante a investigação criminal e atos de prova, que são aquelas produzidas durante o processo penal"* (Direito Processual Penal, teoria, Crítica e Práxis, Denílson Feitoza Pacheco, 3ª edição, Editora Impetus, 2005, pág. 225).

Em razão do exposto o Egrégio TRF da 3ª região assim se posicionou quanto à necessidade de inquérito policial para que se possa efetivar a interceptação telefônica judicialmente autorizada:

*“O pedido de quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático tem a natureza de Medida Cautelar Preparatória, de caráter instrumental, pelo que a sua formulação independe de prévia abertura de inquérito policial ou da instauração de Ação Penal, conforme, inclusive, autoriza o artigo 240 do Código de Processo Penal, sendo necessário, somente, a presença de indícios de autoria delitiva e mínima prova da prática de uma infração Penal, além do “periculum in mora” (TRF da 3ª região, 5ª Turma, Apelação Criminal n.º 2000.61.81.007596-0/SP, rel. Juíza Suzana Camargo, j.03.ago.2001, DJU, p.454, 04.set.2001).*

Ainda nesse mesmo sentido:

CRIMINAL. HC. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. QUEBRA BASEADA NAS DECLARAÇÕES DE UMA SÓ PESSOA. ANÁLISE RESTRITA À SUA CAPACIDADE DE CONFIGURAR INDÍCIO DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. APTIDÃO NÃO-ATACADA. INEXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. DISPONIBILIZAÇÃO ESPONTÂNEA DE INFORMAÇÕES PELO PACIENTE. DESNECESSIDADE AFASTADA EM RELAÇÃO AOS SIGILOS TELEFÔNICO E TELEMÁTICO E FALTA DE INTERESSE JURÍDICO EM RELAÇÃO AOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. INSTALAÇÃO PRÉVIA DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INOCORRÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DEVIDO A FATORES DE ORDEM FAMILIAR E PESSOAL. PRERROGATIVAS QUE NÃO PODEM ACOBERTAR DELITOS. NATUREZA ABSOLUTA INEXISTENTE. DIVULGAÇÃO DE DADOS DECORRENTES DAS QUEBRAS. DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE. CRIMES DIVERSOS DOS ORA ANALISADOS. LEGALIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. LIMINAR CASSADA. ORDEM DENEGADA.

**“ Não se pode condicionar a quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático à instauração prévia do procedimento investigatório, devendo-se exigir, apenas, que a necessidade de sua realização para a apuração da infração penal seja demonstrada, em consonância com os indícios de autoria ou participação no ilícito e desde que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis.A legislação fala em “investigação criminal”, não prevendo, para a interceptação telefônica, a instalação prévia de inquérito policial”.** (HC 20087/SP HABEAS CORPUS2001/0198363-2 – Relator: Ministro Gilson Dip – data de Publicação: DJ 29.09.2003 p. 285 LEXSTJ vol. 176 p. 263) (grifo nosso).

Conforme se depreende de todo o exposto, é indispensável, portanto, para a efetivação da interceptação telefônica, que a ordem judicial seja acompanhada de uma motivação, especificamente vinculada à situação concreta.

### 1.3 Da Ausência da Transcrição dos Diálogos Interceptados

Também a alegação de cerceamento de defesa ante a ausência de transcrições dos diálogos interceptados apresenta-se indevida.

Neste aspecto, é imprescindível ponderar que, embora não tenha sido transcrita a totalidade dos diálogos interceptados (caso realmente não tenha sido feita a degravação na sua íntegra), foi devidamente encaminhado ao juízo o CD contendo a íntegra das gravações. Assim,

verifica-se que a totalidade do material advindo das escutas telefônicas esteve à disposição das partes durante a instrução.

Diante disso, percebe-se que o fato dos agentes federais/civis realizarem a transcrição apenas parcial das conversas em nada prejudica a prova, não caracterizando cerceamento de defesa, violação ao devido processo legal ou contraditório.

Nesse sentido, manifestou-se o Des. Herculano Rodrigues Carneiro, na apelação criminal nº 1.0480.04.057149-3/001:

*“Foi argüida também a nulidade da sentença, ou a inadmissibilidade da prova obtida mediante interceptação telefônica, ao argumento de que não teriam sido observadas as normas contidas na Lei 9.296/96, que exigiriam a transcrição integral das conversas interceptadas, e não apenas de trechos que os próprios peritos entenderam relevantes,...). Ao que consta do ofício de f. 268, as dezenove fitas K7 contendo a íntegra das gravações das interceptações telefônicas foram devidamente encaminhadas ao Juízo. Estavam, portanto, à disposição das partes, que poderiam a qualquer tempo requerer, em relação a elas, o que lhes apossasse. Embora a Lei 9.296/96 dê a entender ser desnecessária a gravação, as conversas foram gravadas e transcritas, para melhor aferição da veracidade da prova e de sua idoneidade técnica. Não consta dos autos tenha sido procedida a inutilização dos trechos não mencionados no laudo, pelo que o fato de haver constado a transcrição apenas parcial das conversas em nada prejudica a prova, não havendo que se falar em violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório, como sustentam os acusados”. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0480.04.057149-3/001 - COMARCA DE PATOS DE MINAS - APELANTE(S): ALAIR RODRIGUES BRAGA - PRIMEIRO, FLÁVIO HENRIQUE DE SOUZA BRAGA E IRENI DE SOUZA BRAGA - SEGUNDO, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - TERCEIRO - APELADO(A)(S): OS MESMOS - RELATOR: EXMO. SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO (grifo nosso).*

Se não bastasse o exposto, verifica-se que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou pela desnecessidade de redução a termo de todo o teor das conversas interceptadas, quando as partes têm acesso à integralidade das gravações. Senão vejamos:

**“INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ART. 6º, §§ 1º E 2º, DA LEI 9.296/96. DESNECESSIDADE DE REDUÇÃO A TERMO DE TODO O CONTEÚDO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS, UMA VEZ QUE AS PARTES TIVERAM ACESSO À INTEGRALIDADE DAS GRAVAÇÕES. INOBSERVÂNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.”** (HC 37.227/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg. 19.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 311) (grifo nosso).

#### **1.4 Cerceamento de Defesa – Falta de perícia:**

Comum ainda se apresenta a alegação de cerceamento de defesa devido à falta de perícia espectrograma.

Primeiro, é necessário salientar que não há cerceamento de defesa quando a não realização de tal perícia, em nada influenciou no esclarecimento dos fatos, já que a prova não foi alicerçada nas interceptações telefônicas realizada pela Polícia Civil/Federal, mas em farto conjunto probatório analisado quando da apreciação do mérito.

Além disso, o STJ entende que a Lei nº 9.296/96 não exige que a degravação da escuta deva ser submetida à perícia. Nesse sentido, trecho do voto do Rel.Min. Felix Fischer proferido no “Habeas Corpus” nº 15820/DF (2001/0008411-7):

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. MULTA.PERDIMENTO DE BENS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI Nº 9.296/96. PENA.FIXAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA CRIME DE ASSOCIAÇÃO. ARTIGO 14 DA LEI-Nº 6.368/76. *PROGRESSÃO DE REGIME.II - **Interceptações telefônicas que foram autorizadas judicialmente, nos moldes da Lei nº 9.296/96, não havendo, pois, que se falar em prova ilícita.** A tese de que poderia a prova ser produzida por outros meios, o que seria óbice à referida autorização, não pode ser apreciada nesta sede, uma vez que demandaria o exame minucioso do material cognitivo constante nos autos. **Por outro lado, não há, no referido diploma legal, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia.***

Vale ressaltar que é este o posicionamento dominante em nossos tribunais, tanto que a eminente Desembargadora do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **Beatriz Pinheiro Caires**, ao analisar questão análoga na denominada “Operação Good Vibes”, nos autos de nº 1.0024.07.799175-0/001, cujo acórdão foi publicado em data de 21/08/2009, reportou-se ao julgado do TRF da 8ª Região, onde tal questão já se encontra pacificada. Senão vejamos:

*“(…) Também não há, na Lei n. 9.296/1996, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida à perícia. Nesse sentido, o TRF da 4ª Região entendeu desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação, e complementa: A inserção de notas explicativas nas transcrições é providência salutar e até mesmo indispensável para a compreensão dos diálogos interceptados, tendo em vista a linguagem propositadamente enigmática empregada pelos traficantes nas suas conversações telefônicas (TRF da 4ª Região, 8ª Turma, Apelação Criminal n. 2000.71.04.003642-3/RS, rel. Juiz Amir Sarti, j. nov.2001, DJU, p. 1.396, 16 de jan.2002” (Denílson Feitoza Pacheco, Direito Processual Penal - Teoria, Crítica e Práxis, Editora Impetus, 3ª edição, 2005, p. 921) (grifo nosso).*

#### 1.5 - Da prova emprestada – Interceptação realizada em processo diverso

A alegada nulidade absoluta do feito, em virtude de ter o MM Juiz *a quo* utilizado, para formação de seu convencimento, das interceptações telefônicas produzidas em processo diverso está entre as preliminares mais argüidas pela defesa. De modo geral, todos os

defensores aduzem não ter assistido ao levantamento de tal prova, o que configuraria o cerceamento e a desobediência ao princípio de devido processo legal.

Inicialmente, vale ressaltar que os monitoramentos foram regularmente deferidos por juízo competente e em obediência as ditames da Lei n.º 9.296/96.

Ademais, é perfeitamente válida como meio de prova a interceptação telefônica que, além do fato para o qual foi autorizada, descobre outros delitos ligados a este. Nesse ponto, trazemos à baila o entendimento dos professores Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, na obra "Interceptação Telefônica, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 194:

*"Se o fato objeto do encontro fortuito é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio de probatório, inclusive quanto ao fato extradescoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita a interceptação (art.2º, inc.III). Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecentes; descobre-se fortuitamente a prática de um homicídio, em conexão teológica. De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório".*

Quanto à alegação da defesa de que não assistiu ao levantamento de tal prova, vale esclarecer que o procedimento de interceptação telefônica trata-se de uma medida de natureza cautelar, cuja finalidade é a produção de prova processual penal, no qual, para eficiência dos trabalhos, preza-se pelo sigilo.

A interceptação telefônica, determinada pelo Juiz, a requerimento da autoridade policial, auxilia a investigação criminal, visando a juntada de provas e indícios para enriquecimento do inquérito policial.

Ora, nessa fase investigatória, caracterizada pelo sigilo e anterior à instrução criminal, não há contraditório, portanto, a defesa não deve ter acesso aos autos, o que não vulnera a Lei Complementar 65/2003, o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal. Nesse sentido:

**ADMINISTRATIVO - INVESTIGAÇÕES POLICIAIS SIGILOSAS - CF/88, ART. 5º, LX E ESTATUTO DA OAB, LEI 8.906/94.1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal. 2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado. 3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexiste sigilo. 4. Em sendo sigilosas as investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado. 5. Recurso ordinário improvido.** (STJ - RMS 12516 / PR ; Recurso ordinario em mandado de segurança 2000/0112062-0; Segunda Turma; Ministra Eliana Calmon; publ. DJ 27.09.2004 p. 282) (grifo nosso).

A Min. Eliane Calmon, relatora do supracitado processo, concluiu em seu voto: "o inquérito policial é um procedimento de investigação de natureza administrativa e inquisitorial, que objetiva apurar a existência de fatos que, em tese, configuram crime, bem assim a sua autoria. Dentro desse enfoque, não há agressão ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa, o desenvolvimento das investigações em caráter sigiloso".

## 1.6 – Nulidade das interceptações telefônicas: Perícia realizada por não perito

Insustentável também a alegação de violação ao que preceitua a Lei nº 9.296/96, já o fato de as gravações terem sido realizadas por Agentes de Polícia, em nada interfere em sua validade. Note-se que tais transcrições das interceptações telefônicas devem ser realizadas por Agente de Polícia Federal/Civil, dotado de fé pública. Além disso, a lei não exige que as interceptações telefônicas sejam realizadas por peritos. Nesse sentido jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça:

*EMENTA-APELAÇÃO - ART. 33, ART. 35 C/C ART. 40, IV, TODOS DA LEI 11.343/06 - NULIDADE EM VIRTUDE DO ADITAMENTO DA DENÚNCIA - DESCABIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 569 DO CPP - NULIDADE PELA UTILIZAÇÃO DE RITO ESPECIAL - REJEIÇÃO - REGRA CONTIDA NO ART. 78, IV DO CPP - NULIDADE POR EXCESSO NA DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - DESCABIMENTO - OBEDIÊNCIA ÀS NORMAS DA LEI 9.296/96 - POSSIBILIDADE DA POLÍCIA MILITAR INTERCEPTAR LIGAÇÕES TELEFÔNICAS - AUSÊNCIA DE TÉCNICOS NA INTERCEPTAÇÃO - IRRELEVÂNCIA - INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA DA DEFESA - DESNECESSIDADE DA MEDIDA - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS DEFESAS PARA ATOS PROCESSUAIS - NULIDADE RELATIVA - NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DAS PENAS - DESPROVIMENTO - APLICAÇÃO DO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 - DESCABIMENTO - RECURSOS DESPROVIDOS. O aditamento da denúncia, quando os autos ainda não estão conclusos para sentença, obedece a regra do art. 569 do CPP. No concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta. Não há que se cogitar em nulidade do processo por excesso de duração da interceptação telefônica, se restar comprovado que esta obedeceu rigorosamente os prazos estipulados por lei, bem como suas prorrogações. **A Lei 9.296/96 possibilita ambas as polícias, militar e civil, o uso da interceptação telefônica, desde que autorizada pela autoridade judiciária e observados os rigores de seus artigos. Nos termos da legislação vigente é prescindível que a interceptação telefônica seja realizada por peritos.** Compete ao Juiz indeferir diligências que julgar desnecessárias, sendo descabido o pedido de nulidade por cerceamento de defesa quando isso ocorrer. A ausência de intimação da defesa para atos processuais constitui nulidade relativa, sujeita à preclusão e à demonstração de prejuízo. Restando devidamente comprovado no bojo dos autos que os réus associaram-se para a mercancia de entorpecentes ilícitos, não há que se falar em absolvição. É impossível a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, se os réus não preenchem os requisitos necessários para tanto. (Nº do processo: 1.0223.07.216981-4/001(1)- Rel.: VIEIRA DE BRITO-Data do julgamento: 10/07/2008- Data da publicação: 08/08/2008 – grifo nosso).*

O STJ também entende que a Lei nº 9.296/96 não exige que a gravação da escuta deva ser submetida à perícia. Nesse sentido, trecho do voto do Rel. Min. Felix Fischer proferido no "Habeas Corpus" nº 15820/DF (2001/0008411-7):

*EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. MULTA.PERDIMENTO DE BENS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI Nº 9.296/96. PENA.FIXAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA CRIME DE ASSOCIAÇÃO. ARTIGO 14 DA LEI-Nº 6.368/76. PROGRESSÃO DE REGIME.II - **Interceptações telefônicas que foram autorizadas judicialmente, nos moldes da Lei nº 9.296/96, não havendo, pois, que se falar em prova ilícita.** A tese de que poderia a prova ser produzida por outros meios, o que seria óbice à referida autorização, não pode ser apreciada nesta sede, uma vez que demandaria o exame minucioso do material cognitivo constante nos autos. **Por outro lado, não há, no referido diploma legal, a exigência de que a gravação da escuta deva ser submetida a perícia.** (grifo nosso).*

## 1.7- Nulidade das interceptações telefônicas: interpretação pessoal do Agente de Polícia

Da mesma forma, totalmente descabida a alegação de nulidade por ter o Agente Policial Federal/Civil inserido notas explicativas nas transcrições das interceptações telefônicas.

