

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

JEFERSON SILVA AZEVEDO

**“JURISPRUDÊNCIA: FERRAMENTA AUXILIAR DAS NORMAS
JURIDICAS”**

**SÃO MATEUS
2015**

JEFERSON SILVA AZEVEDO

**“JURISPRUDÊNCIA: FERRAMENTA AUXILIAR DAS NORMAS
JURÍDICAS”**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Faculdade Vale do Cricaré,
como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Samuel Davi Garcia
Mendonça**

SÃO MATEUS

2015

Agradeço ao Arquiteto Maior do Universo, o pai celestial e criador DEUS, minha família, aos mestres com muito carinho, aos caros colegas acadêmicos, a equipe da instituição, aos amigos e a todos aqueles que mesmo da mais diversa forma ou com algumas palavras, tenham contribuído para o incentivo, continuação e formação no curso.

Dedico essa monografia ao meu pais, que sempre me apoiaram em qualquer empreitada nessa vida, sempre foram os pilares para minha evoluçãõ, por isso a dedicaçãõ e m3rito total a eles.

“O Direito não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas. O Direito é uma dimensão da vida humana”.

Miguel Reale

RESUMO

Esta monografia aborda o papel da jurisprudência no Direito Penal e Processo Penal brasileiro, primeiramente sua contribuição a sedimentar as bases da área penal, posteriormente sua missão e forma de controle e uniformização que é feita através das súmulas. Finalizando este trabalho, é exposto, através de jurisprudência atual, sua função de interpretar, complementar, atualizar e amoldar a área penal às necessidades atuais, contribuindo para sua evolução.

Palavras chaves: jurisprudência, penal, evolução.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 JURISPRUDÊNCIA E SEU PAPEL DE SEDIMENTAR AS BASES DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL	9
1.1 JURISPRUDÊNCIA PENAL E A DIGNIDADE HUMANA	9
1.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE SUA EVOLUÇÃO ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA	10
1.3 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, DA ANTERIORIDADE EM MATÉRIA PENAL SEU RELACIONAMENTO COM JURISPRUDÊNCIA	11
1.4 A JURISPRUDÊNCIA E AS PENAS	12
1.5 CONTRIBUIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PARA O PROCESSO PENAL	13
1.5.1 Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa	13
1.5.2 A Defesa do Princípio da Razoabilidade pela Jurisprudência	15
1.5.3 Jurisprudência eo Princípio da Presunção da Inocência	16
1.6 RESPONSABILIDADE CRIMINAL DE PESSOA JURÍDICA, E A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	18
1.7 REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO – COMPETÊNCIA	19
1.8 CONCLUSÃO	20
2 JURISPRUDÊNCIA: MISSÃO E MEIO DE CONTROLE (SÚMULAS)	20
2.1 MISSÃO CRIADORA DA JURISPRUDÊNCIA	20

2.2 SÚMULAS – MEIO DE HARMONIZAÇÃO E CONTROLE DA JURISPRUDÊNCIA	23
2.2.1 A Importância das Súmulas	24
2.2.2 A Súmula de Efeito Vinculante	24
2.2.3 Súmulas, Precedentes Jurisprudenciais – Citações.....	26
2.3 CONCLUSÃO.....	31
3 JURISPRUDÊNCIA GARANTISTA	31
3.1 PRECEDENTES JURISPRUDÊNCIAIS GARANTISTAS PENAIIS – SELEÇÃO SINTÉTICA.....	32
3.2 CONCLUSÃO.....	433
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	444
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45
ANEXO.....	46

INTRODUÇÃO

É apresentada nessa monografia a contribuição jurisprudencial para a manutenção, atualização e evolução do direito penal e processual brasileiro, se justificando por uma legislação penal mais condizente com nossa realidade e com a Constituição de 1988.

A metodologia utilizada é pesquisa a obras bibliográficas de renomados estudiosos da área constitucional e penal, consulta a jurisprudência dos tribunais pátrios para comprovar a sua atual contribuição para a modernização do Direito Penal brasileiro.

A importância dessa pesquisa, está na demonstração o quanto é feito pela jurisprudência para Direito Penal e Processual Penal brasileiro seja mais eficaz, célere, justo, utilizando-a como ferramenta principal que irá inova-lo proporcionando-o uma constante reciclagem.

O direito penal brasileiro sofre uma constante inflação legislativa, que se mostra ineficaz para a prevenção, combate, e punição do crime. A jurisprudência aufere ao mesmo, uma evolução sem precedentes, dá ao Juiz a ferramenta necessária para sentenciar de forma rápida, segura e controlada através de mecanismos difusos de controle de constitucionalidade, as súmulas, onde o Advogado, o Promotor, podem suscitar qualquer excesso de discricionariedade do julgador, desacordo com Lei Maior, e os Princípios do Direito.

O uso da Jurisprudência no direito penal, o reformula numa velocidade compatível com as mudanças, e em um futuro próximo, a quantidade de precedentes trará uma solução para o fenômeno da inflação legislativa penal, formando um arquivo de julgados que acarretarão respostas rápidas, razoáveis, atualizadas, e justas ao problema do crime um círculo positivo para o sonhado caminho da paz social no Brasil.

1. JURISPRUDÊNCIA E SEU PAPEL DE SEDIMENTAR AS BASES DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Na Constituição Federal de 1988, são sedimentados os direitos e garantias fundamentais do ser humano, com o escopo de protegê-lo contra o arbítrio do poder do Estado, de auferir condições de vida dignas, desenvolvimento de sua personalidade e alcance da felicidade, a serem respeitados e reconhecidos por toda autoridade e poder, inclusive as normas jurídicas positivadas, e também entre todos os membros da sociedade. Os direitos humanos não são mera enunciação abstrata de princípios, mas representam uma positivação de direitos, nos quais os indivíduos poderão exigir sua tutela ao Poder Judiciário com a missão de efetivar sua aplicabilidade.

1.1 JURISPRUDÊNCIA PENAL E A DIGNIDADE HUMANA

O Direito Penal por tutelar um dos mais preciosos bens de um indivíduo, a liberdade, deve estar em compasso com a dignidade humana, como bem defendida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] Reafirme-se a crença no Direito; reafirme-se o entendimento de que, sendo uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele, advindo a almejada segurança jurídica da observância do ordenamento normativo. O combate ao crime não pode ocorrer com atropelo da ordem jurídica nacional, sob pena de vir a grassar regime totalitário, com prejuízo para toda sociedade[...]. (STF – 2ª T. – HC n. 74639-0/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, 31/10/1996).

No julgamento *Habeas Corpus* citado, deixa explícito como os tribunais pátrios absorvem os mandamentos constitucionais de dignidade humana, os cumprem e os desenvolvem, amoldando-os a realidade continuamente.

O Direito Penal brasileiro é garantista, seguindo os preceitos da Carta de 1988, ocorre que os direitos humanos fundamentais não podem servir de escudo para atividades ilícitas, não podem ser argumentos para dirimir responsabilidades penais, desrespeitando o Estado de Direito, e principalmente a sociedade que o legitimou democraticamente. Portanto os direitos e garantias fundamentais não são ilimitados, pois encontram limites em outros direitos consagrados na constituição.

Desta forma o intérprete do direito, deve equalizar dois direitos ou garantias fundamentais conflitantes de forma proporcional, mas por vezes, crimes ficam impunes por falta de agilidade normativa que proporcione resposta justa ao caso concreto, então torna-se mandatário a relativização dos direitos fundamentais em certos casos criminais, a jurisprudência consegue alcançar tal prerrogativa, a exemplo:

[...] Apontando a necessidade de relativização dos direitos fundamentais, o STF afirma que um direito individual “não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas” (RT, 709/418). Da mesma maneira, diz o STJ que “está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que, impensadamente, cometem os censurados delitos, trazendo a dor aos familiares das vítimas (6ª T. – RHC n. 2.777-0/RJ – Rel. Min. Pedro Acioli – Ementário STJ, n. 8/721).

1.2 PRINCIPIO DA LEGALIDADE, SUA EVOLUÇÃO ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA

Visando combater o poder arbitrário do Estado, o artigo 5º, II, da Constituição, garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O princípio da legalidade dirime o privilégio da vontade parcial do detentor do poder em benefício da lei, assegurando a todos a possibilidade de recusa a imposições estatais que não respeitem o processo legislativo.