Vale ressaltar que o Egrégio Tribunal da 4ª Região já entendeu que a inserção de notas explicativas nas transcrições telefônicas é providência salutar e indispensável para a compreensão dos diálogos. Nesse sentido:

Nesse sentido, o TRF da 4ª Região entendeu *desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação*. E complementa: **A inserção de notas explicativas nas transcrições é providência salutar e até mesmo indispensável para a compreensão dos diálogos interceptados, tendo em vista a linguagem propositadamente enigmática empregada pelos traficantes nas suas conversações telefônicas.**(PACHECO, Denilson Feitoza, *Direito Processual Penal*. 3ª ed, Niterói: Impetus, p.921, grifo nosso).

### 3 – Nulidade – Ausência de Mandado de Busca e Apreensão

Quanto à regularidade ou não do mandado de busca e apreensão, igualmente despicinda se afigura tal discussão, porquanto sendo o tráfico ilícito de entorpecentes, crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo até a sua efetiva cessação, permite o ingresso no domicílio do particular mesmo sem o referido mandado de busca e apreensão.

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - NULIDADE DO PROCESSO - MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO - INEXISTÊNCIA - CRIME PERMANENTE - FLAGRANTE - POSSIBILIDADE - PRELIMINAR REJEITADA - DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS - DEPOIMENTOS POLICIAIS - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA - REDUÇÃO - § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 - RÉUS QUE SE DEDICAM ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS - APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO - IMPOSSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO - INADMISSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, BEM COMO DE SUA SUSPENSÃO CONDICIONAL - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - RÉU DEFENDIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. - **Sendo o tráfico crime permanente, cuja consumação se estende no tempo, possibilita a invasão do local no qual tais objetos se encontrem, até mesmo sem ordem judicial e independente do horário.** - Os depoimentos testemunhais dos policiais envolvidos nas prisões dos réus, desde que harmônicos com o contexto probatório e não maculados por interesses particulares, são idôneos pra embasar as condenações. - Se as penas foram fixadas de forma exacerbada, impõe-se a sua reestruturação, a fim de reduzi-las ao patamar adequado. - Restando comprovado nos autos que os acusados se dedicavam às atividades criminosas, inviável o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06. - O condenado por crime de tráfico de drogas deve começar a cumprir sua pena privativa de liberdade no regime fechado, por força de expressa disposição do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, não sendo admissível a substituição de tal reprimenda por restritivas de direito (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) ou a sua suspensão condicional (art. 44 da Lei nº 11.343/2006). VII - Em prol do acusado defendido pela Defensoria Pública milita a presunção de insuficiência de recursos para custear o processo, fazendo ele jus à isenção do pagamento das custas judiciais, por força do disposto no art. 10, II, da Lei Estadual nº 12.427/1996.(Nº 1.0024.07.391433-5/001(1) – Rel.: ADILSON LAMOUNIER – Data do julgamento: 26/01/2010 – Data da publicação: 10/02/2010- grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, a alegação de violação de domicílio não se sustenta. Vejamos:

EMENTA -TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO - NULIDADE DA APREENSÃO - INOCORRÊNCIA - CRIME PERMANENTE - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA - AGENTE PRIMÁRIO - POSSIBILIDADE. 1. **Tratando-se de delito de tráfico de entorpecentes, de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, ainda que a diligência tenha sido realizada no período noturno, não há que se falar**

**em violação de domicílio, pois a Carta Magna excepciona as hipóteses de prisão em flagrante, nem mesmo em ilegalidade das provas colhidas, já que derivadas de flagrante válido efetivado no interior do domicílio do agente, onde ocorria a prática do delito de tráfico de drogas, nas modalidades ter em depósito e guardar, situação em que se mostra desnecessário o mandado de busca e apreensão, bem como as formalidades previstas no art. 245, § 7.º do Código de Processo Penal.** 2. Sendo o agente primário, sem prova de que se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, possuindo circunstâncias judiciais, em sua maioria favorável, levando em conta a quantidade de droga apreendida, algo em torno de 76,88 g (setenta e seis gramas e oitenta e oito centigramas) de maconha, faz jus à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pela 1/2 (metade), pois esta deve ser aplicada levando em conta a natureza e a quantidade de droga apreendida. 3. Recurso parcialmente provido. (Nº 1.0352.08.041724-4/001(1) – Rel.: ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS – Data do julgamento: 20/10/2009 – Data da publicação: 26/11/2009 – grifo nosso).

#### **4 - Direito de recorrer em liberdade**

Preliminarmente, deve ser consignado que, recentemente, a Lei nº 11.719/2008 revogou o artigo 594 do Código de Processo Penal, que impunha ao sentenciado a obrigatoriedade de recolher-se à prisão para apelar da decisão.

Contudo, não é este o caso que se afigura quando o apelante foi preso em flagrante delito e assim permaneceu até o julgamento, quando, então, foi condenado.

Vale observar que a negativa do direito de recorrer em liberdade não implica inobservância de dispositivo legal já que a prisão permanece revestida de natureza processual e não constitui efeito da condenação.

No mais, há necessidade da manutenção da custódia do recorrente como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade do seu agente, devendo este ser afastado do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, obstando assim que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada.

Esse é o entendimento de nosso Tribunal de Justiça:

**EMENTA-'HABEAS CORPUS' - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - SENTENÇA CONDENATÓRIA - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NÃO RECONHECIDO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INEXISTÊNCIA.** - *Se o crime de tráfico de entorpecentes não admite a concessão da liberdade provisória, não se há de reconhecer, ao réu já condenado, o direito de aguardar em liberdade o julgamento de seu apelo.* (Nº 1.0000.09.509678-0/000(1) – Rel.: JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Data do Julgamento: 17/12/2009 - Data da Publicação: 29/01/2010).

#### **5 – Cerceamento de defesa pela não realização do exame de dependência Toxicológica**

Outra alegação de nulidade comum diz respeito ao fato do Magistrado indeferir pedido de realização de exame de dependência toxicológico requerido pela defesa.

Contudo, o referido exame pode ser negado desde que constatada a sua dispensabilidade. O fato de o recorrente ser usuário não é suficiente para justificar a necessidade do exame de dependência química, pois sua efetiva necessidade emana da existência de dúvida sobre sua normalidade psíquica, em decorrência do vício. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXAME DE DEPENDÊNCIA. INDEFERIMENTO DE PERGUNTA. INTEMPESTIVIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. INDEFERIMENTO DO WRIT. **A realização do exame de dependência toxicológica, nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes, situa-se no juízo de sua necessidade, cabendo ao magistrado aferir a real necessidade do exame para a formação de sua convicção, não consubstanciando cerceamento de defesa o seu indeferimento.** Não há que se falar em nulidade do ato judicial, configurado no indeferimento de pergunta à testemunha, se o fato já estava esclarecido e inexistiu prejuízo à defesa. A intempestividade do mandado de busca e apreensão não invalida a ação dos policiais, pois o delito de tráfico, na modalidade ter em depósito, é de natureza permanente, possibilitando o flagrante em qualquer momento." Ordem denegada. (S.T.F. 5ª T. - HC nº 32597/DF - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJ 14.05.2004, pág. 258 ).

TÓXICOS - AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE JUSTIFICAM A SUA DISPENSA - NULIDADE INEXISTENTE - MOMENTO ADEQUADO PARA A ALEGAÇÃO DE NULIDADE - PRECLUSÃO. **"A falta de realização do exame pericial de dependência toxicológica não configura nulidade processual se outros elementos de convicção durante a instrução probatória justificarem a sua dispensa.** O momento adequado para a realização da perícia é o imediatamente após a declaração do réu de que é dependente do uso de substância entorpecente. Se não alegada a nulidade processual, pela ausência do exame de dependência toxicológica, no prazo a que alude o art. 571, II, do Código de Processo Penal, a matéria resta preclusa." (S.T.F. 2ª T. - HC nº 75.399-0/PR - Rel. Min. Maurício Corrêa - DJU 06/04/98, pág. 22/08/97, pág. 38764).

Por oportuno, forçoso consignar que o não deferimento da realização de exame de dependência toxicológica não pode ser considerado cerceamento de defesa, visto tratar-se de ato discricionário do juiz, que visualizando tratar-se de prova prescindível ao seu convencimento, não estará obrigado a deferir-la. Nesse sentido o escólio pretoriano:

APELAÇÃO CRIMINAL - TÓXICO - TRÁFICO - ART. 12, C/C 18, III, DA LEI Nº 6.368/76 - AUSÊNCIA DE RAZÕES RECURSAIS DE UM DOS RÉUS - FATO QUE NÃO OBSTA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO APELO - INTELIGÊNCIA DO ART. 601, ""CAPUT"", DO CPP - **PRELIMINAR - NÃO-REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO À DEFESA DO ACUSADO - DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO** - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS - DELAÇÕES DE CO-RÉUS AMPARADAS POR DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 16 DA LEI DE TÓXICOS - INVIABILIDADE - DESTINAÇÃO MERCANTIL PATENTE - GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS, REJEITADA A PRELIMINAR. a ausência de razões recursais, apesar de satisfeita a intimação, não impede o conhecimento e julgamento do apelo, a teor do disposto no art. 601, ""caput"", do CPP, devendo o Tribunal ""ad quem"" revisar toda a matéria objeto de análise pela primeira instância; **o Juiz, na condução do processo, não está obrigado a deferir quaisquer pedidos de produção de prova feitos pela defesa, se prescindíveis para a formação de seu convencimento, vez que vige o ordenamento pátrio o princípio da Livre Convicção Motivada do Magistrado;** restando comprovada a natureza entorpecente da substância encontrada, bem como as condutas dos réus de ""trazer consigo"", ""ter em depósito"" ou ""transportar"", sem autorização, respondem os mesmos pelas penas previstas no artigo 12, da Lei nº 6.368/76. (Apelação Criminal nº 1.0184.03.003960-8/001, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. ARMANDO FREIRE. J. 04/10/2005).

Dessa forma, constata-se que o exame de dependência toxicológica somente é essencial quando há dúvidas sobre a integridade mental do réu, em função do vício, caso contrário, é prescindível.

#### **6 - Do abuso de Direito: Uso Desnecessário de Algemas Durante o Interrogatório:**

Pode ocorrer, em situações excepcionais, ser necessário o uso de algema mesmo durante o interrogatório do acusado, o que é perfeitamente possível, desde que o Juiz exponha, de forma fundamentada, os motivos que o levaram a assim proceder.

Ressalte-se que, a Súmula, nº 11, editada em 13 de agosto de 2008, pelo Supremo Tribunal Federal, limita o uso de algemas a casos excepcionais. O texto ainda prevê sanções para quem submeter o preso a constrangimento moral ou físico **se não houver justificativa por escrito do uso de algemas.**

Assim, sobreleva notar que tal medida constitui-se uma excepcionalidade, sendo sua necessidade averiguada somente no caso concreto, como medida necessária para assegurar o bom andamento dos trabalhos e a segurança dos presentes.

Gerais: Nesse mesmo sentido, recente posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas

**'HABEAS CORPUS' PREVENTIVO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - TRIBUNAL DO JÚRI - USO DE ALGEMAS EM PLENÁRIO - DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MAGISTRADO PRESIDENTE NA CONDUÇÃO DA SESSÃO PLENÁRIA - NECESSIDADE DE GARANTIR O BOM ANDAMENTO E A SEGURANÇA DO JULGAMENTO - EXCESSO DE PRAZO NA REALIZAÇÃO DO JÚRI - ADIAMENTO OCORRIDO POR CULPA EXCLUSIVA DA PRÓPRIA DEFESA - ORDEM DENEGADA – Processo nº 1.0000.08.475614-7/000(1) – data de Publicação: 01/08/2008 – Relatora: Márcia Milanez.**

#### **7 – Do flagrante forjado**

Nulidade do feito por suposta ocorrência de flagrante forjado por policiais militares constitui-se em outra preliminar bastante debatida na área de tóxicos.

Nesse contexto, não se pode olvidar que cabe a Defesa comprovar a ocorrência de “flagrante forjado” perpetrado pelos policiais militares. Neste particular, o ônus probatório se inverte, à luz do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sob pena de ser criada uma infalível válvula de escape, já que bastaria ao réu aduzir a existência de “flagrante forjado”, para conseguir sua absolvição, sem qualquer respaldo nas provas colacionadas nos autos, o que somente serviria para fazer imperar a impunidade. Nesse sentido o professor Jorge Vicente de Paula esclarece em seu livro:

*“Encontramos prevalência na doutrina em lecionar que nos fatos constitutivos de direito o ônus é do acusador, enquanto os fatos impeditivos, extintivos e modificativos incubem ao acusado. Os fatos constitutivos dizem respeito unicamente à tipicidade e autoria do delito. Portanto, ao acusador compete provar se realizou a conduta típica e que o acusado foi o autor. Ao*

réu cabe provar os fatos: a) extintivos (v.g., causas de extinção de punibilidade); b) impeditivos, relacionados com a exclusão da vontade livre e consciente de praticar o fato (erro de fato, coação irresistível, causas de extinção da culpabilidade); c) modificativos, que são aqueles que excluem a antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, etc.)” (Manual da Sentença Penal Condenatória. (Requisitos e Nulidades, Jorge Vicente de Paula, Editora Juruá, ano 2003, p.229).

Nesse mesmo sentido a jurisprudência mineira:

Número do processo: 1.0672.06.215789-2/001(1)- Relator:HÉLCIO ALENTIM Data do Julgamento: 06/11/2007 Data da Publicação: 27/11/2007 Ementa: PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - FLAGRANTE FORJADO - AUSÊNCIA DE PROVA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 - COMBINAÇÃO DE LEIS - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - CABIMENTO - MEDIDA MAIS BENÉFICA - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. A prova testemunhal, aliada aos demais elementos de convicção disponíveis nos autos, é suficiente para fundamentar o édito condenatório. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, mormente se os autos não apontam no sentido de que os policiais deixaram de agir escorреitamente, ou de que tinham algum interesse em incriminar falsamente o agente. **O flagrante forjado ou preparado ocorre quando o agente vem a delinqüir induzido por policial, ou seja, acontece por força de uma situação simulada por alguém para levá-lo a praticar uma ação criminosa. Não ocorrendo essa hipótese, não há falar em flagrante forjado.** Restando fartamente comprovado que o réu praticou ao menos três, das dezoito condutas previstas no art. 12 da Lei nº 6.368/76, quais sejam ""trazer consigo"", ""oferecer"" e ""entregar a consumo"", impossível se apresenta a desclassificação do fato para o delito de uso de substância entorpecente. É impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, à penalidade fixada por crime cometido na vigência da Lei nº 6.368/76, uma vez que a aplicação da simbiose de textos legais produziria uma *lex tertia* de Tóxicos, que seria diversa, tanto da antiga quanto da atual, o que acabaria por acarretar benefícios exagerados e injustos, não atingindo a dupla finalidade da pena. Em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, a nova lei (11.343/2006) não se afigura mais benéfica e, portanto, não retroage, porquanto recrudescceu a pena mínima abstratamente considerada, de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (Lei nº 6.368/76), para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (Lei nº 11.343/06). A pena restritiva de direitos há que ser suficiente para o desestímulo e a repreensão da conduta delituosa, admissível a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, do CP. Recurso parcialmente provido. V.V.P.: PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - APLICAÇÃO DISPOSITIVO CONSTANTE DO ART. 33., §4º, DA LEI 11.343/06 - POSSIBILIDADE . A circunstância que privilegia o delito (art.33,§4º, da Lei 11.343/06) afasta a equiparação com hediondez tratada na Lei 8.072/90. Súmula: DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL-(grifo nosso).

PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - **FLAGRANTE FORJADO - AUSÊNCIA DE PROVA** - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 - COMBINAÇÃO DE LEIS - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - CABIMENTO - MEDIDA MAIS BENÉFICA - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. **A prova testemunhal, aliada aos demais elementos de convicção disponíveis nos autos, é suficiente para fundamentar o édito condenatório. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, mormente se os autos não apontam no sentido de que os policiais deixaram de agir escorреitamente, ou de que tinham algum interesse em incriminar falsamente o agente. O flagrante forjado ou preparado ocorre quando o agente vem a delinqüir induzido por policial, ou seja, acontece por força de uma situação simulada por alguém para levá-lo a praticar uma ação criminosa.**

**Não ocorrendo essa hipótese, não há falar em flagrante forjado.** (...) (Apelação n.º 1.0672.06.215789-2/001(1). Relator: Hélio Valentim. 06.11.2007)

É interessante, ainda, ponderar que a conduta dos policiais esteve voltada para surpreender o réu e não para gerar o crime e acrescentar que o delito de tóxicos é de natureza permanente, consumando-se com a simples posse da substância entorpecente para venda em desacordo com determinação legal.

Nesse sentido, a jurisprudência pacificada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

*EMENTA - HABEAS CORPUS"" - Flagrante preparado - Inexistência - Crime permanente - Precedente do STF - **"Incorre flagrante preparado em sede de crime permanente, porquanto o crime preexiste à ação do agente provocador"** - Liberdade provisória - Concessão - Impossibilidade - Presença dos requisitos da preventiva - Não se defere liberdade provisória ao réu, cuja manutenção da custódia faz-se necessária como garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, independentemente de suas qualidades pessoais - Excesso de prazo - Instrução criminal já encerrada, estando os autos na fase de alegações finais - Inexistência de constrangimento ilegal - Súmula nº 17 do TJMG - Súmula nº 52 do STJ - Estando encerrada a instrução criminal, não há falar-se em constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa - Ordem denegada.(nº 1.0000.05.430919-0/000(1) – Rel.: GUESTEU BIBER – Data do julgamento: 17/01/2006 – Data da publicação: 27/01/2006).*

Este é, também, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

*"Lei de Tóxicos. Posse e venda de maconha. Flagrante preparado. Inteligência da Súmula 145 do STF. A operação preparada de venda de droga não nulifica a denúncia se esta se funda também no fato da posse, constatado como preexistente à simulação policial" (STF – HC nº65.831 – ES, rel. min. FRANCISCO REZEK, pub. no DJU de 18/03/1998).*

*"O flagrante preparado em ação de venda de droga não anula o processo-crime se a condenação está fundada também na posse, preexistente à simulação policial". (STF. 2ª Turma – HC 72.674-SP. Rel. min. Maurício Corrêa, j.26/03/1996, pub na RJT nº163, p.608).*

#### **8 - Da prova ilícita: Policiais que atendem ao celular do réu quando da prisão em flagrante delito- conduta lícita**

Apresenta-se comum, em se tratando de tráfico de drogas, a arguição de preliminar de nulidade das provas colhidas nos autos, sob a alegação de que os policiais militares, quando da abordagem, teriam atendido ao celular do acusado, sem que este lhes tivesse autorizado ou sem a devida ordem judicial para tal fim.

Primeiramente, há que se esclarecer que, o fato de o policial ter atendido ao telefone celular apreendido em poder do envolvido, no ato de sua prisão, não configura interceptação telefônica, não se podendo cogitar, portanto, de ilicitude de prova ou de violação de privacidade, muito menos da necessidade de ordem judicial.

Nesse sentido, o Desembargador Sérgio Paladino, ao proferir seu voto, assim se manifestou:

**"o fato de policial atender ao celular apreendido em poder do réu não caracteriza interceptação telefônica, que, em sentido amplo, significa 'a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles'** (Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance e Gomes Filho, Antonio Magalhães, *As nulidades no processo penal*, 7ª ed., rev. e atual., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 174), não se subsumindo, por isso, às prescrições da Lei n. 9.296/96, configurando, sobretudo, procedimento investigatório escorreito, que não se desenvolveu às escondidas e conferiu primazia ao interesse público, em detrimento do direito individual à intimidade" (Ap. Crim. n. 02.019637-7, de

Balneário Camboriú, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 29.10.2002) (grifo nosso).

Ainda nesta vereda, apresenta-se o seguinte julgado do e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

**PREFACIAL DA DEFESA - PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA PRODUÇÃO DE PROVA ILÍCITA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - INOCORRÊNCIA - POLICIAL QUE ATENDE À LIGAÇÃO TELEFÔNICA RECEBIDA PELO RÉU DETIDO POR SUSPEITA DE PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS - INEXIGIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - PROVA ESCORREITA - PREFACIAL AFASTADA** (Ap. Crim. n. 2005.012441-5, de Criciúma, rel. Des. Torres Marques, j. 5.7.2005) (grifo nosso).

Ademais disso, é interessante que o Promotor de Justiça pondere que a autoria delitiva quedou provada independentemente dos policiais terem atendido ao celular do acusado, sendo certo que esta não foi a única prova analisada pelo Magistrado na formação de sua convicção. Como se sabe, vige na lei processual brasileira o princípio da livre apreciação das provas pelo Magistrado. É a aplicação do sistema moderno do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Nesse sentido nos ensina o brilhante processualista penal Eugênio Pacelli de Oliveira:

*"...o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando previamente comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos desde que em consonância com outras provas..."* (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal – Belo Horizonte. Del Rey, 2004. p.336).

Assim, mister salientar que a sentença foi baseada também em outros elementos de prova, tais como os depoimentos dos policiais militares, as circunstâncias em que ocorreram os fatos, a quantidade de droga e a vultosa quantia em dinheiro arrecadada, além das observações realizadas por policiais velados que presenciaram o réu em atitude suspeita de tráfico de drogas, tudo isso respeitando a todas as formalidades legais.

Diante do exposto, incabível é o pleito de reforma da r. sentença, com conseqüente anulação do feito em virtude da utilização de prova ilícita.

Estas são as principais considerações a respeito da Lei n.º 11343/06.

Bibliografia específica recomendada:

- 1) FILHO, Vicente Greco e RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- 2) GOMES, Fernandes Abel, et al. Nova lei antidrogas: Teoria, crítica e comentários à lei nº11.346/06. Niterói: Impetus, 2006.
- 3) MENDONÇA, Andrey Borges de. Lei de drogas: Lei 11.343/06 - Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 23007.
- 4) PASSAGLI, Marcos. Toxicologia Forense: teoria e prática. Campinas: Millennium Editora, 2007.
- 5) POSTERLI, Renato. Tóxicos e comportamento delituoso. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

6) SILVA, Jorge Vicente. Comentários à nova lei antidrogas – Manual prático. Curitiba: Juruá, 2007.

7) SOUZA, Sérgio Ricardo. A nova lei antidrogas (Lei n.º.343/2006). Niterói: Impetus, 2007.

8) THUMS, Gilberto. Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

9) ARANHA, Alberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7.ed. ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006.

10) LAZZARINI, Álvaro. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1996.

11) CALLEGARI, André Luís e WEDY, Miguel Tedesco. Lei de Drogas – aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008.

12) TOURINHO, Fernanda Cardoso Castro. Mandado de Segurança Criminal. I ed. – São Paulo, IOB, 2008.



#### **8.1.4 – Ministério Público: atuação no juízo da execução penal**

No exercício das funções perante o juízo da execução penal, recomenda-se:

##### ***A – Da fiscalização das cadeias públicas e estabelecimentos prisionais***

Nas visitas mensais ou em visitas extraordinárias a estabelecimentos prisionais e Casa de Albergados recomenda-se ao Promotor de Justiça:

- Verificar se há pessoas presas ilegalmente. Em caso positivo, adotar as medidas cabíveis para fazer cessar o constrangimento ilegal. Notificando as Corregedorias dos presídios e da Polícia Judiciária. Atenção especial deve ser dada a eventuais prisões para averiguação ou correccionais, inadmitidas pelo ordenamento constitucional vigente;
- Verificar as condições gerais de funcionamento dos estabelecimentos, tais como saúde, segurança, alimentação, higiene, dentre outras;
- Ouvir os presos, anotando as suas reclamações;
- Adotar as providências cabíveis referentes às reclamações dos presos que tenham procedência e encaminhar o relatório de visitas ao Centro de Apoio às Promotorias Criminais (CAOCrim), propondo as medidas que estiverem fora de sua esfera de atribuições. Atentar para a informatização de tais relatórios;
- Sempre que possível, estudar previamente os casos para orientar e aconselhar os presos sobre o direito a livramento condicional, albergue, unificação de penas, revisão, progressão, remição, dentre outros;
- Se houver menores presos, verificar se estão em cela especial. Se mulheres, ver se estão em estabelecimento separado;
- Inspeccionar o desenvolvimento do regime aberto e semi-aberto, bem como as disposições legais pertinentes;
- Fiscalizar o regime disciplinar e zelar pela legalidade das prisões e dignidade do preso.

##### ***B – Da execução da pena<sup>3</sup>***

###### ***B.1 - Introdução***

O fim da execução penal de acordo com o artigo 1º da Lei nº 7.210/84 é: “a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social” (item 14 da Exposição de Motivos da LEP).

Para a efetivação desses objetivos e demonstrando a natureza jurídica da execução penal, a LEP previu diversos direitos aos condenados, bem como órgãos responsáveis pela execução da pena e sua fiscalização.

###### ***B.2 – Técnica de atuação ministerial na execução penal***

A atuação ministerial na execução se dá tanto no âmbito judicial, com a fiscalização do cumprimento da pena relativa aos sentenciados submetidos à jurisdição da Comarca, interposição de recurso de agravo, mandado de segurança, *habeas corpus*, propositura de ação civil pública

---

<sup>3</sup> Sobre competência para execução de pena ver Súmula n. 192 do STJ: “compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual

para interdição de unidade prisional, etc; como na esfera extrajudicial, com a fiscalização de estabelecimentos prisionais, entidades beneficiadas com as penas restritivas de direito e nosocômios acolhedores de pacientes judiciários submetidos a medida de segurança, atendimento aos sentenciados, seus parentes e advogados, participações de reuniões com magistrados, defensores públicos e membros da Secretaria de Defesa Social etc.

### ***C – Da pena privativa de liberdade***

Cumpra ao órgão ministerial requerer/opinar sobre:

- expedição de guia de execução definitiva ou provisória;
- expedição de guia de recolhimento;
- liberação de vaga para cumprimento de pena;
- atestado de conduta carcerária;
- realização de exame criminológico;
- unificação de penas;
- aplicação da lei penal posterior mais benéfica;
- designação de audiência para oitiva do sentenciado;
- concessão de progressão de regime;
- regressão de regime;
- concessão de saídas temporárias;
- autorização para trabalho externo;
- concessão de remição da pena pelo estudo ou pelo trabalho;
- concessão de prisão domiciliar;
- concessão de livramento condicional;
- transferência do processo de execução;
- liberação de pecúlio;
- concessão de salvo conduto;
- concessão de comutação de pena;
- concessão de indulto;
- isenção/parcelamento das custas processuais;
- remissão/parcelamento da pena de multa;
- extinção da pena (cumprimento, prescrição, morte do agente, etc).

#### ***C.1 - Providências preliminares — Expedição da guia de recolhimento***

Estando o condenado preso, requerer ao Juiz das Execuções a expedição da guia de recolhimento, instruída com os documentos previstos no art. 106, LEP. A guia será expedida em duas vias, sendo uma para o estabelecimento penal onde se encontra o condenado e outra para a Secretaria de Defesa Social — Superintendência de Articulação Institucional e Gestão de Vagas, a última acompanhada de ofício assinado pelo juiz, requisitando vaga no sistema penitenciário e obrigatoriamente assinada pelo Promotor de Justiça.

#### ***C.2 - Não estabelecimento do regime prisional na sentença***

Se eventualmente o juiz sentenciante deixar de estabelecer qual o regime prisional imposto ao condenado, requerer ao Juiz da Execução que o fixe, observando, contudo, o disposto detalhadamente no art. 33 do Código Penal.

#### ***C.3 - Modificação do regime de cumprimento da pena***

Em sede de juízo de execução penal, a unificação das penas impostas em diversas sentenças condenatórias poderá modificar o regime de cumprimento estabelecido em cada sentença isoladamente (art. 111, LEP).

A modificação do regime inicial do cumprimento da pena poderá ocorrer, também, nos casos de detração penal e da remição (este último benefício é também considerado em relação ao tempo da prisão provisória).

A unificação pode redundar também, por óbvio, em diminuição de pena, v.g. nos casos de reconhecimento de ocorrência de crime continuado.

#### ***D. Da pena restritiva de direitos e suspensão condicional da pena***

Cumpra ao órgão ministerial requerer/opinar sobre:

- expedição de guia de execução definitiva ou provisória;
- liberação de vaga para cumprimento de pena de limitação de fim de semana;
- encaminhamento do sentenciado às entidades cadastradas para cumprimento de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária;
- certidões sobre o cumprimento de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária;
- atestado de conduta carcerária do sentenciado que cumpre limitação de fim de semana;
- designação de audiência para oitiva do sentenciado;
- conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade;
- substituição de uma pena restritiva de direito por outra;
- parcelamento da prestação pecuniária;
- transferência do processo de execução;
- isenção/parcelamento das custas processuais;
- remissão/parcelamento da pena de multa;
- extinção da pena (cumprimento, prescrição, morte do agente, etc).
- Cumpra, ainda, ao órgão ministerial, também nesses casos, executar a pena de multa.

##### ***D.1 - Prestação de serviços à comunidade***

Se a pena aplicada é restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade, requerer ao Juiz das Execuções que seja designada entidade ou programa comunitário ou estatal onde serão prestados os serviços pelo condenado, intimando-o para tal fim. Atentar para o fato de que nas hipóteses de Juizados Especiais cumpre ao órgão do MP indicar a entidade onde serão prestados os serviços, bem como a forma e a duração, o que torna obrigatório após a sentença judicial homologatória (art. 76 e ss. da Lei nº 9.099/95).

##### ***D.2 - Indicação do local de prestação do serviço pelo condenado***

Nada impede seja o condenado intimado a indicar o local onde prestará os serviços, desde que a entidade seja congênere às citadas pelo art. 149 da LEP. Em qualquer caso, deverá a entidade, mensalmente, enviar a secretaria do juízo, relatório pormenorizado acerca das atividades exercidas pelo condenado, com a respectiva jornada de trabalho (art. 150, LEP).

##### ***D.3 - Fiscalização pelo Ministério Público***

O órgão de execução deve atentar para o dever de, sempre que possível, fiscalizar *in locu* a prestação do serviço pelo condenado, manifestando-se nos respectivos autos processuais a respeito de qualquer anomalia percebida.

#### *D.4 - Pena de multa. Dívida de valor. Legitimidade para cobrança.*

Observar que com o advento da Lei n. 9.268, de 1/4/96, que alterou dispositivos do Código Penal e, em especial, a redação do art. 51, a multa<sup>4</sup> aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, foi transformada em dívida de valor, sujeitando-se, portanto, as normas legais relativas à dívida ativa da Fazenda Pública (Lei n. 6.830/80), tais como o momento de incidência da correção monetária, que passou a ser o da data do cometimento do ato ilícito, bem como, ainda, ao procedimento estabelecido na Lei de execução fiscal, inclusive, quanto as causas de suspensão e interrupção da prescrição.

Mister salientar, que a Corregedoria-Geral do Ministério Público publicou o aviso nº 10/2009 estabelecendo que, não havendo adimplemento voluntário da pena de multa, a execução por quantia certa deve ser empreendida pela Procuradoria da Fazenda Pública, em face do caráter de dívida de valor, e para evitar possíveis extinções processuais por ilegitimidade do pólo ativo.

Portanto, o promotor deverá se manifestar no sentido de que seja encaminhada cópia autêntica da sentença condenatória e certidão de débito em dívida ativa da Secretaria de Estado da Fazenda, para inscrição do débito em dívida ativa e posterior propositura da ação de execução pela Procuradoria do Estado, perante uma das Varas da Fazenda Pública Estadual, em conformidade com o que dispõem a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80).

#### *D.5 - Condições para concessão da suspensão condicional da pena*

Observar que o *sursis* não é incidente da execução da pena, razão pela qual as condições para a concessão serão ditadas em audiência admonitória realizada no juízo da condenação, cabendo ao juiz da execução fiscalizar o cumprimento das obrigações.

#### *D.6 - Período de prova*

Cabe ao órgão do MP fiscalizar as condições gerais do *sursis*, atento para o fato de que o período de prova só começa a fluir após a realização da audiência admonitória respectiva.

#### *D.7 - Condições obrigatórias*

Lembrar que independe de fixação judicial a condição prevista no § 10, do art. 78, CP, por ser uma condição obrigatória, salvo quando da ocorrência da hipótese prevista no § 2º, do mesmo artigo.

### **E – Da comissão técnica de classificação**

A Comissão Técnica de Classificação, prevista na Lei de Execução Penal (arts. 6º e segs), é órgão que acompanha a vida carcerária do condenado, opinando quanto à concessão da maioria dos benefícios legais do réu. Referida comissão tem sido constituída somente nas penitenciárias. Na sua falta, prevê a Lei sua substituição por fiscais do serviço social (art. 7º, parágrafo único). Não havendo a CTC e tampouco os fiscais do serviço social, tem-se aceito relatório da autoridade policial para fins da análise judicial da viabilidade da concessão dos benefícios ou quanto à regressão do regime de cumprimento de pena.

---

<sup>4</sup> As receitas originadas das multas são recolhidas ao fundo penitenciário estadual, cabendo ao Promotor de Justiça informar, mensalmente, a Conselho Penitenciário Estadual o montante arrecadado (Recomendação n. 3/96 da CGMP).

## ***F -Do exame criminológico***

A Lei de Execução Penal prevê a submissão obrigatória do condenado em regime fechado a exame criminológico (art. 8º), facultando, porém, o referido exame para os condenados em regime semi-aberto (art. 112). Não havendo no estabelecimento penal o Centro de Observação — órgão responsável pela elaboração do exame criminológico (art. 96) requerer seja o exame realizado pela Comissão Técnica de Classificação (art. 98), observados os comentários sobre esta Comissão no item anterior.

Se o estabelecimento penal não contar com nenhum dos órgãos acima, recomenda-se:

- requerer ao juiz que o condenado seja submetido ao exame criminológico em estabelecimento penal adequado indicado pela Secretaria de Defesa Social; ou
- requerer ao juiz que sejam nomeados os profissionais a que alude o art. 103 da Lei Estadual n. 11.404/94 — Lei de Execução Penal Estadual de Minas Gerais (psicólogo, psiquiatra, clínico geral, assistente social, educador e criminólogo), para realização do mencionado exame;
- não havendo na comarca os profissionais indicados na alínea anterior, sugerir a nomeação de outros, com conhecimento similar, para o encargo.

O exame criminológico tem sido exigido ainda em pedidos de indulto/comutação de pena, para se certificar do real mérito do sentenciado.

## ***G – Do trabalho do condenado***

### ***G.1 - Obrigatoriedade***

O trabalho para o condenado a pena privativa de liberdade é obrigatório - constituindo também um direito; observado o princípio da dignidade da pessoa humana e da humanidade das penas, sua resistência ou falta voluntária constituem infração disciplinar (arts. 41 e 142, III, da Lei Estadual n. 11.404/94).

### ***G.2 - Preso recolhido à cadeia pública***

O Promotor de Justiça poderá avaliar a conveniência de propor ao diretor da cadeia pública que os presos em regime fechado prestem serviços no interior da cadeia ou da delegacia, tais como o de faxina, ou ainda, trabalhem na criação de horta ou desenvolvam outras atividades compatíveis com o espaço físico disponível e outras circunstâncias.

### ***G.3 - Trabalho externo com autorização judicial***

Notar que, em regra, o trabalho externo somente é admissível ao condenado em regime semi-aberto, mediante autorização judicial.

### ***G.4 - Trabalho externo com autorização da direção do estabelecimento***

A Lei estabelece que o trabalho externo poderá ser concedido, também, ao condenado em regime fechado independentemente de autorização judicial (art. 37, LEP), somente em serviço ou obras públicas realizados por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga (art. 36, LEP).

### *G.5 - Fiscalização do trabalho externo*

Fiscalizar o trabalho externo, requisitando ao Diretor do Presídio ou ao Delegado de Polícia (quando for o caso) lista dos presos em regime fechado que gozam do benefício do trabalho externo, contendo o local, função e horário do trabalho.

### **H – Da progressão e da regressão do regime prisional**

#### *H.1 Necessidade de se ouvir a Comissão Técnica de Classificação*

Ao emitir parecer sobre a progressão de regime, requerer a oitiva da Comissão Técnica de Classificação. Na inexistência desta no estabelecimento penal, deverá o Promotor atentar para tudo o que foi mencionado na seção III.

#### *H.2 - Progressão para o regime semi-aberto*

Observar que o condenado em regime fechado, após cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena e, preenchidos os requisitos subjetivos, progredirá para o semi-aberto tendo, também, direito às saídas temporárias<sup>7</sup>

Recordar que, ocorrendo unificação de penas, a progressão de regime ou a obtenção de qualquer outro benefício deverá ter por base o *quantum* total de pena e não o limite definido no art. 75 do Código Penal.

#### *H.3 - Progressão para o regime aberto*

Quanto à progressão para o regime aberto, verificar se o requerente foi também condenado, além da pena privativa de liberdade, em pena pecuniária. Em caso afirmativo, se o parecer for favorável à pretensão deduzida, condicioná-lo ao pagamento da multa, pois que o condenado solvente que deixa de pagar a multa não pode ser beneficiado com o regime aberto (art. 118, § 10, LEP).

Exige-se como condição do condenado ser contemplado com o regime aberto que ele esteja trabalhando ou comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Necessário que o Promotor de Justiça esteja alerta à realidade socioeconômica da região, levando em consideração ainda o preconceito que dificulta o preso se ocupar com a brevidade exigida pela lei. Salienta-se ser usual a aceitação da “carta de emprego emitida pelo Poder Público Municipal.

#### *H.4 - Regime aberto em prisão domiciliar*

O art. 117, LEP prevê, taxativamente, as hipóteses de concessão da prisão domiciliar.

Assim, a inexistência de vaga na Casa de Albergado não autoriza a aplicação da prisão domiciliar, em face da prevalência do interesse público na efetivação da sanção penal, em detrimento do interesse individual do condenado. Ademais, há o fato de a Administração não ter meios de controle ou fiscalização sobre o cumprimento das condições previstas na Lei.

Seguindo esse entendimento o TJMG manifestou:

“HABEAS CORPUS - PRISÃO DOMICILIAR - REQUISITOS DO ART. 117 DA LEP - HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA EM LEI - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. - O

<sup>7</sup> Súmula n. 40 do STJ: “Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado” (DJU de 12/5/92).

cumprimento da pena em caráter de prisão domiciliar somente se justifica nas hipóteses expressas no artigo 117 da LEP, não havendo que se falar em constrangimento ilegal ao paciente que não se enquadra nas hipóteses previstas.” (TJMG, HC nº 1.0000.09.501429-6/000(1), Relator Adilson Lamounier, 25.08.2009.

“PROCESSUAL PENAL - AGRAVO EM EXECUÇÃO - CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE - PRISÃO DOMICILIAR - AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRÓPRIO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. - A pena restritiva de direitos pode ser convertida em privativa de liberdade quando, no curso da execução, sobrevier condenação por outro crime, nos termos do art. 44, § 5º, do CPB. - **Não se justifica a concessão da prisão domiciliar ao condenado que cumpre pena em regime aberto, ausentes as hipóteses previstas no art. 117 da LEP, por inexistência de vaga em estabelecimento prisional próprio.**” Grifei. (TJMG, HC nº 1.0000.09.490934-8/001(1), Relator Edival José de Moraes, 02.09.2009.

A prisão aberta é apenas um regime de pena e, na falta de vaga em Casa de Albergado para o seu cumprimento, o condenado deve ser recolhido em estabelecimento prisional adequado, não devendo ser deixado em liberdade.

#### *H.5 - Regressão do regime*

O art. 118, LEP prevê as hipóteses em que ocorrerá a regressão do regime prisional. Importante que, na hipótese do inciso I, requeira o Promotor de Justiça a oitiva prévia do condenado em juízo (§ 2º), pois um fato que, em tese, apresenta-se como falta grave, por exemplo, a fuga, pode, após a oitiva do condenado, ser considerado como motivo justo ao cometimento daquela suposta falta; observar que o pedido de regressão deve compatibilizar-se com os postulados do contraditório e da ampla defesa.

#### **I – Das autorizações de saída**

##### *I.1 - Permissão de saída (art. 120, LEP)*

A permissão de saída a que alude o art. 120, independe de autorização judicial, sendo ato do Diretor do Presídio (ou do Delegado de Polícia, quando for o caso).

##### *I.2 - Saída temporária (art. 122, LEP)*

A saída temporária exige decisão do juiz, após prévia manifestação ministerial.

##### *I.3 - Limite para a saída temporária*

A saída temporária poderá ser concedida num total de até trinta e cinco dias ao ano (art. 124, LEP). A prática tem demonstrado que, para melhor fiscalizar o benefício, os dias sejam concedidos em uma única decisão judicial, contudo, o pedido formulado pelo condenado deverá ser instruído com calendário elaborado pelo Diretor do Presídio ou Delegado de Polícia, dando conta, previamente, dos dias em que se pretende que ocorram as saídas.

#### **J. Da remição**

##### *J.1 - Documentos necessários à instrução do pedido*

No exame do pedido de remição de pena — que poderá ser postulado também pelo Ministério Público, exigir que seja juntada a certidão pormenorizada da jornada de trabalho (dia, mês e função desempenhada). Isto evitará que eventualmente o condenado seja contemplado várias vezes com o benefício com uma única jornada de trabalho.

### *J.2 - Tempo de trabalho interno durante a prisão provisória*

Notar que o trabalho desempenhado ao tempo da prisão provisória (trabalho interno) é levado em consideração para a fruição de eventuais benefícios no período de execução da pena.

### *J.3 - Não aplicação no regime aberto*

Recordar que o regime aberto não comporta a remição (art. 126, LEP).

## **K – Do livramento condicional**

### *K.1 - Requisitos*

O art. 83 do CP não especifica o lapso de tempo necessário à obtenção do livramento condicional em se tratando de condenado primário e de maus antecedentes. Neste caso, tem a doutrina e a jurisprudência entendido que o cumprimento de pena será o mesmo previsto no art. 83, II, CP, isto é, mais da metade da pena.

Requerer, quando necessário, a realização do exame criminológico do sentenciado, efetuando posteriormente exame do mérito do pedido de livramento condicional.<sup>9</sup>

### *K.2 - Condenação por crime hediondo e outro crime*

Quando houver condenação por crime hediondo e por outro crime assim não considerado, por força dos arts. 84, CP e 111, LEP, deverá ser levado em consideração para a concessão do benefício, o somatório das penas. Sendo assim, há de se cumprir, em primeiro lugar, o estágio temporal previsto para o crime hediondo (2/3 da pena), que nem sempre coincidirá com o estágio exigido para o total das penas.<sup>10</sup>

## **L – Do agravo em execução**

Das decisões proferidas no juízo de execução caberá o recurso de agravo (art. 197, LEP), que seguirá o rito do recurso em sentido estrito, haja vista que a utilização do procedimento do agravo previsto na legislação processual civil poderá impor ônus considerável ao Ministério Público e ao réu, na medida em que a inadequada instrução do recurso referido poderá gerar o seu não conhecimento, o que não ocorre com o primeiro.<sup>11</sup>

## **M – Sobre o indulto**

<sup>9</sup> “Penal. Processual. Execução. Recurso. Deve o Juiz das Execuções apreciar pedido do Ministério Público para submeter réu a exame criminológico, concedendo-lhe também nova vista dos autos” (Resp n. 39.578-0-MG, 5a. Turma, rel. Mm. Edson Vidigal, j. 24/10/94, DJU de 24/10/94, P. 28.773).

<sup>10</sup> Um exemplo: X é condenado a 4 (quatro) anos de reclusão, por crime de tráfico de substância entorpecente, e ao mesmo tempo, em outro juízo, é condenado a 5 (cinco) anos por roubo. Em razão do que foi exposto acima, X terá de cumprir o total de quatro anos (4) e seis (6) meses de reclusão para angariar o benefício, ou seja, metade da pena total, conforme disposto no art. 83, II, CP.

<sup>11</sup> Essa matéria não se encontra pacificada nos tribunais estaduais.

Anualmente o Presidente da República edita Decreto de indulto, baseado em decisão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão ligado ao Ministério da Justiça, considerada “a tradição de conceder perdão ao condenado em condições de merecê-lo”. O benefício é diferente da saída temporária, após a qual o preso retorna ao presídio. No caso do indulto, ocorre uma espécie de perdão do restante da pena.

O indulto abrange sempre um grupo de sentenciados e normalmente inclui os beneficiários tendo em vista a duração das penas que lhe foram aplicadas, embora se exijam certos requisitos subjetivos (primariedade, etc.) e objetivos (cumprimento de parte da pena, exclusão dos autores da prática de algumas espécies de crimes, etc.)

O indulto apenas extingue a punibilidade, persistindo todos os efeitos do crime, de modo que o condenado que o recebe não retorna a condição de primário.

A praxe tem sido reeditar os termos do Decreto do ano anterior, com mínimas modificações. Nos termos do Decreto nº 7.046/09, por exemplo, a pessoa condenada até oito anos de prisão deveria ter cumprido no mínimo um terço da pena para obter o benefício. O preso que completasse 60 anos de idade até o dia 25 de dezembro, tendo cumprido um terço da pena, voltaria para casa a partir do Natal. Se reincidente, deveria ter cumprido ao menos a metade da sentença de condenação.

O condenado à pena privativa de liberdade que tenha cumprido quinze anos de pena, ininterruptamente, também tem direito ao indulto natalino. Mas só se a pena tiver sido cumprida em regime fechado ou semi-aberto.

O indulto natalino será concedido, ou não, pelo juiz de execução depois da manifestação do Ministério Público, da defesa e do Conselho Penitenciário Estadual.

As mulheres sentenciadas a mais de oito anos de prisão e que sejam mães de criança menor de 14 anos também podem sair, caso tenham cumprido um terço da pena em regime fechado ou semi-aberto.