Quanto ao conteúdo das leis, é claro que não é válido qualquer um, mas aqueles que sigam a ordem de valores da sociedade, que sirvam de ferramentas para alcance do justo, enfim, balanceiem as posições plurais e antagônicas, e dê sociedade um dinâmico combate ao crime. A lei penal sempre sofreu, e sofre de desatualização em relação a velocidade em que o crime muda, pois em certos aspectos, a legalidade engessa a mesma, a jurisprudência recepiona a legalidade, a protege, e ao mesmo tempo tem a prerrogativa de mantê-la sempre atual, que é fundamental para respostas rápidas, e legais ao crime. Podemos citar, atualíssima e ponderada resposta da jurisprudência em relação a lei penal e a responsabilidade subjetiva:

[...] STJ – O Direito Penal moderno é o Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. Que se recrudescça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperativo da Justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. Na hipótese dos autos, entretanto, o acórdão fundamentou a condenação da conduta do réu, que teria se valido de grave ameaça para conseguir seu intento (STJ – 6ª T.– REsp n. 46.424-2/RO. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – Ementário STJ, n. 10/283).

O citado recurso especial, deixa explícito, que não foi olvidado o princípio da legalidade, ao mesmo tempo foi auferida justiça ao caso, e, contribuindo para evolução do Direito Penal, deu resposta esperada pela sociedade, a jurisprudência pode ir além: por a legalidade penal em compasso com os fatos da vida.

1.3 PRINCIPIO DA RESERVA LEGAL, DA ANTERIORIDADE EM MATÉRIA PENAL SEU RELACIONAMENTO COM JURISPRUDÊNCIA

A anterioridade penal foi uma conquista sem precedentes para a humanização do direito sancionador do Estado, pois só será punido o crime definido por lei. Essa norma constitucional impedem a utilização analógica *in pejus* das normas penais e principalmente de que o juiz se torne legislador, e cometa erros impulsionado por parcialidade ou por pressão social. Os juízos e tribunais seguem à risca a esse princípio, como segue posição do Supremo Tribunal Federal:

[...] STF – A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo[...] (STF – Pleno – MS n. 22.690-1/CE – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7/12/2006,p.36).

Porém os estudos da Sociologia Jurídica, nos mostram que as mudanças sociais modificam o Direito. A sociedade brasileira clama a tempo por maior eficiência do Direito Penal, no entanto a Anterioridade Penal em certos aspectos representa uma âncora para o combate à criminalidade, pois como a fonte principal do Direito Penal é a lei, que especificamente nesta área há demanda de constante reciclagem, pois o crime se renova diariamente. Uma solução seria a utilização da jurisprudência como fonte que ocupasse o mesmo patamar da lei que não a tornaria uma forma de legislação, somente uma ferramenta para adequação do fato a lei, com mais proximidade ao caso concreto, garantindo sucesso e eficácia para a tutela penal, para ilustrar segue uma interpretação do artigo 44 da lei 11.343/06, a lei de drogas, no STF:

[...] STF – Prisão em flagrante. Óbice ao apelo em liberdade. Inconstitucionalidade: necessidade de adequação do preceito veiculado pelo artigo 44 da Lei 11.343/06 e do artigo 5º, inciso XLII aos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos LIV e LVII da Constituição do Brasil(...) Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana(...) Necessidade de adequação a esses princípios[...] (HC n. 101.505, Rel. Min. Eros Grau, j. 15-12-09, 2ª T., DJE de 12-2-10).

No *Habeas Corpus*, em tela, extrai a utilidade que a jurisprudência possui interpretar, enriquecer, tornar a lei abrangente multiplicando sua eficácia para o alcance que se espera de um Direito Penal condizente a nossa época.

1.4 A JURISPRUDÊNCIA E AS PENAS

A nossa Carta Maior garante aos presos respeito à integridade física e moral, e a todos direitos fundamentais, com exceção, daqueles incompatíveis com a condição de preso. Desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, era previsto que as cadeias deveriam ser seguras, limpas, arejadas, com separação de presos de acordo com seus crimes. A aplicação de sanção pelo Estado não configura, uma vingança social, mas com intuito de prevenção e ressocialização do sentenciado.

A lei de execuções penais compatibiliza-se plenamente com a Constituição de 1988, determinado a classificação dos condenados, segundo seus antecedentes e sua personalidade, para que a pena seja individual em sua execução; prevê a realização de exame criminológico do condenado, entre outras garantias. Porém a realidade é totalmente inversa, sem aprofundar, existem prisões próximas aos campos de concentração do regime nazista. A consequência é a catalisação do círculo vicioso da violência, um caminho para derrota no combate ao crime.

Para implementação do Princípio da Proporcionalidade da Pena, onde de um lado a sociedade tem interesse em impor uma medida necessária e suficiente e de outro o respeito a dignidade do condenado, a jurisprudência tem e terá papel vital mantendo sempre atual os mandamentos da lei 7.210/06. Segue julgado ilustrando a tutela do direito a ressocialização:

[...] STF – Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para o local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares (STF – 2ªT. – HC n.71.179/PR – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 3/6/1994, p.13.855).

1.5 CONTRIBUIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PARA O PROCESSO PENAL

1.5.1 Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa

Incorporado pela Constituição Federal de 1988, o princípio do devido processo legal afere a todo indivíduo o direito a um julgamento público, assegurada sua defesa, e presunção de inocência. Atua no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade, no formal assegurando paridade total em condições com o Estado-persecutor. A ampla defesa assegura ao réu condição de trazer ao processo todos os elementos que possam esclarecer a verdade ou mesmo calar-se, se entender necessário, e o contraditório afere a réu a dar resposta em igualdade, a todo ato produzido pela outra parte.

O juiz tem o dever de aplicar a legislação de modo igualitário, dirigindo o processo e garantindo igualdade entre as partes. O problema da igualdade na

legislação está na utilização de critérios que sejam legítimos para distinguir pessoas e situações em cada processo, sendo vedada a existência de distinções sem finalidades legítimas, as partes possuem as mesmas oportunidades e dos mesmos meios para participarem do processo.

Infelizmente é comum a ocorrência de processos que são completamente desproporcionais, por vários motivos, a própria legislação, do juiz; e no procedimento penal, pode ainda ser maior pela pressão social e do acusador o Ministério Público, portanto a jurisprudência, sendo adotada como precedente obrigatória proporcionaria maior igualdade no processo. Na seara processual penal, jurisprudência pátria é bem rica, e já contribui muitíssimo para dar aos acusados um devido processo legal:

[...] STF – O processo penal do tipo acusatório repele, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação de que dispõe o acusado à ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe o Estado, qualifica-se como causa de nulidade absoluta (STF – 1ªT. – HC n.70.763/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23/09/94,p.514).

Os entendimentos jurisprudenciais na área processual penal são volumosos, e abrangentes, constituindo ferramenta para a solidificar o devido processo legal, são abordados vários fatos da vida, como: *Devido processo legal e tutela das liberdades públicas* (STF – HC n. 73.338/RJ); *Relatividade dos princípios do devido processo legal e ampla defesa* (STF – Ag. Reg. n. 152.676/PR); *Inviabilização de comercialização e ausência do devido processo legal – armas de fogo* (STF – Adin n. 2.290/DF); *Número de testemunhas e princípio da ampla defesa no Direito Penal Militar*(STF – HC n.80.855/RJ); *Garantia do contraditório e excepcionalidade da prova emprestada*(STF – HC n.78.749-0/MS); *Devido processo legal e provas ilícitas* (STF – RE extr. n.251.445-4/GO); *Interrogatório judicial e contraditório* (STF – HC n.68.929-9/SP); *Ampla defesa – Defesa Técnica – Regressão de regime* (STF – RE n.398.269/RS); *Aplicação de pena na Polícia Militar e necessidade de ampla defesa* (STF – RE extr.n.168.081-4/SP); *Inquérito policial e contraditório* (STF – HC n.69.372/SP); *Princípio do contraditório e provas produzidas no inquérito policial* (STF – HC n.73.338/RJ).