Os paraplégicos, tetraplégicos, cegos e pessoas com doenças graves estão entre os beneficiários do indulto natalino. No entanto, devem comprovar que estão nessas condições depois da prática do crime. E apresentar laudo médico oficial.

#### ***N – Da comutação***

Tradicionalmente previsto também no Decreto de Indulto, o benefício da comutação só pode ser concedido ao condenado que não preencha os requisitos do indulto. Além de que, não pode ter tido sua pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, tampouco pode ter sido agraciado com a suspensão condicional da pena.

Nos termos ainda do Dec. nº 6.294/07, o condenado não reincidente, que até dia 25 de dezembro de 2007 tenha cumprido um quarto da pena, teria a sua pena remanescente comutada em um quarto.

Ao condenado reincidente que tenha cumprido até dia 25 de dezembro de 2007 tenha cumprido um terço da pena terá comutado um quinto da pena remanescente.

A existência de falta disciplinar cometida pelo condenado nos últimos doze meses, retroativamente a publicação do Decreto Lei n.º 6.294, obsta a concessão do benefício de indulto e comutação.

As penas correspondentes a infrações diversas devem ser somadas para cálculo de indulto e comutação.

Segundo o decreto, o indulto não é concedido a condenados por crimes de tortura, terrorismo, tráfico de drogas e os classificados como hediondos, a exemplo de estupro e extorsão qualificada com morte.

## **8.1.5 – MINISTÉRIO PÚBLICO: atuação no Juizado Especial Criminal e na turma Recursal<sup>43</sup>**

### **A – Introdução**

Incorporando modernos conceitos penais e processuais penais advindos da criminologia e da denominada Justiça Restaurativa, entre outras, a Lei nº 9.099/95 é importante instrumento jurídico que permite a rápida e eficaz resolução dos conflitos no âmbito penal, sem prejuízo de permitir a interação do Direito com outros ramos do saber humano, tais como a assistência social, a psicologia, as ciências e técnicas de conciliação e outros.

É importante que o operador do Direito, para um melhor desempenho de sua função no Juizado Especial Criminal, se livre de vícios, dogmas e formalismos tão comuns na seara processual nacional, adotando em sua plenitude os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, *buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, conforme o artigo segundo da referida Lei.*

#### **A.1 - Técnica de Atuação - Competência**

As contravenções penais, qualquer que seja a pena cominada, são consideradas infrações de menor potencial ofensivo, salvo no caso da vítima ser mulher, quando então se aplicará a Lei nº 11.340/2006;

Em relação aos crimes, observar o limite máximo de dois anos da pena prevista em abstrato, qualquer que seja o procedimento a ser adotado (atual artigo 61 da Lei nº 9.099/95). Deve-se levar em conta, ainda, na dúvida sobre competência:

- 1- As causas de aumento e diminuição de pena devem ser consideradas para efeito de se estabelecer ou não a competência do Juizado Especial Criminal (tendo em vista tratar-se de matéria penal, a interpretação deverá ser sempre a que for a mais benéfica para o réu).
- 2- Segundo entendimento esposado pelo FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais) até a pouco majoritariamente seguido na jurisprudência pátria, no concurso de crimes, deve-se levar em conta a pena máxima cominada a cada delito, isoladamente, para efeito da delimitação da competência; há, porém, recentes julgados que vêm adotando o entendimento contrário. O órgão do MP deverá fazer juízo próprio, portanto, diante do caso concreto, para escolher a opção que lhe parecer a mais conveniente.
- 3- Ainda que a pena abstrata seja igual ou inferior a dois anos, a complexidade do caso afastará a competência do Juizado Especial Criminal (parágrafo segundo do artigo 77 da Lei nº 9.099/95).

<sup>43</sup> Ministério Público - atuação no Juizado Especial Cível:

O entendimento predominante é que, as ações atualmente permitidas no Juizado Especial Cível não reclamam qualquer atuação do Ministério Público, nem como *custus legis* e nem como parte ativa. Nem mesmo nas causas relativas a consumo, de natureza individual, não se faz necessária, igualmente, a intervenção ministerial.

4- Uma vez não encontrado o réu para ser citado (portanto, devendo já houver denúncia oferecida) a competência deslocar-se-á para a Justiça Comum (parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/95). Esgotar, primeiro, os meios para se tentar localizar o réu. É conveniente requerer a localização do mesmo através do CAOCRIM, que tem moderno sistema que conjuga as informações provenientes de vários órgãos estatais e tem alcançado sucesso em localizar o endereço atualizado de réus, vítimas ou testemunhas<sup>44</sup>.

5- O Juizado Especial Criminal é competente para execução somente da pena de multa (artigo 86 da Lei nº 9.099/95).

6- A necessidade de qualquer incidente processual (v.g., de sanidade mental) desloca a competência para a Justiça Comum..

7- A competência *ratione loci* para fins da Lei nº 9.099/95 é definida em função do lugar em que foi praticada a infração penal, ao contrário da regra do artigo 70 do CPP, que consagra o princípio do resultado.

#### A.2 - Auto de prisão em flagrante

A orientação a ser dada à Polícia Judiciária é no sentido de que, havendo recusa do autor do fato preso em flagrante em firmar compromisso de comparecimento a audiência judicial preliminar, deve ser procedida a lavratura de auto de prisão em flagrante delito.

#### A.3 – Detalhes do Termo Circunstanciado de Ocorrência

Deve-se exigir da autoridade policial a elaboração de termo circunstanciado de ocorrência que não seja simples transcrição do Boletim de Ocorrência, contendo todos os elementos indicativos do ilícito penal, suas circunstâncias, autores, vítimas e, principalmente, a relação das testemunhas, com uma oitiva sumária das mesmas, sempre que possível, a fim de não se permitir *notitia criminis* infundadas ou visando fins diversos e escusos (indenizações, fazer *prova* em ações cíveis – principalmente em matéria de família, etc.).

Antes da audiência preliminar, requerer a juntada de FAC (folha de antecedentes criminais) e CAC (certidão de antecedentes criminais) do suposto autor, lembrando-se sempre que a primeira informará sobre todos os indiciamentos no Estado de Minas Gerais, apenas, e a segunda somente fornecerá dados sobre eventuais ações penais no âmbito da Comarca<sup>45</sup>.

Observar que, em analogia com o parágrafo 4º do artigo 5º do CPP, nos crimes de ação penal pública dependente de representação, o TCO só será instaurado após a representação manifesta da suposta vítima.

O mesmo se aplica no caso de ação penal privada, em analogia com o disposto no parágrafo 5º, do artigo 5º, do mesmo CPP.

#### A.4 - Pedido de arquivamento de termo circunstanciado

<sup>44</sup> A solicitação pode ser feita por ofício, por e-mail (caocrim@mp.mg.gov.br) ou por telefone (31) 3330-8401.

<sup>45</sup> O MP tem feito gestões junto ao TJMG no sentido de se unificar a CAC. Enquanto isto não acontece, o CAOCRIM tem prestado apoio aos colegas na obtenção de certidões criminais de quaisquer comarcas do Estado de Minas Gerais ou fora dele.

Fundamentar sempre os pedidos de arquivamento. Havendo discordância do juiz, propugnar pela remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos do artigo 28 do CPP, procedimento este que deverá também ser adotado no caso do Magistrado entender que seria caso de oferecimento de transação penal ou suspensão condicional do processo, em discordância com o membro do Ministério Público (a quem, privativamente, cabe o oferecimento de tais medidas despenalizadoras) .

#### *A.5 - Turma Recursal*

a) No âmbito criminal:

Quando o órgão de execução do MP discordar da decisão judicial nos crimes de menor potencial ofensivo, ou de receber com vistas autos com apelação da Defesa, é importante que se faça primeiro uma análise sobre a presença ou não dos requisitos de admissibilidade da apelação - que é o único recurso cabível de decisões criminais no âmbito do Juizado Especial Criminal, para só depois se analisar o mérito, cotejando as razões recursais (que têm de ser, necessariamente, apresentadas junto à interposição do recurso, sob pena de serem intempestivas caso sejam apresentadas após os dez dias) com as contra-razões, opinando de forma independente.

Lembrar que quando o órgão do Ministério Público interpuser a apelação, não haverá parecer recursal, conforme artigo 33 do Regulamento das Turmas Recursais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nos casos de recurso da defesa é, todavia, importante que o MP se faça presente e se manifeste de forma escrita ou fazendo sustentação oral.

O órgão do Ministério Público que atuar originalmente no feito fica impedido de emitir parecer recursal.

O *habeas corpus*, ação prevista constitucionalmente, cuja natureza jurídica como recurso é questionada, também é admitido perante as Turmas Recursais.

b) No âmbito cível – atuação perante a Turma Recursal:

O órgão ministerial, nas causas onde se exige sua atuação (v.g., mandado de segurança), emitirá parecer de forma independente, analisando primeiramente os requisitos de admissibilidade do recurso e, após, o mérito do mesmo, como é de praxe.

#### *A.6. Audiência preliminar – Crime de ação penal privada – Ausência injustificada da vítima*

**No caso de ação penal privada, deixando o ofendido de comparecer injustificadamente ao ato ou não sendo localizado para intimação no endereço constante dos autos, deve-se opinar no sentido de que seja reconhecido o desinteresse tácito, aguardando-se a apresentação de eventual Queixa-Crime até o escoamento do prazo decadencial.**

#### *A.7 - Audiência criminal preliminar - Crime de ação penal pública condicionada – Vítima não localizada*

Havendo representação e não sendo localizada a vítima para comparecer à audiência preliminar, o feito deverá ter prosseguimento normal:

- a) Oferecer desde logo transação penal (quando preenchidos os requisitos para tanto);
- b) Se, todavia, o fato for atípico ou faltar materialidade, por exemplo, requerer o arquivamento do TCO;
- c) inviabilizada a proposta de transação penal, oferecer denúncia ou requer as diligências eventuais necessárias.

#### *A.8- Audiência preliminar – Crime de ação penal pública condicionada – Ausência injustificada da vítima*

Respeitados entendimentos divergentes, havendo representação e sendo intimada a vítima para a audiência preliminar, sua ausência não configura retratação da representação ou renúncia tácita, devendo apenas ser entendida como desinteresse na composição civil. A audiência deve ter prosseguimento normal, nos termos acima.

Se ausente injustificadamente a vítima e inexistindo representação, nos crimes em que esta é exigida, deve-se aguardar a manifestação daquela até o escoamento do prazo decadencial de lei, após o que, se ofertada a representação, requisitar a lavratura de TCO. Do contrário, pugnar pelo arquivamento das peças informativas, pois, ausente interesse da vítima, não há razões que justifiquem a realização de diligências para viabilizar a persecução criminal.

#### *A.9 - Audiência preliminar - Autor do fato não localizado*

Não encontrado o autor do fato, poderá ser diligenciado junto a diversas instituições, tais como Tribunal Regional Eleitoral, companhias telefônicas, Receita Federal e Setarin a fim de localizá-lo. O CAOCrim possui acesso a vários bancos de dados sendo grande facilitador neste trabalho<sup>46</sup>. Frustradas as diligências, se for o caso, deverá ser oferecida denúncia, observando-se que a remessa do TCO ao Juízo Comum somente é cabível após a tentativa de citação e o seu insucesso<sup>47</sup>.

#### *A.10 - Audiência preliminar – Adiamento*

Postular ao juiz o adiamento da Audiência preliminar, notadamente a apresentação imediata, nos casos em que os autores do fato ou vítimas estejam com os ânimos visivelmente perturbados, seja por intoxicação (álcool, drogas), seja por crises emocionais. Diligenciar, em tais hipóteses, sejam os eventuais necessitados encaminhados a atendimento médico-hospitalar, pugnando pela redesignação do ato para data próxima.

Pugnar, ainda, pelo adiamento da audiência preliminar quando ausente qualquer dos envolvidos (autor do fato, vítima, responsável civil), sempre que, não havendo provas da intimação destes, a presença dos mesmos seja indispensável.

Em se tratando de ação penal privada ou pública condicionada à representação, se presentes apenas o ofendido (ou seu responsável), requerer seja colhida sua manifestação e, se ainda, necessária, a redesignação da audiência com regular intimação dos agentes ausentes.

#### *A.11 - Acordo civil em ação penal pública incondicionada - Pacificação Social*

Nos termos da legislação em vigor, a composição civil, na hipótese de crime de ação penal pública incondicionada, não tem o condão de extinguir a punibilidade. Há, todavia, quem entenda que, em alguns crimes, realizada a pacificação entre os envolvidos, deva ser utilizado o acordo como fundamento para requer o arquivamento do feito, por suposta falta de justa causa para dar início à ação penal. Tal posicionamento é justificado sob a invocação das tendências modernas da Vitimologia, que busca a substituir cada vez mais a sanção penal pela reparação dos danos causados ao ofendido, e com o entendimento do Direito Penal como *última ratio* e ainda, com a chamada justiça restaurativa.

---

<sup>46</sup> Vide nota anterior, sobre contatos do CAOCRIM.

<sup>47</sup> Há quem sustente o contrário, haja vista o princípio da economia processual.

#### A.12 - Composição de danos civis em ação penal privada e ação penal pública condicionada

Nos casos de ação penal privada e pública condicionada, a composição civil é causa de extinção da punibilidade, devendo o Ministério Público fiscalizar se o acordo é exequível, lícito e razoável à vítima.

Há entendimento de que a composição dos danos civis pode ser parcial, podendo haver repartição entre os danos materiais (imediatamente compostos) e morais (a serem apurados no juízo civil). Existe porém entendimento, de que uma vez realizada a composição dos danos civis, conforme prevê o artigo 72 da Lei 9099/95, nos termos do que estabelece o artigo 74, da mesma Lei, há renúncia ao direito de pleitear demais indenizações originadas do alegado evento danoso. Assim, após a homologação do acordo, só haveria possibilidade de pleitear na esfera cível o ressarcimento dos prejuízos advindos do sinistro, se estes forem verificados pela vítima *após* a transação das partes, cabendo este ônus à vítima.

Decisão a respeito da questão:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO  
34ª Câmara- APELAÇÃO S/ REVISÃO- N o . 1 1 2 0 9 7 3 - 0/4 - Comarca de SÃO JOSÉ  
DO RIO PRETO- P r o c e s s o 470/06 -2. V. CÍVEL - APTE - GISELI CRISTINA CASTRO.  
APLADO: MÁRCIO RODRIGUES GOULART E S/M HELENA MARIA ALVARES -  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA -  
REGISTRADO(A) SOB N° -01611364 2- Número do processo 2.0000.00.421697-  
1/000(1) – Rel: Valdez Leite Machado- de APELAÇÃO CÍVEL N. 421.697-1, da Comarca  
de UBÁ, sendo Apelante (s): PAULO CÉSAR ALMEIDA DA SILVA e Apelado (a) (os) (as):  
ALBERTINA ROSA DE OLIVEIRA VITRAL

#### A.13 - Retratação da representação

A previsão legal é que a retratação da representação pode ocorrer até o momento do oferecimento da denúncia. Porém, conciliadas as partes, tem-se aceitado a retração da representação até o momento da audiência de instrução e julgamento, antes porém, do efetivo recebimento da denúncia. Justifica-se este posicionamento pelo princípio da informalidade que rege o Juizado Especial Criminal, invocando-se, mais uma vez, os princípios da intervenção mínima do direito penal, buscando-se, principalmente, a pacificação social. Sobre o assunto, Fernando da Costa Tourinho afirma:

(..) E, como dissemos antes, a pacificação social ou familiar é o bem maior que deve ser buscado pelo Direito, insculpindo-se como uma forma de reparação do dano. Assim, havendo retratação da representação, mesmo após o oferecimento da denúncia, deve-se considerá-lo como causa para a extinção da punibilidade, por analogia ao art. 107, V, do Código Penal, que autoriza a extinção da punibilidade pela renúncia ao direito de representação (TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei nº 9.099/1995 — São Paulo: Saraiva, 5ª. ed. p. 529).

#### A.14 - Competência – Concurso de Crimes

Havendo concurso de crimes, a pena a ser considerada para fins de fixação de competência, é o resultado da soma - no caso de concurso material -, ou a exasperação, - na hipótese de concurso formal ou crime continuado-, consideradas as penas máximas cominadas aos delitos.

Recente decisão neste sentido:

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO-CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – SOMATÓRIO DAS PENAS-COMPETÊNCIA-JUSTIÇA COMUM. Para os crimes cometidos em concurso material, exige-se a soma das penas máximas cominadas em abstrato, para observância de qual será o Juízo competente para julgamento do processo. Quando referida soma ultrapassar o limite de dois(2) anos que caracteriza os delitos de menor potencial ofensivo, a competência passará a ser da Justiça Comum. Competência do Juízo Suscitado. Conflito Negativo de Jurisdição n. 1.0000.07.463130-0/000- Belo Horizonte- 04/12/2007

#### *A.15 - Competência – Conexão de Crimes*

Havendo conexão entre os crimes da competência da Justiça Comum e do Juizado Especial, pela vis atrativa, a Justiça Comum será a competente para julgar. O Enunciado 10 do VII Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, estabelece que “ Havendo conexão entre crime da competência do Juizado Especial e do Juízo Comum, prevalece a competência deste último.”

#### *A.16 - Competência – Causa de aumento de pena*

Havendo causa de aumento de pena, para fins de fixação de competência, deverá ser considerada a pena máxima em abstrato, aumentando-se do mínimo legal. Ultrapassados dois anos, a competência é da Justiça Comum.

#### *A.17 – Descumprimento de Acordo Civil*

Prescreve o art. 74 da Lei nº 9.099:

A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecurável, terá eficácia de título executivo judicial a ser executada no juízo cível competente.

Parágrafo único: Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada a representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.”

Mediante uma exegese do parágrafo único do citado artigo, verifica-se que o legislador entendeu, em consonância com o princípio da *ultima ratio* norteador do direito penal, que havendo pacificação social entre as partes, mediante composição civil, desnecessária é a continuidade do processo na esfera criminal.

Assim, homologado o acordo (seja em ação privada, seja em ação pública condicionada) ter-se-á a renúncia ao direito de queixa ou representação, o que impossibilita, em caso de descumprimento, qualquer prosseguimento do feito criminal. O acordo homologado em ação pública incondicionada (que não afeta a punibilidade) igualmente deve, em caso de descumprimento, ser executado no juízo cível competente.

Importante mencionar que no caso de ação penal pública incondicionada, com vítima determinada, quando houver acordo civil entre as partes é possível a extinção da punibilidade do autor da infração penal, mediante a utilização do princípio da pacificação social, regente do Juizado Especial. Este entendimento tem sido justificado ante a consideração de que se o acordo entre as partes foi suficiente para restabelecer o equilíbrio social e a confiança no ordenamento jurídico desnecessária seria então a intervenção do direito penal para solucionar a questão (princípio da intervenção mínima).

#### *A.18 – Decadência do Direito de Queixa ou Representação*

O art. 38 do CPP estabelece o prazo de 6 meses para o exercício do direito de queixa ou representação, a contar do dia da ciência da autoria pelo ofendido ou seu representante legal. Tal prazo é decadencial, sendo insuscetível de suspensão ou interrupção.

Assim, quando houver necessidade de redesignação da audiência preliminar e a ação penal for pública condicionada, se ainda não existir representação nos autos, pleitear para que a nova audiência recaia em data anterior ao término do prazo para seu oferecimento.

Findo o lapso temporal do art. 38 do CPP sem manifestação da vítima ou de seu representante legal, deve-se pugnar pela extinção da punibilidade do autor, nos moldes do art. 107, inciso IV, do CP e arquivamento do feito.

Insta destacar que em alguns casos de ação privada e pública condicionada é instaurado o TCO, mas não se apura a autoria do delito e a vítima, mesmo devidamente intimada para prestar esclarecimentos, mantém-se inerte. Em tais hipóteses, decorrido o prazo de 6 meses sem qualquer manifestação do ofendido, o entendimento predominante é no sentido de se pleitear o arquivamento do procedimento por ausência de autoria e desinteresse tácito da vítima.

#### *A.19 – Transação Penal – Necessidade de análise da presença ou não de causas impeditivas à proposta.*

O art. 76, parágrafo segundo, incisos I, II e III, da Lei nº 9.099/95, prescreve as causas que obstem a propositura de transação penal. Para analisar a existência de condenação anterior ou gozo do benefício em questão a menos de 5 anos, deve-se pleitear a juntada de Certidão de Antecedentes Criminais (CAC) e Folha de Antecedentes Criminais (FAC) do autor dos fatos. Havendo indícios das citadas causas impeditivas, requerer o adiamento da audiência e a realização das diligências necessárias a apuração dos fatos, caso isto não seja possível de imediato.

#### *A.20 - Análise dos óbices dos incisos I, II e III do parágrafo segundo, do art. 76 da Lei nº 9.099/95.*

No que tange ao inciso I do referido dispositivo legal, observar que não obstará a transação penal se:

- a) a anterior sentença condenatória ainda não tiver transitado em julgado;
- b) a condenação anterior pela prática de contravenção penal;
- c) na condenação anterior pela prática de crime, houver a aplicação de pena restritiva de direitos e/ou multa.

Uma questão a ser discutida é se, após 5 anos da extinção da punibilidade do autor, a condenação ainda seria motivo para impedir a transação penal, pois nesses casos a mesma condenação não mais seria considerada para fins de reincidência, consoante art. 64, Inciso I, do CP. Mediante uma interpretação lógico-sistêmica do ordenamento jurídico, tem prevalecido o entendimento de que, após o decurso do citado lapso temporal da extinção da punibilidade do autor, a condenação anterior não inviabiliza a propositura de transação penal. As condenações anteriores nestes casos (art. 64, inciso I, do CP) poderiam servir como óbices à transação penal por ausência de requisito subjetivo, nos termos do inciso III do mesmo artigo.

Já com relação ao inciso II do citado artigo, para uma análise mais precisa, é necessário diligenciar para que venham aos autos certidões criminais acerca de eventuais registros de transações penais anteriores, especialmente junto aos Juízos referentes à cidade natal do autor e aos seus últimos domicílios, no caso dessas informações ainda não constarem nos autos. Vale ressaltar que, consoante o entendimento majoritário, conta-se o prazo de 5 anos para aferir a possibilidade de

nova transação penal conforme o art. 64, inciso I, do CP, ou seja, da extinção da punibilidade do autor pelo cumprimento da transação penal.

Por fim, verifica-se que o inciso III do mesmo artigo possui natureza subjetiva, cabendo ao Promotor de Justiça, no uso de sua independência funcional, averiguar no caso concreto o preenchimento de tais requisitos, salientando que, para alguns, os maus antecedentes, por si só, podem ser suficientes para o impedir a aplicação da transação penal.

#### *A.21 – Transação Penal – Não propositura*

Sendo incabível a propositura de transação penal, deve a recusa ser fundamentada, principalmente quando embasada em óbice subjetivo.

Não parece prudente a fundamentação da recusa simplesmente em razão da “gravidade” objetiva do delito cometido pelo agente, já que tal exclusão já foi exercida pelo legislador ao definir os delitos de menor potencial ofensivo.

#### *A. 22 - Princípio da Oralidade – Postura do MP*

Em razão do princípio da oralidade e a concentração dos atos processuais e considerando que somente aqueles essenciais são atermados, deve-se protestar pela consignação em ata ou termo de todos os fatos e incidentes reputados como importantes às pretensões ministeriais, inclusive para o fim de embasamento de futuros recursos. Lembrar que o membro do Ministério Público deve manter postura serena em audiência, concorrendo para um clima de respeito entre apargates, advogados e juiz, evitando-se desvios, debates e discussões inúteis, bem como ofensa ao autor do fato ou circunstantes.

#### *A.23 – Art. 50 e 58 da LCP – autoria a apurar*

Tais infrações penais desafiam as autoridades públicas, posto ser extremamente difícil de se apurar quem são os verdadeiros responsáveis pelo local onde são realizados os chamados jogos de azar e *do bicho*. Eis que geralmente se consegue chegar aos chamados “laranjas”, mas dificilmente aos verdadeiros donos do negócio. Uma forma de se tentar averiguar tais fatos é pugnar pela expedição de ofício à Prefeitura Municipal para que informe o nome do proprietário do imóvel. Opção interessante também é pedir que seja revisto o alvará de funcionamento do estabelecimento comercial que está sendo utilizado para fins ilícitos.

Se na comarca houver poucos cartórios de registro de imóveis, pode-se requerer sejam eles oficiados para que informem o nome do proprietário do imóvel utilizado para realização das contravenções penais. Outrossim, pode-se pugnar pela expedição de ofício à Junta Comercial, para informar se o estabelecimento possui algum tipo de registro e quem são os responsáveis pelo mesmo.

#### *A.24 - Transação Penal após oferecimento da denúncia*

Quando, compulsando os autos, se verificar que o agente faz jus o benefício da transação penal, nos moldes do art. 76 da Lei nº 9.099/95, mas a houver recusado na fase preliminar ou não houver sido ofertado tal benefício por outros motivos, é possível ser renovada a proposta na audiência de instrução de julgamento, conforme art. 79 do mesmo diploma legal.

A renovação do oferecimento da transação penal em AIJ, mesmo quando recusada na audiência preliminar, tem sido a prática nos Juizados Especiais Criminais do Estado, pois na fase preliminar a

recusa pode ter decorrido da animosidade inicial entre as partes, bem como pela falta de orientação de um defensor.

Importante salientar que é necessário pugnar pelo recebimento da denúncia antes da propositura da transação penal na Audiência de Instrução e Julgamento, eis que tal benefício não interrompe a prescrição.

#### *A.25 – Transação penal – Especificação da proposta*

Utilizar, na especificação da proposta, apenas e tão somente as espécies de penas restritivas de direitos e multa previstas no Código Penal. Lembrar que a prestação de serviços à comunidade equivale à obrigação de fazer e a pena pecuniária tem destinação específica, havendo entendimento no sentido de que não deve ser revertida à vítima como forma de indenização, nem tampouco ser destinada diretamente a entes públicos.

Procurar manter cadastro das entidades beneficiadas e fiscalizar o emprego das verbas a elas destinadas.

#### *A.26 – Transação Penal – Limites da proposta*

Lembrar que a proposta de transação, incumbência exclusiva do “Parquet”, em princípio, não deve ter por objeto pena mais grave, qualitativa ou quantitativamente, que aquela passível de ser aplicada na hipótese de condenação.

#### *A.27 – Transação penal - Especificação da proposta e modificação*

Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 761º da lei n.9099/95, sugere-se não admitir a modificação das condições da transação penal proposta, já que, nos termos do art. 76 da Lei n.º 9.99/95, a legitimidade para a propositura do instituto é exclusiva do Ministério Público;

Sugere-se a interposição das medidas judiciais cabíveis diante da homologação da transação penal que altere as condições da proposta feita pelo Ministério Público, ou cuja iniciativa não tenha partido do *Parquet*.

#### *A.28 - QUEIXA-CRIME - Transação penal e suspensão condicional do processo em ação penal de iniciativa privada*

Os artigos 76 e 89 da Lei n.º 9.099/95 são omissos acerca da possibilidade de se propor transação penal e suspensão condicional do processo aos crimes de iniciativa privada. Não obstante, em observância ao princípio da isonomia e por analogia *in bonam partem*, firmou-se o entendimento de que se aplicam os referidos institutos despenalizadores aos crimes de ação privada.

Nesses casos, interposta a queixa-crime, o órgão ministerial deverá analisar a adequação da peça ao disposto nos artigos 41 e 44 do CPP. Isto feito, deverá requerer a designação de audiência preliminar e, preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei n.º 9.099/95, propor transação penal ao querelado.

De igual sorte, o entendimento pacificado nos Juizados Especiais Criminais é de que também cabe ao Ministério Público a legitimidade para propor ao querelado o benefício da suspensão condicional do processo, analisados os requisitos do art. 89 da Lei n.º 9.099/95.

Não obstante, entendimento em sentido contrário sustentado por uma segunda corrente entende que a proposta de transação penal e suspensão condicional do processo pelo Ministério Público só é viável desde que não haja formal oposição do querelante.<sup>48</sup> Por fim, terceira corrente defende que a legitimidade para a propositura dos institutos despenalizadores em questão caberiam exclusivamente ao querelante<sup>49</sup>.

#### *A.29 – Momento da manifestação do Ministério Público em ação penal de iniciativa privada*

Nos processos criminais de ação privada, o Ministério Público atua como *custus legis* e, como tal, deverá se manifestar após a apresentação das alegações finais do querelante e do querelado.

#### *A.30 - Remessa dos autos à Justiça Comum*

Tratando-se de caso de maior complexidade, em que se torne imprescindível o aprofundamento da investigação por meio de inquérito policial (por necessidade de perícias especiais e demoradas, por tratar-se de delito multitudinário, por ser necessário incidente de insanidade mental do acusado etc.), deve-se pugnar pela remessa dos autos à Justiça Comum (art. 77, §2º, da Lei nº 9.099/95).

O Enunciado 18 do IV Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil dispõe: “Na hipótese de fato complexo, as peças de informação deverão ser encaminhadas à Delegacia Policial para as diligências necessárias. Retornando ao Juizado, e sendo caso do art. 77, §2º, da Lei nº 9.099/95, será encaminhado ao Juízo Penal Comum”.

A outra hipótese ocorre como consequência à proibição de citação por edital, elencada no artigo 18, §2º, da Lei nº 9.099/95, em consonância com os princípios da simplicidade, economia processual e celeridade. Somente depois de esgotados os meios de localização do autor do fato requer-se a remessa dos autos à Justiça Comum para a citação por edital.

#### *A.31 - Descumprimento da pena transacionada e possibilidade de oferecimento de denúncia após a homologação da transação penal*

A solução para a presente questão não é pacífica na doutrina e nos tribunais pátrios.

Em homenagem da buscada respeitabilidade do Juizado Especial, posição minoritária defende a conversão da pena restritiva de direitos não cumprida em pena privativa de liberdade, face ao caráter condenatório da sentença homologatória. O parâmetro da conversão é o limite da pena mínima aplicável, em abstrato. O STF, todavia, já esposou entendimento (HC 79.572-2/GO) no sentido de que a sentença que homologa a transação penal não possui caráter condenatório. Portanto, descumprida a pena restritiva de direitos, não tem sido usual a sua conversão em pena privativa de liberdade, em obediência ao princípio do devido processo legal.