Na resolução dos casos acima expostos, tem-se a noção da magnitude em que a jurisprudência contribui para o Direito penal na área processual, com julgados que adaptam a legislação ao fato concreto, proporcionando ao acusado um processo digno, moderno e proporcional. Segue julgado, dando interpretação racional para o artigo 595, do Código de Processo Penal:

[...] STF - "O não recolhimento do réu à prisão não pode ser motivo para a deserção do recurso de apelação por ele imposto. O art. 595 do CPP institui pressuposto recursal draconiano, que viola o devido processo legal, a ampla defesa, a proporcionalidade e a igualdade de tratamento entre as partes no processo. O fato de os efeitos do julgamento da relação dos corréus terem sido estendidos ao paciente não supre a ausência de análise das razões por ele mesmo alegadas em seu recurso. O posterior provimento pelo STJ do recurso especial da acusação não alcança a esfera jurídica do paciente cuja apelação não havia sido julgada. Possíveis razões de ordem pessoal que poderiam alterar a qualidade da sua participação dos fatos objeto de julgamento. Adoção da teoria monista moderada para o concurso de pessoas, que leva em consideração o dolo do agente (art. 29, § 2o, CP)." (HC 84.469, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 15-4-2008, Segunda Turma, DJE de 9-5-2008.)

1.5.2 A Defesa do Princípio da Razoabilidade pela Jurisprudência

O devido processo legal tem estreito vínculo como mega princípio da razoabilidade, pois tem como finalidade a proteção contra condutas do Estado arbitrárias, irrazoáveis, desproporcionais, esse vínculo é antigo, pois a *Magna Carta* Inglesa já vinculava os mesmos. O que se exige do Poder Público é coerência lógica das decisões judiciais, e também nas de cunho administrativo e legislativo, todas devem ser emanadas de razoabilidade e proporcionalidade.

A decisão judicial será sempre ilegítima se for irracional, mesmo que não transgrida explicitamente norma concreta e expressa, dessa forma, uma decisão somente será justa se, alcançar sua finalidade desejada, causar o menor prejuízo possível e trazer proporcionalidade entre as vantagens que dela derivam e suas desvantagens.

O princípio da razoabilidade por ser interpretativo, dá ao julgador uma certa discricionariedade, que serve como impulso para o desenvolvimento da área penal, no que concerne a jurisprudência. Como exemplo, segue um *Habeas Corpus*, que tutelou o princípio da insignificância, que é um vértice do Princípio da Razoabilidade:

[...] STF - “O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade. In casu, o paciente foi condenado pela prática do crime de furto (art. 155, caput, do CP) por ter subtraído quatro galinhas caipiras, avaliadas em R\$ 40,00. As instâncias precedentes deixaram de aplicar o princípio da insignificância em razão de ser o paciente contumaz na prática do crime de furto. Trata-se de condenado reincidente na prática de delitos contra o patrimônio. Destarte, o reconhecimento da atipicidade da conduta do recorrente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta. O furto famélico subsiste com o princípio da insignificância, posto não integrarem binômio inseparável. É possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico. In casu, o paciente é conhecido - consta na denúncia - por „Fernando Gatuno”, alcunha sugestiva de que se dedica à prática de crimes contra o patrimônio; aliás, conforme comprovado por sua extensa ficha criminal, sendo certo que a quantidade de galinhas furtadas (quatro), é apta a indicar que o fim visado pode não ser somente o de saciar a fome à falta de outro meio para conseguir alimentos.” (HC 115.850-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 24-9-2013, Primeira Turma, DJE de 28-10-2013.)

O julgado acima, defendeu a essência da razoabilidade que é a necessidade de proteger os direitos e liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se demonstre opressiva, o poder de legislar não pode ser ilimitado, sem dosagem de lógica, com distorções advindas de pressões de cunho político. O Direito Penal necessita de livrar-se dessas amarras legislativas, que não dão alternativa ao juiz criminal, e a jurisprudência traz com ela respostas razoáveis e rápidas, atendendo a sede dos cidadãos por uma justiça penal eficiente.

1.5.3 Jurisprudência e o Princípio da Presunção da Inocência

Por serem sentimentos irreconciliáveis a culpa e a inocência, abasteceram discussões entre os estudiosos de Direito, pelas salas dos tribunais há séculos e ainda no presente. A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, essência do princípio da presunção de inocência, que tutela a liberdade individual. Dessa forma é necessário que o Estado comprove a culpabilidade do acusado, pois presumidamente o mesmo é inocente.

É exigido um mínimo necessário de provas produzidas que através de um processo legal, garantindo ampla defesa, para Estado provar que um cidadão é

culpado. O somatório dos princípios da presunção da inocência, juiz natural, devido processo legal, ampla defesa e contraditório são corolários do Estado democrático de Direito, e devem ser defendidos com unhas e dentes pelo juiz.

Nos casos específicos das prisões de caráter cautelar, a jurisprudência cumpre um papel vital para garantir, que em certos casos que não sejam postos em liberdade acusados, que se forem libertos, tutelados pelo princípio da inocência, com certeza se evadirão; e em outros sejam evitadas prisões desnecessárias. E vai além, analisando a constitucionalidade das prisões, auferindo agilidade para apuração da culpa, fazendo imperar uma justiça fundamentada na razão. Segue uma brilhante análise da constitucionalidade da prisão preventiva, em um recurso de *habeas corpus*, no Superior Tribunal de Justiça:

[...] STJ – A Constituição Federal, não paira dúvida, tem como regra geral ficar-se em liberdade, enquanto se aguarda o desenrolar do processo penal. Todo cidadão é inocente até que seja irremediavelmente condenado (art. 5º, LVII). É que o preso, por sofrer restrição em sua liberdade de locomoção, não deixa de ter o direito de ampla defesa diminuído. Mas, por outro lado, pode estar em jogo valor que também deve ser protegido para apuração da verdade real. Daí a mesma Constituição (que constitui um sistema lógico-político) permitir a prisão em circunstâncias excepcionais (art. 5º, LXI e LXVI), exigindo sempre sua fundamentação, sobretudo por ser tratar exceção (art. 93, IX). Por tal motivo, mesmo o primário e de bons antecedentes pode ser preso sem nenhum arranhão aos princípios constitucionais (STJ – 6ª T. – RHC n.3.715-6/MG – Rel. Min. Adhemar Maciel. *Ementário STJ*, n.11/690).

Pormenorizando o princípio da inocência, tem-se o polêmico direito ao silêncio, qual seria sua amplitude? Como um direito fundamental garante de não permitir que o Estado interfira na esfera individual do cidadão, consagrando a dignidade humana. O direito ao silêncio abrange o direito de não se auto incriminar, direito de saber os motivos de sua prisão, contatar família e Advogado.

A participação do réu em seu julgamento não é apenas uma forma de assegurar que os fatos relevantes sejam adequadamente trazidos à tona e os argumentos relacionados considerados. Mais do que isso, o direito do acusado em ser ouvido é inerente à natureza do julgamento, cujo principal escopo é justificar a decisão final para o próprio acusado como resultado legal, portanto se o acusado é forçado a testemunhar, ou produzir prova contra si próprio, não se pode considerar um processo genuíno, em que se observa todos os princípios.

Porém em certos delitos, como o crime organizado, a jurisprudência é a chave, para dar resposta de cada caso concreto e suas especificidades:

[...] STF – *Habeas Corpus*. 1. 'Operação Navalha'. Inquérito n.544/BA, Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegações de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva e de ofensa do direito constitucional do paciente permanecer em silêncio (CF, art. 5º, inciso LXIII e CPP, art.186). 3. Decreto prisional fundamentado em supostas conveniências da instrução criminal e garantia da ordem pública e econômica (...) mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstre a necessidade da segregação preventiva. Precedentes(...)Na medida em que o silêncio corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação preventiva. 9. Não justifica a prisão para mera finalidade de obtenção de depoimento. 10. Ausência de correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 11. Motivação insuficiente. 12. Ordem deferida para revogar a prisão preventiva decretada em face do paciente (STF – 2ª T. – HC n.91.414/BA – Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE-074*, 24/04/08).

1.6 RESPONSABILIDADE CRIMINAL DE PESSOA JURÍDICA, E A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Um vazamento de óleo ocorrido no estado do Paraná, suscitou a análise da complexa responsabilidade criminal de pessoa jurídica e sua relação causal. No caso concreto, a julgada conseguiu dosar a compreensão dos limites do Direito Penal, sobe distinguir os atos da pessoa jurídica e atos individuais. A perfuração, produção, transporte de petróleo é uma atividade de risco, e existem mecanismos de controle e de repressão na seara administrativa. Foi considerado excessivo o entendimento de que qualquer vazamento de óleo seria responsabilidade criminal do presidente da Petrobrás, segue decisão:

[...] STF *HABEAS CORPUS*. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no artigo 2º da lei n.9.605/08. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás 5. Ausência de nexa causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não atribuível diretamente ao dirigente da Petrobrás. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não configuração de relação de causalidade entre o fato e o suposto agente criminoso.9. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. *Habeas Corpus* concedido. (STF – HC n.83.554/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2ªT. – 16/08/05).

O parâmetro deixado pelo esse julgado é que, em uma empresa de porte gigantesco como a Petrobrás, a responsabilidade criminal por danos ambientais, pode ser atribuída a indivíduos que são diretamente responsáveis, com o nexo de causalidade ao dano. Com certeza em contrapartida empresa de menor porte a responsabilidade seria do seu representante.

1.7 REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO – COMPETÊNCIA

No recurso extraordinário n. 398.041, interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª região, que decidiu ser da competência da justiça comum estadual o processo e julgamento do crime de redução análoga à de escravo, previsto no código penal, foi imenso o inconformismo no *parquet* federal, pois o artigo 109, VI, da Constituição Federal, aduz: “Aos juízes federais compete processar e julgar:(...)VI – os crimes contra organização do trabalho(...)”.

A orientação predominante era no sentido em regra à justiça comum estadual, pois o artigo 149 do código penal está previsto no “Capítulo dos crimes contra a Liberdade Individual”, portanto não se caracterizando de cunho trabalhista organizacional. Porém no caso concreto citado, se referia a vários trabalhadores, formando uma grande controvérsia, que foi paziguada, e segue o brilhante voto do Ministro Joaquim Barbosa:

[...] STF – A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticados no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática de crime prevista no artigo 149 do Código Penal (redução a condição análoga à escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência Justiça Federal (art. 109, VI, da Constituição) para processá-lo e julgá-lo. (STF – RE n. 398.041/PA. Rel. Min. Joaquim Barbosa–DJE-241-30/11/2006).

In Casu, a jurisprudência além otimizar o Código Penal, contribuiu para o combate nesse crime repugnante e medieval, que ainda ocorre em solo brasileiro.

1.8 CONCLUSÃO

A jurisprudência é como um termômetro na seara penal, indica os pontos mais conflitantes, atuando mais na busca de seu aperfeiçoamento, traz respostas ao Direito Penal de hoje, agiliza o processo, ela é direito vivo, ferramenta que o Direito Penal e Processual Penal para sua evolução.

É impressionante em que tanto na parte geral, especial do código penal e processo penal, a jurisprudência aproxima a vontade da lei com o fato concreto, ela tem essa característica de estar sempre atual, e reciclável a cada julgado nos tribunais brasileiros. A Sociologia Jurídica nos ensina que o Direito deva acompanhar às mudanças sociais, pois se acontecer o inverso este representará a estagnação da sociedade, perdurando-se pode acarretar até o fim da mesma.

Foi demonstrado nesse capítulo uma pequena coletânea de alicerces constitucionais do Direito Penal e Processual Penal, e a contribuição da jurisprudência para que os mesmos se amoldem a nossa Constituição a maior conquista do povo brasileiro na história de nossa democracia. A trabalho para solidificar a Carta de 88 está apenas começando, e a área penal se posiciona de forma central, pois o Brasil possui um histórico de violência em crescimento, demandando um Direito Penal e processual modernos.

2 JURISPRUDÊNCIA: MISSÃO E MEIO DE CONTROLE (SÚMULAS)

2.1 MISSÃO CRIADORA DA JURISPRUDÊNCIA

Considerada como fonte secundária das normas penais, à jurisprudência é reconhecida exemplos de influência na evolução e aplicação das regras penais; os precedentes, que se avolumam a cada dia, servem para revisão e modificação do direito positivado, e, apesar de não ser considerada fonte formal do Direito Penal,

que é reservado a lei escrita, não há sombra de dúvida quanto a influência que exercem as decisões dos juízes e tribunais que vão além do caso concreto. Citando o mestre Miguel Reale:

[...] O ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante textos legais, mas implica notável margem de poder criador(...) estabelecendo normas que não se contém estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades o juiz compõe para o caso concreto uma norma que vem complementar o sistema objetivo do Direito. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo:Saraiva, 1985,p.168).

Tutelando o interesse maior, que é a realização de Justiça razoável e proporcional, a jurisprudência consegue no Direito penal e processual penal brasileiro, auferir dinamismo, adaptando a lei a valores políticos sociais da atualidade. A lei é abstrata, é missão do legislativo amolda-la aos fatos reais que podem ferir bens tutelados pela norma penal, missão essa, não diferente a do judiciário, porque ambos constituem processos de criação do direito penal. Podemos extrair da mensagem enviada do Presidente norte-americano Theodore Roosevelt de 08/12/1908:

[...] Os principais criadores do direito(...)podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real(...)ou garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas de um sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. (43 Cong.Rec.Parte I,p.21).

Portanto a jurisprudência, na realidade, não é mera fonte interpretativa, mas sim criativa, a exemplo, de algumas súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal se converteram com a reforma da parte geral do Código Penal de 1984, em normas, como as súmulas 146, 388, 497, 499 e 604.Citando a súmula 604, que serviu de base para o artigo 110, do Código Penal: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”. Como fruto de decisões reiteradas dos tribunais adveio o artigo 120 do Código Penal: “A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência”.

Como ferramenta interpretativa da área penal, a jurisprudência auxilia na descoberta do conteúdo da lei, e de forma extensiva extrai o autêntico significado da norma, ampliando o alcance da mesma através do método de semelhança, dentro do código penal, pode-se citar como exemplos de interpretação extensiva:

(A) artigo 172 (duplicata simulada): “emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado”. É natural supor que a emissão de duplicata quando o comerciante não efetuou venda seja crime, pois seria lógico punir alguém que emita documento em desacordo com a venda realizada efetivamente, mas não quando faz o mesmo sem nada ter vendido. Assim, onde se lê, no tipo penal, “venda que não corresponda à mercadoria vendida”, leia-se ainda “venda inexistente”.

(B) no caso do artigo 176 (outras fraudes), é punível a conduta de quem “tomar refeição em restaurante (...) sem dispor de recursos para efetuar o pagamento”, ampliando o conteúdo do termo “restaurante” para englobar, também, boates, bares, pensões, entre outros estabelecimentos similares. Evita-se que um indivíduo faça uma refeição em uma pensão, sem dispor de recursos para o pagamento, sendo punido por estelionato, cuja pena é mais elevada.

(C) o artigo 235 (bigamia), pelo tipo presume-se quem case duas vezes, valendo da interpretação extensiva pela jurisprudência, pune-se ainda quem case-se várias vezes (poligamia).

Nos Juizados Especiais Criminais, a jurisprudência passou a prever transações entre réu e vítima, doação de alimentos ou medicamentos, dando posteriormente uma nova redação ao artigo 44 do código penal.

A renovação do Direito penal e processual penal pela jurisprudência, não é apenas consequência de autorização legal, da imprecisão ou as vezes falta de lógica do legislador, mas principalmente na busca da adequação da forma e a realidade. Auxilia a área penal em hipóteses de lacunas, antinomias, e de muitos aspectos do crime e a pena, tornando a tutela penal mais de acordo com a mutante realidade. Nas sábias palavras de Manuel Domingues de Andrade:

[...] a jurisprudência está, portanto, ao serviço da lei, mas num sentido de obediência pensante, que atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica; e para além da lei, mas através dela, ao serviço do ideal jurídico – do nosso sentido do Direito que em cada momento deve ser. (DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel. Sentido e valor da Jurisprudência,

em *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1973, p.40)³.