Uma solução encontrada por alguns tem sido o pensamento de que a transação penal se constitui de um suposto acordo entre o Ministério Público e o autor do fato, para a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, que tem o condão de suspender o ajuizamento da ação penal. Uma vez descumprida a transação penal, desconstituir-se-ia o acordo, retornando-se a questão ao estado anterior. Como consequência, cabível seria o oferecimento da denúncia pelo Ministério

<sup>48</sup> STJ 6.ª T., no RHC n. 8.123/AP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16.4.1999, DJ de 21.6.1999, p. 202

<sup>49</sup> STF, RT 765/527; TJRJ, RSE 128/98. j. 8.9.98, in Bol. IBCCR 80/369

Público. A crítica a este entendimento tem sido que ele violaria o devido processo legal firmado nos atos anteriores, tendo-os por invalidados.

É certo também que o Superior Tribunal de Justiça sustenta que, uma vez descumprida a transação penal, deve-se executá-la como dívida civil, pois a homologação do acordo faz coisa julgada material, sendo incabível a propositura de nova ação penal.

Há quem aponte uma solução tendente à oferta de proposta de transação penal, cuja homologação ficaria diferida no tempo, aguardando o seu cumprimento para receber a posterior homologação judicial. Assim, caso a medida não seja cumprida, os autos são remetidos ao Ministério Público para a propositura da ação penal. Importante lembrar que também nesta hipótese a solução não parece seguir os rigores processuais, conquanto uma transação não homologada não conta com qualquer força de exigibilidade.

Outra solução a ser analisada é a inserção de CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA quando da homologação da proposta de transação penal, de maneira que fique expressa a ressalva de que, havendo descumprimento injustificado de transação penal já homologada judicialmente, a denúncia será formalizada contra o transator inadimplente, ou seja, contra o autor do fato.

Assim, sugere-se seja requerido ao juiz, quando da homologação imediata da transação penal, que insira na ata os termos da proposta originalmente feita pelo Ministério Público ao autor do fato e a cláusula resolutiva expressa, declarando a insubsistência do acordo, se descumprido, com o retorno do estado anterior, como se segue:

***“havendo descumprimento injustificado de transação penal já homologada judicialmente, a DENÚNCIA poderá ser formalizada contra o transator inadimplente”.***

O argumento de tal posição é no sentido de que o autor do fato, quando da aceitação da proposta de transação penal, devidamente assistido por Procurador ou Defensor Público, terá ciência e advertência quanto à futura propositura da ação penal, na hipótese do descumprimento injustificado do benefício. É o que se extrai de interpretação sistêmica do Enunciado 79 do FONAJE, o que está em consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores.

Enunciado 79 FONAJE (Substitui o Enunciado 14) – *“É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal em que não haja cláusula resolutiva expressa, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao prévio cumprimento do avençado. O descumprimento, no caso de não homologação, poderá ensejar o prosseguimento do feito (Aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE)”*

Logo, enquanto não ocorre a supressão legislativa da omissão existente na Lei 9.099/95 quanto à homologação da transação penal, entende-se que a melhor alternativa no combate à impunidade é a que declara o acordo homologado na transação penal insubsistente, com o retorno dos autos para o oferecimento, de imediato, da denúncia.

A cláusula resolutiva expressa autoriza o oferecimento de denúncia em caso de descumprimento injustificado da transação penal, evitando-se futuros questionamentos sobre coisa julgada material e, por conseguinte, estimulando o cumprimento voluntário das obrigações assumidas na transação

penal, evitando-se que aquele que descumpra injustificadamente a transação penal avençada fique impune e tenha a oportunidade de se beneficiar novamente quando do cometimento de outro delito no interregno de cinco anos, em detrimento daqueles que cumpriram integralmente a transação penal.

Segundo os tribunais:

*“HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL. EXIGÊNCIA DO ATO IMPUGNADO DE QUE A HOMOLOGAÇÃO OCORRA SOMENTE APÓS O CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO PACTUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO À HOMOLOGAÇÃO ANTES DO ADIMPLEMENTO DAS CONDIÇÕES ACERTADAS. POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO OU DE PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL.” I. **Consubstancia constrangimento ilegal a exigência de que a homologação da transação penal ocorra somente depois do adimplemento das condições pactuadas pelas partes.** II. **A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a transação penal deve ser homologada antes do cumprimento das condições objeto do acordo, ficando ressalvado, no entanto, o retorno ao status quo em caso de inadimplemento, dando-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal. Ordem concedida.”** (HC 88616/RJ, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, STF, j. 08.08.06).*

#### **INFORMATIVO Nº 568 STF**

Transação Penal Descumprida e Seguimento da Ação Penal  
PROCESSO - RE - 602072

*“O Tribunal, após reconhecer a existência de repercussão geral no tema objeto de recurso extraordinário interposto contra acórdão da Turma Recursal do Estado do Rio Grande do Sul, **reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da possibilidade de propositura de ação penal quando descumpridas as cláusulas estabelecidas em transação penal** (Lei 9.099/95, art. 76) e negou provimento ao apelo extremo. **Aduziu-se que a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, viabilizando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal.”***

Precedentes citados: HC 88785/SP (DJU de 4.8.2006); HC 84976/SP (DJU de 23.3.2007) HC 79572/GO (DJU de 22.2.2002); RE 581201/RS (DJE de 20.8.2008); RE 473041/RO (DJU de 16.5.2006); HC 86694 MC/SP (DJU de 11.10.2005); HC 86573/SP (DJU de 5.9.2005); RE 268319/PR (DJU de 27.10.2000). RE 602072 QO/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009. (RE-602072)

*HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade. TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. **Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.***

(STF - HC 79572 / GO - GOIÁS - HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 29/02/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJ 22-02-2002 PP-00034 EMENT VOL-02058-01 PP-00204)

“Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição federal) que tem como violado o art. 5º, XXXVI, XL, LIV e LXVIII, da Carta Magna.

Depreende-se dos autos que o acórdão recorrido deu provimento a recurso do Ministério Público, interposto de decisão que declarou extinta a punibilidade do autor do fato, determinando a baixa e arquivamento do procedimento, ante a transação penal proposta e aceita pelo agente.(...)”

“[...] a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, viabilizando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal.” (Informativo STF 568)

Do exposto, nego seguimento ao agravo (art. 38 da Lei 8.038/1990 c/c o art. 21, § 1º, do RISTF)”.  
STF - AI 755393 / RS - RIO GRANDE DO SUL - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Julgamento: 25/02/2010

“PENAL E PROCESSUAL PENAL – DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO EM TRANSAÇÃO PENAL – HOMOLOGAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA AVENÇADA – POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA.

- Consoante entendimento desta Corte, é possível o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento de multa avençada.”

**Recurso desprovido.**

STJ	-	RHC	11392	/	SP
RECURSO		ORDINARIO	EM	HABEAS	CORPUS
2001/0060930-0					
Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113)					
DJ		26/08/2002		p.	249
RJDTACSP vol. 59 p. 228					

“Crime de trânsito – Transação Penal Homologada – Descumprimento – Oferecimento de Denúncia pelo Ministério Público – Rejeição ante ao fundamento de perda da jurisdição – Efeito resolutivo – submissão do processo ao “status quo ante” – precedentes do excelso STF – Decisão cassada, determinando o recebimento da denúncia e o regular processamento do feito.” (TJMG – Apelação: 0024.09.296065-7 – Relator: Agostinho Gomes de Azevedo – data do julgamento: 25/11/2009).

A “homologação da transação” - na realidade aplicação da pena, por sentença, na dicção legal – tem, excepcionalmente, caráter de decisão com efeito resolutivo, pois segundo entendimento do STF pode se tornar sem efeito no caso de descumprimento do acordado, por culpa exclusiva do réu.

#### A.32 - Denúncia – momento de oferecimento

Oferecer denúncia preferencialmente ainda em audiência preliminar (denúncia oral), ressalvada a necessidade de diligências imprescindíveis. Lembrar que alguns juízes tem pedido aos promotores

de justiça que não ofereçam denúncia oral, ante suposto “tumulto” que a medida ocasionaria frente ao alto número de audiências previstas para realização no Juizado.

#### *A.33 - Denúncia – requisitos*

A denúncia deverá obedecer aos requisitos do artigo 41, do CPP, mesmo se tratando de denúncia oral reduzida a termo.

Postular a inserção da proposta de transação penal e suas condições em ata e, havendo recusa, registrar sucintamente a ocorrência desse evento na denúncia, de modo a evitar que, no futuro, haja alegação de irregularidade procedimental.

- Rol de testemunhas

Atentar para a possibilidade de se arrolar como testemunha eventual co-autor ou participe beneficiado pela transação penal, à qual não fez jus ou recusou o denunciado, bem como os agentes policiais que efetuaram a prisão em flagrante.

Ante a ausência de previsão na Lei nº 9.099/95 segue-se a regra prevista no artigo 539, do CPP, para os crimes apenados com detenção, que prevê máximo de 05 (cinco) testemunhas.

#### *A.34 - Requerimentos quando do oferecimento da denúncia*

Oferecer, juntamente com a denúncia, proposta de suspensão condicional do processo<sup>50</sup>, sempre que já se contar com todos os dados indispensáveis à sua análise e se concluir por seu cabimento. Fazê-lo expressamente, ainda que o denunciado já tenha recusado proposta de transação penal que fosse aparentemente menos gravosa.

A recusa à oferta de suspensão condicional deve ser fundamentada e deverá levar em consideração as causas de aumento e de diminuição da pena.

Inexistindo informações suficientes para a negativa ou à oferta do benefício, deve-se, na mesma oportunidade, requerer as diligências necessárias que autorizem posterior análise do cabimento ou não do benefício.

Observar que as hipóteses de decretação de prisão preventiva são escassas face à regra do art. 313, CPP.

#### *A.35 - Audiência de Instrução e Julgamento – Ausência do denunciado*

Na hipótese de ausência do denunciado à audiência de instrução e julgamento, observar se houve citação válida e regular.

Observando não ter sido o denunciado encontrado para ser pessoalmente citado, buscar novas localizações dele através de diligências no TRE, Receita Federal, CAOCRIM, concessionárias de serviços públicos e outras, porém esgotadas estas possibilidades sem sucesso, requerer a remessa dos autos ao juízo comum para adoção do procedimento previsto no art. 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

Tendo o denunciado ausente sido regularmente citado, requerer a decretação de sua revelia e o prosseguimento do feito com a realização da audiência de instrução e julgamento.

---

<sup>50</sup> Lembrar que, diferentemente da transação penal, na Suspensão a especificação das condições a que fica submetido o beneficiado são privativas do Juiz de Direito.

#### *A.36 - Audiência de Instrução e Julgamento – Dinâmica*

Zelar pela regularidade procedimental, lembrando que:

- a) a defesa prévia precede a decisão que recebe ou rejeita a denúncia ou a queixa;
- b) recebida a denúncia ou a queixa, somente após a oitiva da vítima e testemunhas é que acontece o interrogatório do acusado/querelado, se este não for revel;

Observar que a decisão que rejeita a denúncia desafia recurso de apelação, cujo pedido deve ser interposto no prazo de 10(dez) dias acompanhado das respectivas razões.

Em nome da desejável celeridade, sempre que possível as alegações finais devem ser apresentadas em audiência.

#### *A.37 - Emendatio e mutatio libelli*

Observada a necessidade de se dar ao fato narrado na denúncia definição jurídica diversa daquela nela constante que termine por importar em capitulação delitiva que fuja à competência do Juizado Especial Criminal, requerer a remessa dos autos ao juízo competente.

Observada, à luz da prova constante nos autos, a possibilidade de se dar ao fato definição jurídica diversa daquela da denúncia, reconhecendo-se elementos essenciais não contidos expressa ou implicitamente na inicial acusatória e que importem em aplicação de pena cujo limite máximo, em abstrato, fuja à competência do Juizado Especial Criminal, postular sejam os autos remetidos ao juízo competente para que ali seja aditada a denúncia pelo promotor com atribuições naquele juízo.

#### *A.38 - Recursos contra a sentença monocrática*

Recomenda-se interpor apelação, no prazo de 10(dez) dias, à Turma Recursal competente quando as pretensões ministeriais não forem acolhidas, prequestionando, se for o caso, temas constitucionais;

Lembrar da possibilidade de requerer, seja na qualidade de apelante seja na qualidade de apelado, a transcrição de eventual gravação magnética, caso este meio tenha sido utilizado para o registro dos atos praticados em audiência.

Recordar que é possível a utilização do recurso em sentido estrito quando a decisão judicial não se amoldar às hipóteses do art. 82 da Lei nº 9.099/95.

#### *A.39 - Crime de Trânsito – Arts. 291 e 303 do CTB – Vedação de transação penal e Causa de aumento de pena*

Na hipótese de crime de lesão corporal culposa no trânsito, observar que pelos incisos do parágrafo 1º do art. 291 do CTB, não se poderá conceder transação penal se o agente dirigia embriagado, participava de “racha” ou estava em velocidade excessiva. Já em relação ao art. 303 do CTB, deve-se observar que o seu parágrafo único remete às causas de aumento de pena do artigo 302 cuja incidência, faz com a pena máxima em abstrato ultrapasse 2 (dois) anos, devendo os autos serem remetidos à Justiça Comum.

#### *A.40 - Crime de trânsito – Arts. 309 c/c 303 do CTB*

Ocorrendo crime de lesão corporal na direção de veículo automotor, sendo o condutor inabilitado, grande parte da jurisprudência é no sentido de que o artigo 309 fica absorvido pelo crime do artigo 303. Sendo este último de ação penal condicionada a representação, havendo a decadência do prazo de representação (do art. 303), não subsistiria o crime do artigo 309, devendo ser requerida a extinção da punibilidade. O STF já decidiu neste sentido. (STF, HC 80.041, 1ª Turma, rel. Min. Octávio Gallotti, RT, 783:568).

#### *A.41 - Crime de trânsito – Art. 303 “caput” do CTB - Não instauração de TCO*

O delito previsto no art. 303 “caput” da Lei nº 9.503/97 (praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor) é de ação penal pública condicionada à representação.

CONSIDERANDO que o Código de Processo Penal se aplica subsidiariamente à Lei nº 9.099/95, conforme expresso no artigo 92 da mesma e que em seu §4º do art. 5º do Código de Processo Penal assevera que “O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado”; podemos concluir que a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência depende de prévia REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA.

Assim, deverá ser diligenciado, e se for caso, expedir recomendação à autoridade policial no sentido de que:

1. A lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência somente deva ocorrer com a prévia representação da vítima, a teor do disposto no art. 5º, §4º do Código de Processo Penal;
2. Deverá a polícia militar e/ou civil, diligenciar para que os envolvidos tomem ciência do prazo decadencial;
3. Estando os envolvidos cientificados sobre o direito de representação, deverá a “notícia criminis” AGUARDAR na respectiva Delegacia por eventual manifestação da vítima;
4. Não havendo representação no prazo de 6 (seis) meses a contar do conhecimento da autoria delitiva, o Boletim de Ocorrência permanecerá arquivado na Delegacia;
5. Em caso de não identificação do autor do fato, e/ou causador do sinistro, faz-se necessária a lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência (Art. 69, Lei nº 9.099/95) ou, se for o caso, de Inquérito Policial;
6. O TCO deverá ser instruído, ao menos, com perícia sumária - descrição dos danos sofridos pelos veículos envolvidos – croquis do local e posição do(s) veículo(s) envolvidos; informações sobre a sinalização e preferência da via, condições da pista de rolamento e condições climáticas no momento do fato etc., para se evitar que o expediente recebido na Promotoria sem tais formalidades seja alvo das sempre prejudiciais dilações de prazo com o objetivo único de se colher tais elementos.