2.2 SÚMULAS – MEIO DE HARMONIZAÇÃO E CONTROLE DA JURISPRUDÊNCIA

O Direito Penal é com certeza o instrumento mais agudo de que o Estado utiliza para disciplinar a condutas de cidadãos. Na medida em que a pena é a forma de intervenção estatal mais rigorosa no âmbito da liberdade individual, por consequência, o Direito Penal e Processual Penal e suas respectivas jurisprudências, devem conter maiores garantias materiais e processuais, portanto o controle das decisões na área deve ser bem rigoroso, para averiguar o que está sendo aplicado seja proporcional, devidamente fundamentado de acordo com os mandamentos constitucionais penais e gerais.

A fundamentação é relacionada com a necessidade de o juiz apresentar as razões que lhe levaram a decisão, permite a parte vencida entender os motivos de seu insucesso. Não pairam dúvidas, que ao juiz não basta estar convencido, ele tem que expor as razões de seu convencimento, permitindo as partes, ou qualquer cidadão, controle das atividades do juiz, e tornando sua fundamentação legítima.

Os precedentes que fazem parte do direito consuetudinário (*common law*), não são adotados pela nossa dogmática jurídica, eles vinculam a todos os jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade e garantias de sucesso na adoção de medidas coercitivas, outorgando estabilidade e coerência à ordem jurídica, tratando casos concretos similares da mesma forma. Em nosso Direito, a fundamentação, portanto, é importantíssima.

A jurisprudência, por ser sempre móvel, necessita de estabilidade para evitar incoerências interpretativas, e, para equalizar o dinamismo, que é necessário, e as divergências jurisprudenciais, criando um meio-termo, foram instituídas as Súmulas, que podem vincular ou não seus efeitos a todos jurisdicionados.

A Constituição Federal de 1946, pelo artigo 119, III, atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes quando, na decisão recorrida, a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Com

intuito de assegurar a efetividade deste dispositivo legal, havia um consenso de necessidade de criação de uma súmula da jurisprudência predominante do STF. No ano de 1963, uma comissão integrada pelos ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, organizou os primeiros enunciados, súmulas, não só com o escopo de estabilizar a jurisprudência, mas também facilitar os trabalhos dos Advogados e do tribunal, simplificando julgamento de questões repetitivas.

2.2.1 A Importância das Súmulas

No sábio conceito de René Ariel Dotti: “(...) a *súmula* é o resumo ou uma sinopse da tendência adotada pelos tribunais acerca da interpretação de dispositivos legais para aplicação em casos concretos”. (DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal – 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.809). Instrumento de uniformização da jurisprudência, prevista no artigo 476 do Código de Processo Civil:

Compete a qualquer juiz, ao dar voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito, quando: I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras(...).

As súmulas não têm o objetivo de substituir o direito positivo, mas de ajudar na aplicação em casos concretos, pois a lei escrita é a única fonte de Direito Penal, no entanto a matéria penal e processual penal é recomendável a consultadas mesmas, para serem evitados inconvenientes, uniformizando as decisões garantindo segurança jurídica ao sistema.

2.2.2 A Súmula de Efeito Vinculante

As súmulas de efeito vinculante foram criadas pela emenda constitucional n. 45/04, como uma tentativa de adaptação do modelo da *common law* para o nosso sistema de origem romano-germânica (*civil law*), já foram previstas em 1876, no Império, quando o Supremo Tribunal de Justiça passou a ter a possibilidade de editar *assentos com força de lei*, nos termos do artigo 2º, do Decreto n. 6.142 de

10/03/1876, em relação à “inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas no julgamento divergentes do mesmo tribunal, das Relações e dos Juízes”. Surgiram a partir da necessidade de dar uma única interpretação jurídica para o mesmo texto legal, assegurando o princípio da Igualdade e a segurança jurídica aos cidadãos, impondo aos órgãos do Poder Judiciário uma interpretação única e igualitária.

Como uniformização da interpretação da Constituição Federal pelo STF, e da legislação federal pelo STJ, não foram ágeis e céleres o suficientes para impedir desigualdades causadas por diferentes interpretações judiciais, o legislador constituinte derivado, buscou no modelo anglo-saxônico, o *stare decisis et quieta non movere* (mantenha-se a decisão e não perturbe o que foi decidido), onde como exemplo mais próximo, são os Estados Unidos da América, em que as decisões da Corte Suprema são acatadas como regra para todo o sistema judiciário e administrativo.

A Emenda Constitucional n. 45/04, não adotou o clássico *stare decisis*, nem transformou nosso direito em *common law*, porém permitiu ao Supremo Tribunal Federal de ofício ou por provocação, com um quórum de 2/3 (dois terços) editar súmulas que vincularão todo o Judiciário e a administração pública, um avanço para harmonização das decisões judiciais, auferindo segurança jurídica a todos. Segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira:

[...] as súmulas vinculantes serão elaboradas com base na maturidade do trabalho jurisprudencial, fruto de lenta e prolongada atividade técnica dos juízes, de muitas e longas discussões, da observação atenta de casos repetidos. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Súmula vinculante e reforma do judiciário. *Correio Braziliense*, 9/2/1998. Caderno Direito e Justiça, p.3).

É previsto legalmente a possibilidade de manipulação dos efeitos gerados pelas súmulas vinculantes, o artigo 4º da lei n. 11.417/06, tendo em vista a constante mudança dos fatos da vida que interferem do direito, e em especial na área penal. A citada lei prevê também a edição, revisão ou cancelamento das súmulas para que essas não tornem a jurisprudência engessada, fugindo de suas características imprescindíveis para a evolução do Direito que é a sua capacidade de acompanhar as mudanças sociais.

A decisão judicial que não acatar a mandamento de uma súmula vinculante, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, julgando-o procedente, anulará a

decisão, esse procedimento dá margem para um constante controle das súmulas e por consequência da jurisprudência, num processo de evolução do judiciário.

2.2.3 Súmulas, Precedentes Jurisprudenciais – Citações

Pode-se destacar a contribuição das súmulas jurisprudenciais na área do Direito Penal e Processual Penal.

Algumas súmulas do supremo tribunal federal na área penal e processual penal:

145. Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

146. A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

245. A imunidade parlamentar não se estende ao corrêu sem essa prerrogativa.

246. Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.

297. Oficiais e praças das milícias dos Estados, no exercício de função policial civil, não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles.

396. Para a ação penal por ofensa a honra, sendo admissível a exceção da verdade quanto ao desempenho de função pública, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que tenha cessado o exercício funcional do ofendido.

422. A absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação de liberdade.

499. Não obsta à concessão do *sursis* condenação anterior à pena de multa;

608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

610. Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.

611. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.

715. A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

721. A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual.

723. Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com aumento mínimo de 1/6 (um sexto) for superior a 1(um) ano.

Súmulas de efeito vinculante (área penal, processual penal):

11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Segue julgado sobre a polemica do assunto:

"O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes." (HC 89.429, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-8-2006, Primeira Turma, DJ de 2-2-2007.) Vide: Rcl 9.468-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 24-3-2011, Plenário, DJE de 11-4-2011; Rcl 7.814, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-5-2010, Plenário, DJE de 20-8-2010

14. É direito do defensor, no interesse do representando, 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;

24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo;

26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art.2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Os julgados no Pretório Excelso, trazem precedentes de têm repercussão geral, norteando a interpretação para os juízes brasileiros, e abrindo vias de controle às súmulas e a jurisprudência, uma ativa contribuição para evolução para área penal. Segue alguns relevantes:

1. Fixação da pena aquém do mínimo legal por circunstância genérica atenuante: Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (RE 597270, rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* 07/04/2009).

2. Transação penal com efeitos próprios de sentença penal condenatória: Eventual imposição de efeitos de sentença penal condenatória à transação penal da Lei 9.099/95 pode ofender aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da presunção de inocência (AI 762146, rel. Min. Cezar Peluso, *Dje* de 25/09/2009).

3. Realização de investigação criminal pelo Ministério Público: Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público (RE 593727, rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* de 29/09/2009).

4. Transação penal: homologação judicial desconstituída: O descumprimento de obrigação ou condição da transação penal implica a abertura ou reabertura da ação penal (RE 602072, rel. Min. Cezar Peluso, *Dje* de 26/02/2010).

5. Limite temporal para suspensão do processo e prazo prescricional do artigo 366, do Código de Processo Penal: A controvérsia sobre a existência de limitação temporal à suspensão do prazo prescricional e do curso do processo, previstas no

artigo 366, do CPP, tem fundo constitucional e repercussão geral (RE 600851, rel. Min. Ricardo Lewandowsky, *Dje* de 30/06/2011).

6. Revisão de Súmula Vinculante por lei superveniente: Se, posteriormente à edição de Súmula Vinculante, for publicada lei de conteúdo divergente, a possibilidade ou não de alteração do enunciado jurisprudencial é matéria com repercussão geral (RE, 638239, rel. Min. Luiz Fux, *Djede* 29/09/2009).

7. Crime de falsa identidade e *nemotenetur se detetere*: O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º., LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com dolo de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do código penal). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes (RE 640139, rel. Min. Dias Toffoli, *Dje* de 14/10/2011).

Algumas súmulas do superior tribunal de justiça:

18. A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

24. Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal.

40. Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.

73. A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual.

74. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

96. O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem devida.

171. Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição por multa.

191. A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.

220. A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

241. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

269. É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenado a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

330. É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.

338. A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas.

341. A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.

419. Descabe prisão civil do depositário infiel.

471. Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.

491. É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional.

492. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

500. A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.

501. É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

502. Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, §2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs “piratas”.

511. É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.

512. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

513. A *abolitio criminis* temporária prevista na Lei 10.826/2003 aplica-se ao crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou

qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticado somente até 23.10.2005.

2.3 CONCLUSÃO

No seu dinamismo, a jurisprudência cada vez mais se acentua como ferramenta para efetivação, evolução do Direito Penal e Processual Penal, uma missão de colossal responsabilidade. Ela tem a capacidade de auto reciclagem, e controle de sua própria direção, e para não se tornar dispersa dando alto poder discricionário ao julgador se aglutinando na forma de súmulas, que é a legislação penal interpretada, analisada por tribunais superiores, calibrando-as com os preceitos constitucionais, aproximando-as das necessidades sociais contemporâneas, e catalogando as mesmas para que o julgador de 1ª instância tenha ao alcance a tendência predominante para solucionar casos concretos.

A jurisprudência sumulada não é lei penal, é a condensação de decisões semelhantes, e tendências de vanguarda da seara penal, e têm instrumentos de se auto modificarem ou serem canceladas. É disso que necessita o Direito Penal e Processual Penal, velocidade, pois o tempo é mortal para uma tutela garantista prevista na Constituição de 88. Citadas súmulas e precedentes atuais dos tribunais superiores, se vê, explicitamente, materialmente como a jurisprudência foi, é, e terá cada vez um papel elementar para a área penal.

3 JURISPRUDÊNCIA GARANTISTA

Na humanização do direito penal tem-se exigido uma nova configuração de não punir menos, mas punir melhor, com disciplina, baseado na defesa social, numa transição do direito penal inquisitorial para o garantismo penal, reconhecendo os direitos fundamentais que são legitimados internamente nos Estados em suas Constituições, e internacionalmente através do Direitos Humanos.

Com o fim das '*Dark Ages*' da política criminal no Brasil, presentes nos anos 60/70, com os Atos Institucionais, de repressão e tortura, é promulgada uma das mais democráticas constituições elaboradas pela humanidade, a Carta de 1988,

adotou plenamente todos as diretrizes do Garantismo Penal, direcionando nossa nação para um caminho de justiça social, temos a árdua tarefa de implementá-la para sua total eficácia, consideramos que essa jornada está apenas em seus passos iniciais, doces serão os frutos colhidos, pois a constituição cidadã é um avanço para o Brasil e também para Humanidade. Nessa batalha a jurisprudência tem um papel central, pela sua característica de inovar e sedimentar as leis.

3.1 PRECEDENTES JURISPRUDÊNCIAIS GARANTISTAS PENAIS – SELEÇÃO SINTÉTICA

Diante a constante atualização da jurisprudência, seguem aduzidos alguns dos mais importantes paradigmas e suas respostas jurisprudenciais de cunho garantista:

1. Exigência de mandato judicial para busca e apreensão em escritórios: O Supremo Tribunal Federal, interpretou como casa, qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade, motivo pelo qual tais ambientes foram englobados pela cláusula da inviolabilidade. Se nesses ambientes forem apreendidos documentos sem a necessária observação das regras constitucionais e processuais inerentes (através de um mandado, por exemplo), a prova será considerada ilícita e, portanto, nula. (STF, HC 82.788-8/RJ, rel. Min. Celso Mello, Dje 02/06/2006).

2. Necessidade de pronunciamento sobre tese da defesa: Cabe *habeas corpus* contra acórdão que deixou de apreciar tese suscitada pela defesa em suas contrarrazões ao recurso do Ministério Público, por ofensa, aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (STF, HC 84.383, rel. Min. Cezar Peluso, Dje07/12/2006).

3. Nulidade de julgamento de *habeas corpus* sem intimação do impetrante: Caso o impetrante faça requerimento para ser intimado da data do julgamento do *habeas corpus*, o órgão julgador tem o dever de fazê-lo.(STF – RHC 89.135-7/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Dje 29/09/2006).

4. Compatibilidade entre suspensão condicional da pena e crime hediondo: A interpretação das normas penais restritivas de direito deve ser feita de forma

teleológica, “de modo a confirmar que as leis são feitas para os homens”. A interpretação sistemática da legislação presente não afasta a conclusão de que é possível a suspensão condicional da pena para crimes hediondos (STF – HC 84.414/SP, rel. Min. Marco Aurélio, Dje 26/11/2004).

5. Pronúncia que adentra ao mérito da causa é nula: O juiz prolator da decisão de pronúncia deve se abster de valorar as provas e de adentrar ao mérito da causa, sob pena de invadir a competência do júri popular e constranger ilegalmente o acusado, sendo cabível *habeas corpus* para declarar nula a pronúncia (STJ, HC 34.874/SP, rel. Min. Gilson Dipp, Dje02/08/2004).

6. Aplicação do princípio da insignificância: Em uma ocorrência de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A), o Tribunal Regional Federal 4ª região negou provimento ao recurso do Ministério Público Federal, confirmando a absolvição por aplicação do princípio da insignificância. Segue passagem jurisprudencial da correta compreensão e aplicação desse postulado:

[...] os princípios devem prevalecer sobre as regras e que, enquanto os que pagam dívidas enormes tem a suspensão da punibilidade já no início do processo, o réu que deixou de contribuir com uma porção insignificante vai responder todo um processo para receber o perdão judicial no final. Isto seria uma interpretação contrária ao estado democrático de direito (...) se não era relevante nem para área cível, nem para área administrativa, tanto está dispensada a execução fiscal desse valor, por que vai ser penalmente relevante? (TRF 4ª, RES. 2002.72.05.004344-7/SC, rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, Dje09/12/2004).

7. Necessidade do trânsito em julgado para início do cumprimento da pena: O Supremo Tribunal Federal já assentou que nenhuma pena pode ser executada provisoriamente, ou seja, pendente recurso ainda. O STF vem sistematicamente deferido liminares para suspender o cumprimento de penas provisórias, exemplo dos julgados: HC 83415, rel. Min. Marco Aurélio; HC 84.104, rel. Min. Joaquim Barbosa; HC 83.484, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Segue pronunciamento do Supremo, evidenciando sua posição a respeito:

[...]2. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que ‘ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP’ (HC 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, 05/02/2009, informativo STF 534). 3. Por ocasião do julgamento, me posicionei contrariamente à tese vencedora. 4. Entretanto, não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao

entendimento da maioria, que ao julgar o HC 84.078, assentou ser inviável a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando inexistentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Ordem concedida. (STF98.166/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Dje 18/06/2009).