#### *A.42 – Crimes de lesões corporais leves e na direção de veículo automotor*

Nos crimes de lesão corporal leve (artigo 129 do Código Penal) e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (artigo 303 da Lei 9.503/97), se ausente representação do ofendido ou de seu representante legal, a fim de verificar se o fato não constitui crime mais grave, requerer a juntada do Exame de Corpo de Delito da vítima ou relatório da assistência médica prestada à mesma antes de postular pela extinção de punibilidade do autor pela decadência do direito de representação (artigo 107, IV, do Código Penal).

#### *A.43 – Condução de veículo automotor sem habilitação – Art. 309 do CTB*

Segundo posição jurisprudencial dominante é atípica a conduta de conduzir veículo automotor sem habilitação quando daí não gerar perigo concreto de dano. Em relação à conduta do Art. 310 do CTB, conduta de entregar veículo à condução por pessoa não habilitada, que o faz sem demonstração de perigo de dano, tem havido duas posições distintas, que o órgão de execução do MP deverá observar para fazer a opção que lhe parecer a mais adequada.

A primeira posição é aquela que considera típica a conduta do art. 310 do CTB mesmo quando considerada atípica a conduta daquele agente não habilitado, a quem foi entregue a condução do veículo, por não ter gerado perigo concreto de dano. Sustentam seus defensores que o tipo do art. 310 do CTB não exige perigo de dano para caracterizar a tipicidade da conduta, como faz o art. 309.

A segunda corrente, aquela que considera também atípica a conduta daquele que entrega, oferece ou permite a condução de veículo automotor à pessoa não habilitada, art. 310 do CTB, quando essa condução por pessoa não habilitada não causou perigo concreto de dano que sendo considerada atípica, entende deva ser estendida a atipicidade também para a conduta lesiva do art. 310 do CTB, justificando que se deve fazer uma interpretação extensiva e mais favorável ao agente.

*A.44 - Absorção da conduta de condução de veículo automotor sem possuir habilitação pela conduta de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor*

Respeitadas opiniões em contrário, no caso de prática de lesão corporal culposa na condução de veículo automotor, tem sido admitida por muitos a absorção da conduta de falta de habilitação, ou seja, não havendo representação da vítima de lesões corporais arquiva-se o procedimento pela conduta de direção sem habilitação, como já decidiu o STF:

**HC 80298 / MG - MINAS GERAIS**

**HABEAS CORPUS**

**Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA**

**Julgamento: 10/10/2000**

**Órgão Julgador: Segunda Turma**

**Publicação**

DJ 01-12-2000 PP-00071 EMENT VOL-02014-01 PP-00222

**Parte(s)**

PACTE. : BRENO FARIA GONÇALVES

IMPTE. : BRENO FARIA GONÇALVES

ADVDAS. : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS

COATOR : TURMA RECURSAL CRIMINAL DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE  
BELO HORIZONTE

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE LESÕES CORPORAIS CULPOSAS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO, QUALIFICADO PELA FALTA DE HABILITAÇÃO, E DE DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO (ARTS. 303, PAR. ÚNICO, E 309 DO CTB): CONSUNÇÃO. 1. O crime mais grave de lesões corporais culposas, qualificado pela falta de habilitação para dirigir veículos, absorve o crime menos grave de dirigir sem habilitação (artigos 303, par. único, e 309 do Código de Trânsito Brasileiro). 2. O crime de lesões corporais culposas é de ação pública condicionada à representação da vítima por expressa disposição legal (artigos 88 e 91 da Lei nº 9.099/95). 3. Na hipótese em que a vítima não exerce a faculdade de representar, ocorre a extinção da punibilidade do crime mais grave de lesões corporais culposas, qualificado pela falta de habilitação, não podendo o paciente ser processado pelo crime menos grave de dirigir sem habilitação, que restou absorvido. Precedentes de ambas as Turmas. 4. Habeas-corpus conhecido e deferido para determinar o trancimento da ação penal. (Votação: unânime; Resultado: deferido; Acórdãos citados: HC-80041, HC-80042, HC-80221, HC-80270, HC-80292, HC-80293, HC-80302, HC-80303, HC-80337. **Acórdãos no mesmo sentido:** HC 80371 - ANO-2000 UF-MG TURMA-02 N.PP-006 Min.

MAURÍCIO CORRÊA; DJ 01-12-2000 PP-00071 EMENT VOL-02014-02 PP-00249; HC 82006 - ANO-2002 UF-MG TURMA-02 MIN-MAURÍCIO CORRÊA N.PP-006; DJ 28-02-2003 PP-00016 EMENT VOL-02100-2 PP-00381).

E ainda, outro importante julgado:

**HC 80221 / MG - MINAS GERAIS**  
**HABEAS CORPUS**

**Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES**

**Julgamento: 08/08/2000 Órgão Julgador: Primeira Turma**

**Publicação: DJ 24-11-2000 PP-00087 EMENT VOL-02013-02 PP-00236**

**Parte(s)**

PACTE. : CLÁUDIO PINTO GUILHERME

IMPTE. : CLÁUDIO PINTO GUILHERME

ADV.DAS. : DPE-MG - DIOVANE MARIA PIRES SOUZA

COATOR : TURMA RECURSAL CRIMINAL DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BELO HORIZONTE

**EMENTA:** DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA, EM ACIDENTE DE TRÂNSITO, IMPUTADA A CONDUTOR NÃO HABILITADO LEGALMENTE (ART. 303, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). FALTA DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL, TAMBÉM QUANTO AO CRIME DE DIREÇÃO NÃO HABILITADA (ART. 309 DO C.T.B.). PRINCÍPIOS DA CONSUNÇÃO E DA ABSORÇÃO. "HABEAS CORPUS" PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL: DEFERIMENTO. 1. No caso presente, o fato delituoso corresponderia a uma lesão corporal culposa, em acidente de trânsito, atribuída a condutor inabilitado legalmente, crime de dano previsto no art. 303, parágrafo único, do C.T.B., e não de simples perigo, como considerado no art. 309. 2. E o ofendido não ofereceu a indispensável representação para a ação penal, no prazo legal de seis meses (artigos 88 e 92 da Lei nº 9.099/95, 103 e 107, IV, do Código Penal). 3. Em face dos princípios da consunção e da absorção, o crime de dano efetivo (lesão corporal culposa imputada a condutor legalmente inabilitado), não poderia ser convertido em crime de perigo (direção inabilitada), para se viabilizar a ação penal incondicionada, como concluiu o acórdão impugnado. 4. "Habeas Corpus" deferido, para se trancar a ação penal, adotando-se, para isso, também, os fundamentos deduzidos nos precedentes. (Votação: Unânime; Resultado: Deferido; Veja RT-702358; HC-80042; HC-80041; N.PP.:(37). Análise:(FLO). Revisão:(RCO/AAF);

Ou, finalmente:

**HC 80041 / MG - MINAS GERAIS**

**HABEAS CORPUS**

**Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI**

**Julgamento: 30/05/2000 Órgão Julgador: Primeira Turma**

**DJ 18-08-2000 PP-00083 - EMENT VOL-02000-03 PP-00665**

**Parte(s)**

PACTE. : SÉRGIO SANTOS PEREIRA OU SÉRGIO SANTOS FERREIRA

IMPTE. : DPE-MG - DIOVANE MARIA PIRES SOUZA

COATOR : TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BELO HORIZONTE

**EMENTA:** Lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor por motorista não habilitado, havendo-se declarado a vítima desinteressada da persecução penal. Absorção do delito do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro pelo do art. 303, e seu parágrafo único, trancando-se a ação penal por falta de representação do ofendido.

## **B. Da suspensão condicional do processo**

### **B.1 - Incidência**

Lembrar que a proposta de suspensão condicional do processo é aplicável a todos os delitos cuja pena mínima não seja superior a um ano, ainda que estejam sob a apreciação da jurisdição especial (eleitoral e militar), desde que presente o requisito subjetivo a que alude o art. 89, da Lei nº 9.099/95;

Observar que é pertinente a suspensão condicional do processo nos casos de contravenção penal, mesmo quando a pena de multa seja a única prevista;

Recordar que a proposta de suspensão do processo é incabível quando ocorrer a incidência de causa geral ou especial de aumento de pena, elevando-se a pena mínima aplicável à espécie para mais de um ano. Nesse sentido, a Súmula nº 243, do STJ:

O benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

Notar que nos crimes tentados deve-se proceder a diminuição da pena mínima em 2/3 (dois terços), a fim de se apurar o *quantum* mínimo exigido pelo art. 89 da Lei n. 9.099/95.

### **B.2 - Requisitos genéricos**

Atentar para a necessidade de correta e precisa descrição da conduta delitiva atribuída ao réu mediante a apresentação das circunstâncias qualificadoras e causas de aumento e diminuição de pena inerentes ao fato. Notar, a propósito, que jurisprudência do STJ admite a proposta de suspensão condicional do processo, ainda que no final da instrução, ante a possibilidade de nova definição jurídica ser reconhecida:

Processual Penal – Suspensão Condicional do Processo – Aplicação – Viabilizada a aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95, mesmo por ocasião da sentença condenatória, era de rigor oportunizar ao Ministério Público realizar a proposta de suspensão condicional do processo (STJ – HC 14282 – Fernando Gonçalves – DJU 04.06.2001 p. 256)

HABEAS CORPUS. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE PROPOSTA OU DE INDEFERIMENTO. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. BENEFÍCIO A SER CONCRETIZADO ATÉ A SENTENÇA. A realização da proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa a ser lançada por parte do Ministério Público, mas, por outro lado, é direito subjetivo do réu de ver-lhe recebida. Portanto, a sua não configuração em termos específicos, conferindo ou não o direito ao acusado, macula o procedimento, pois a lei obriga a condução circunstanciada do benefício, mesmo que ocorra depois do recebimento da denúncia e antes da sentença. Ordem concedida em parte para que seja realizada a proposta de suspensão do processo ou, em caso negativo, sejam anotados os termos do indeferimento. (STJ – HC 2004/0125908-0 – 5ª T – Rel. Mins. José Arnaldo da Fonseca – Data do Julgamento 16/12/2004)

Valorizar, quando possível, a reparação do dano causado à vítima como requisito inerente à suspensão condicional, pugnando por sua intimação e comparecimento quando da realização da audiência a que alude o art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Sugerir ao juiz, como uma das condições da proposta e com fundamento no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/95, a prestação de serviços à comunidade, envidando esforços no sentido de catalogar judicialmente entidades que possam auxiliar o juízo nesse sentido – que devem ser fiscalizadas pelo MP na medida do possível.

Averiguar as condições pessoais do denunciado quando da fixação das condições, a fim de evitar futuro e injustificado descumprimento destas.

Observar que, se o réu residir em outra jurisdição, a proposta deverá ser feita pelo Promotor de Justiça que ofereceu a acusação e não pelo órgão de execução que oficiará na audiência junto ao juízo deprecado, a quem, contudo, também caberá a análise das condições de ordem subjetiva.

### *B.3 - Revogação*

Observar que as causas obrigatórias e facultativas que ensejam a revogação do benefício (art. 89, § 3º e 4º, da Lei n. 9.099/95), poderão motivar a cassação do *sursis* processual, ainda que superado o período de prova, desde que cometida a falta no curso daquele. Essa a postura jurisprudencial mais recente adotada pelo STF:

HC 90833 / RJ - RIO DE JANEIRO  
HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA  
Julgamento: 10/04/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ  
11-05-2007 PP-00081 EMENT VOL-02275-02 PP-00394 Parte(s)  
PACTE.(S): NILO BIRUES HERPES IMPTE.(S):DPE-RJ - ADALGISA  
MARIA STEELE MACABU COATOR(A/S) SUPERIOR TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SURSIS  
PROCESSUAL: REVOGAÇÃO APÓS O PERÍODO DE PROVA POR  
DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTES DO SEU TÉRMINO.  
POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A  
suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o seu  
termo final, se comprovado que o motivo da sua revogação ocorreu durante  
o período do benefício. Precedentes. 2. Habeas corpus denegado. Decisão:  
A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. Unânime. Não participou,  
justificadamente, deste julgamento o Ministro Marco Aurélio. 1ª.  
Turma, 10.04.2007.

HC 84654 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS  
Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 31/10/2006 Órgão  
Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 01-12-2006 PP-00100 EMENT  
VOL-02258-02 PP-00338  
Parte(s) PACTE.(S): MANOEL OSMAR DE MOURA OU MANUEL OSMAR  
DE MOURA IMPTE.(S) : PGE-SP - WALDIR FRANCISCO HONORATO  
JUNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) COATOR(A/S): SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. JUIZADOS ESPECIAIS. SUSPENSÃO  
CONDICIONAL DO PROCESSO. COMETIMENTO DE OUTRO CRIME  
DURANTE O PERÍODO DE PROVA. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO

DO BENEFÍCIO APÓS O TÉRMINO DO BIÊNIO PROBATÓRIO. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período. Ordem indeferida.

Decisão A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de habeas corpus e cassou a medida cautelar anteriormente deferida, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. 2ª Turma, 31.10.2006.

HC 84660 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 15/02/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação DJ 25-11-2005 PP-00012

EMENT VOL-02215-02 PP-00344

Parte(s)

PACTE.(S): DENÍSIO RODRIGUES DE MORAIS OU DENÍSIO RODRIGUES DE MORAES IMPTE.(S) : PGE-SP - WALDIR FRANCISCO HONORATO JUNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) E OUTRO (A/S) COATOR(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. REVOGAÇÃO DO SURSIS PROCESSUAL APÓS O PERÍODO DE PROVA, MAS POR FATOS OCORRIDOS ATÉ O FINAL DAQUELE PERÍODO. PRETENSÃO DE SER DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO PACIENTE, QUE ESTARIA CONSUMADA NO MOMENTO EM QUE SE VERIFICA O TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA. A interpretação do § 5º do art. 89 da Lei nº 9.099/95 permite concluir pela inexistência de óbice a que o juiz decida acerca da revogação do sursis ou da extinção da punibilidade após o término do período de prova. Assim, pode haver a revogação mesmo depois de expirado o referido período, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término. Precedente: HC 80.747. Caso em que a revogação do benefício, embora requerida após ultimado o período de prova, se lastreou em fato ocorrido durante esse período, ensejando instauração de processo e condenação com trânsito em julgado, antes mesmo do fim do referido biênio probatório. Essa informação de julgamento condenatório definitivo afasta, inclusive, o exame da constitucionalidade do § 3º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, à luz da presunção de não-culpabilidade. Habeas corpus indeferido.

Decisão

A Turma decidiu remeter o presente pedido de habeas corpus a julgamento do Tribunal Pleno, a fim de resolver questão de constitucionalidade suscitada pelo Ministro Marco Aurélio. Unânime. 1a. Turma, 31.08.2004 Retirado da mesa do plenário por indicação do Relator. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 22.09.2004. A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. Unânime. 1a. Turma, 15.02.2005.

O TJMG, a seu turno, também já adotou entendimento análogo:

Número do processo:

1.0027.02.007182-8/001(1)

Relator: BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Data do Julgamento:

12/07/2007

Data da Publicação:

14/08/2007

Ementa:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO -  
TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA - NÃO-COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS  
CONDIÇÕES IMPOSTAS - DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE -  
IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. - *A revogação da  
suspensão condicional do processo pode se dar após o período de prova, desde que o  
motivo ensejador da revogação tenha ocorrido neste lapso temporal.* - Havendo a  
possibilidade de se **revogar a suspensão** após o período de prova, mister se faz a  
comprovação de não ter havido, por parte do acusado, descumprimento das condições que  
lhe foram impostas.(grifo nosso)

**Súmula:** DERAM PROVIMENTO.