8. Impossibilidade de suspensão do livramento condicional diante de nova condenação pendente de recurso: O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul decidiu, em sede de *habeas corpus*, que não pode ser revogado benefício do livramento condicional se há nova condenação ainda pende de recurso. Consta o acórdão:

Se a suspensão do livramento condicional fundou-se no fato de nova condenação da qual pende recurso e se o paciente aguarda o julgamento da apelação em liberdade por força de ordem concedida em outro *habeas corpus*, impõe-se deferimento do *writ*. (TJMS – HC 2005.000751-1 – rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Mello).

9. Aplicação do princípio da presunção da inocência e o ônus da prova dirigido ao acusador: Em um memorável julgado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul absolveu, por falta de provas, réu condenado pelo crime de furto, sustentando que “o acusado nada precisa provar, nem mesmo álibi”, concluindo que “a única presunção acolhida pelo sistema penal – e constitucionalmente – é a da presunção de inocência”. Assim, não se pode falar que a apreensão do bem com o acusado gera presunção de autoria do furto. (TJRS – Ap. 7000848376-0 – rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).

10. Aplicabilidade de pena alternativa em crime hediondo: Decidido pelo STJ, pela possibilidade de aplicação de penas alternativas aos crimes hediondos afirmando que

[...]a Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, recomendada pela Criminologia, face à caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam [...] extensão das penas restritivas de direito [...]. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se lhe realizar a justiça material. O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44). (STJ – HC 8.753 – rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro– Dj. de 15/04/1999).

11. Possibilidade de recurso em liberdade a acusado reincidente de crime hediondo: O TJRJ concedeu *habeas corpus* contra decisões que impedem o recurso em

liberdade em crimes hediondos, considerando, em acusação de tráfico de entorpecentes:

[...] descumpre preceitos constitucionais e infraconstitucionais o juiz que baseia toda a fundamentação do decreto da prisão na assertiva de que a sentenciada 'fatalmente irá se evadir', suposição está contrariada pelos fatos de ter a ré permanecido durante toda instrução criminal [...] (TJRJ – HC 4.118/2002 – rel. Des. Silvio Teixeira)

E, ainda na mesma corrente, em relação a acusado de latrocínio, a réu reincidente:

[...]a partir da Lei 8.072/90, pode o juiz permitir que o réu condenado permaneça em liberdade durante o recurso, independentemente de ser ou não primário, de ter ou não bons antecedentes. O princípio que rege a custódia cautelar é a sua necessidade, fundamentada na decisão que a decreta ou que vede a liberdade provisória. (TJRJ – HC 2.315/99 – rel. Des. Silvio Teixeira).

12. Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes tributários: O Superior Tribunal de Justiça, através de sua 5ª Turma, decidiu que: “aplica-se o princípio da insignificância se o valor do tributo devido for igual ou inferior ao mínimo exigido para a propositura de uma ação fiscal”. (STJ – HC 33.656/RS – rel. Min. Felix Fischer – DJU de 02/08/2004).

13. Necessidade de exaurimento da via administrativa nos crimes tributários: A jurisprudência atual afirma ser necessário o exaurimento do processo administrativo, com o efetivo lançamento do tributo, para a possibilidade de análise na esfera penal. Neste sentido o Tribunal de Justiça do Paraná: “ nos crimes contra a ordem tributária, a propositura da demanda criminal só pode ser oferecida após a constituição definitiva do crédito tributário”. (TJPR, 1ª C.Crim., Ap.144.753-6 – rel. Des. José Maurício Pinto de Almeida). O mesmo objeto de ação tramitou pelos tribunais pátrios, até finalmente ser pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, através da súmula de efeito vinculante sob o n. 24.

14. Necessidade de exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho: Em recentes decisões, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que aduz que deve ser respeitada a condição de trânsito em julgado da decisão na área administrativa inclusive para os crimes de descaminho, pois são também de natureza tributária, segue ementa:

[...] STJ 1. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa. 2. O crime de descaminho, por também possuir natureza tributária, eis que tutela, dentro outros bens jurídicos, o erário público, deve seguir a mesma orientação, já que pressupõe a existência de um tributo que o agente logrou êxito em reduzir ou suprimir (iludir). Precedente. 3. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de descaminho, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional. (STJ, HC 109.205/PR, rel. Des. Conv. Jane Silva, 6ª Turma, Dj de 09/12/2008).

15. Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de apropriação indébita previdenciária: O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, decidiu de forma unânime em sua 4ª Seção:

[...] é possível, mediante interpretação, a aplicação do princípio da insignificância aos casos de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias quando o comprometimento aos cofres no INSS não for excedente a R\$5.000,00 (cinco mil reais). (TRF 4ª Região – HC 2004.04.01.040755-2/RS – rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz – DJU 27/10/2004).

16. Retroatividade da jurisprudência mais benéfica: A vanguardista orientação da possibilidade de retroatividade da jurisprudência que beneficia o réu, pode ser verificada em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

[...] Na alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em benefício do jurisdicionado, é impositivo o deferimento de revisão criminal, atribuído efeito retroativo à modificação jurisprudencial, quer pela exigência pura e simples de aplicação da lei federal, quer por respeito ao princípio da igualdade de todos perante a lei. (TJRS – Rev. 70002052959 – rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo – j. 22/06/2001).

Essa decisão é um genuíno exemplo de solidificação que a jurisprudência auferir aos mandamentos de nossa Constituição Cidadã.

17. Aplicação do princípio da coculpabilidade na dosimetria da pena: Ao analisar a circunstância judicial da culpabilidade, quanto a dosimetria da pena, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com primor, aplica o princípio da coculpabilidade, que imputa ao Estado uma parcela de culpa pelo cometimento do crime, diante a desigualdade social existente no Brasil, defendendo o garantismo penal com máxima tutela, segue: (...) “Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assumam a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas

possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou aos outros.” (TJRS – Ap. 70002250371 – rel. Amilton Bueno de Carvalho).

18. Direito de acesso aos autos pelo defensor constituído: O Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de acesso aos autos pelo defensor constituído, independentemente de sigilo decretado no processo, segue parte do voto:

[...] STF ao advogado do indiciado em inquérito policial, titular do direito de acesso aos autos respectivos – que, na verdade, é prerrogativa de seu mister profissional em favor das garantias do constituinte –, não é oponível o sigilo que se imponha ao procedimento. (...) (STF – HC 82.354 – rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dje 10/08/2004).

Julgado que deu origem a súmula vinculante de n. 14.

19. Independência da defesa: O Tribunal Regional Federal 2ª Região concedeu ordem de *habeas corpus* que garantiu a

Liberdade e independência do advogado para o pleno exercício da advocacia – Direitos da liberdade – Estado de Direito – Estado Democrático – Autonomia e independência do Poder Judiciário – Sem advogado não há justiça – Sem justiça não há democracia – art. 133 CF – arts. 6º e 7º, I e § 2º do Estatuto da Advocacia (lei 8.906/94) (TRF 2ª Região – HC 2.444, Corte Especial, Des. Raldênio Bonifácio Costa, Dj de 27/09/2001).

20. A consideração pela idade avançada: O Superior Tribunal de Justiça, sensibilizado à idade de 85 (oitenta e cinco) anos de um réu que fora condenado a 4 (quatro) anos de reclusão por crime hediondo, tráfico de entorpecentes, deu a possibilidade de cumprimento da pena em regime domiciliar (na época do julgado somente era prevista sob regime integralmente fechado), segue parte da ementa:

[...] STJ Embora a Lei dos Crimes Hediondos determine que, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, a pena seja integralmente cumprida em regime fechado, o fato de o agente contar com mais de 70 anos e inspirar cuidados em face de seu estado de saúde admite a substituição para prisão domiciliar, conforme interpretação analógica do art. 117 da Lei de Execuções Penais [...] (STJ – HC 5.466/SP – rel. Min. Edson Vidigal – DJU 15/09/1997).

Exemplo cabal, da prerrogativa que a jurisprudência proporciona ao Direito Penal, de aproxima-lo ao fato concreto, e auxilia-lo para sua evolução.

21. O requisito da ordem pública e a imprensa sensacionalista: A mera repercussão do crime na imprensa não é motivo suficiente para a decretação da

prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. Neste sentido, o Superior Tribunal Justiça já decidiu que: (...) “Não se pode confundir ‘ordem pública’ com o ‘estardalhaço causado pela imprensa no inusitado crime’(...)” (STJ – HC 3.232/RS – rel. Min. Adhemar Maciel – DJU de 04/09/1995).

22. O clamor público não justifica a prisão cautelar: O Supremo Tribunal Federal firmou que o clamor social, por si só não pode justificar a prisão cautelar. No recurso de *habeas corpus n. 79.200*, aduziu que:

[...] STF à falta da demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva obrigatória[...] (STF – RHC 79.200/BA – rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dj de 12/06/1999).

A jurisprudência sempre mantém a imparcialidade da justiça, auferindo o devido processo legal, e evitando que o chamado populismo penal alimente a vingança social.

23. A denúncia não pode ser produto de ficção literária: Em memorável julgado, defendendo o princípio da presunção da inocência, o Superior Tribunal de Justiça, condenou a denúncia sem apoio na prova e sem a demonstração dos denunciados na prática delituosa, segue: (...) “a denúncia, pelas conseqüências graves que acarreta, não pode ser produto de ficção literária. Não pode, portanto, deixar de descrever o porquê da inclusão de cada acusado como autor, coautor, ou partícipe do crime”(...) (STJ – RHC 4.214-1/DF – rel. Min. Assis Toledo – DJU. de 27/03/1995).

24. Individualização de condutas na denúncia por crimes societários: A jurisprudência em maior parte orienta pela necessidade de individualização das condutas, ainda que versem sobre crimes societários: STJ “(...) também nos crimes societários é imprescindível que a denúncia individualize a participação de cada acusado(...)se descreva o modo como concorreram para o crime (...)” (STJ – RHC 4.000-9/RJ – rel. Min. Gilson Dipp – DJU. de 20/02/1995).

25. A decisão de pronúncia não pode ser condenação antecipada: O magistrado ao pronunciar o réu deve proferir apenas um juízo de suspeita, não podendo desde já proferir certeza enquanto a culpa do acusado, sob pena de nulidade da decisão. Neste sentido: (...) STJ “Pronúncia: nulidade, uma vez que o

juiz pronunciante, ao invés de deixar um juízo de suspeita para os jurados, acabou por levar um autentico juízo de certeza. Contaminando a cláusula do devido processo legal”(...) (STJ – RHC 4.941/SP – rel. Min. Adhemar Maciel – DJU. de 06/05/1996).

26.O direito ao silêncio e o julgamento pelo júri: O não comparecimento do réu para a sessão do Tribunal do Júri, não configura má-fé de sua parte, diante do direito ao silêncio garantido pela Constituição Federal. O Superior Tribunal de Justiça decidiu:

[...] STJ A Constituição da República de 1988 consagra ser direito do réu silenciar. Em decorrência, não o desejando, embora devidamente intimado, não precisa comparecer à sessão do Tribunal do Júri. Este, por isso, pode funcionar normalmente. Conclusão que se amolda aos princípios da verdade real e não se compactua com malícia do acusado de evitar o julgamento [...] (STJ – RHC 2.967-6/GO – rel. Min. Vicente Cernicchiaro – DJU. de 10/10/1994).

27. Garantia ao silêncio e escuta ambiental: Para determinar o desentranhamento de gravação ambiental o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus*, tutelando o direito ao silêncio, segue:

[...] STF quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita “conversa formal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (CPP, art. 6º, V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio [...] (STF – HC 80.949/RJ – rel. Min. Sepúlveda Pertence. Dj. de 30/10/2001).

28. Limites da investigação criminal e nulidade: Concedido *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça que determinou a nulidade das provas e, que foram colhidas através de investigação pela ABIN (Agência Brasileira de Inteligência) que não seguiu as determinações normativas do art. 4º da Lei 9.883/99 (que criou a ABIN), entrando numa situação de usurpação de competência e desvio do poder, onde a decisão auferiu proporcionalidade e pôs freio na tentativa de ferir direitos fundamentais dos jurisdicionados. Consta da ementa:

[...] STJ No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, portanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arripio da lei. 5. Insta assinalar, por oportuno,

quero juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito [...] (STJ – HC 149.250/SP – rel. Min. Adilson Vieira Macabu, Dje. de 05/09/2011).

29. Homicídio na direção de veículo automotor sob influência de álcool configura culpa, não dolo eventual: Os acidentes de trânsito no Brasil, ceifam vidas diariamente e em quantidades calamitosas, comovendo a nação, é árdua a missão da jurisprudência nesses delitos, para equalizar justiça com o clamor social. O Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* classificando como culposo homicídio decorrente de acidente de trânsito, cujo condutor estava embriagado. Registrou-se: (...) STF “a embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo”(…). (STF – HC 107801 – rel. Min. Cármen Lúcia, Dje. de 13/10/2011).

30. É ilegal a quebra de sigilo fiscal realizada pelo ministério público sem autorização judicial: Declara ilícita e determinado o desentranhamento das provas decorrentes da quebra de sigilo fiscal que fora realizada diretamente pelo Ministério Público, segue parte do assentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] STJ Considerando o artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal, em conexão com o artigo 8º, incisos II, IV e § 2º, da Lei Complementar 75/1993, há quem sustente ser possível ao Ministério Público requerer, diretamente, sem prévia autorização judicial, a quebra de sigilo bancário ou fiscal. No entanto, numa interpretação consentânea com o Estado Democrático de Direito, esta concepção não se mostra a mais acertada, uma vez que o Ministério Público é parte no processo penal, e embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando a sociedade como um todo, não atua de forma totalmente imparcial, ou seja, não possui a necessária isenção para decidir sobre a imprescindibilidade ou não da medida que excepciona os sigilos fiscal e bancário[...] (STJ – HC 160646/SP – rel. Min. Jorge Mussi, Dje. de 19/09/2011).

31. Estatuto da Criança e Adolescente – ato infracional cometido mediante grave ameaça e violência: Batalha a jurisprudência pátria, para com a socialmente sensível questão do menor infrator, segue decisão do Supremo Tribunal Federal:

[...] STF O Estatuto da Criança e do Adolescente e a jurisprudência do STF consideram o ato infracional cometido mediante grave ameaça e violência a pessoa como sendo passível de aplicação da medida de internação.(...) Na espécie, a fundamentação da decisão proferida pelo juízo da Infância e da Juventude demonstra não ocorrer constrangimento ilegal, única hipótese

que autorizaria internação imposta ao paciente, além de atender às garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da excepcionalidade respeitam a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento ao destacar a gravidade do ato infracional e os elementos de prova que justificam a opção do magistrado pela medida extrema [...] (STF – HC 97.183 – rel. Min. Cármen Lúcia – Dje. de 28/04/2009).

32. Delação premiada – tráfico de entorpecentes – jurisprudência: O instituto da delação ou colaboração premiada, em voga nas notícias, e seu processamento no Supremo Tribunal Federal em relação ao delito de tráfico de drogas e entorpecentes, segue parte do julgado:

[...] STF Delação premiada. Perdão judicial. Embora não caracterizada objetivamente a delação premiada, até mesmo porque a reconhecidamente preciosa colaboração da ré não foi assim tão eficaz, não permitindo a plena identificação dos autores e partícipes[...] (STF – AI 820480 Agr./RJ – rel. Min. Luiz Fux – Dje. de 03/04/2012).

33. Maioridade civil e estatuto da criança e do adolescente: O Supremo Tribunal Federal denegou *habeas corpus* impetrado por menor que cumpria medida protetiva, a defesa do réu consistia em que o mesmo atingido a maioridade civil teria direito a semiliberdade, segue ementa:

[...] STF Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida de semiliberdade. Implemento da maioridade civil. Manutenção da medida protetiva: possibilidade. Ordem denegada. 1. É pacífica a jurisprudência de ambas Turmas do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a redução da maioridade civil pela Lei n. 11.406/2002 (novo código civil) em nada modificou os parâmetros de idade constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (...) 2. A solução da causa passa pela adoção do princípio da especialidade das leis. Pelo há hão de prevalecer as regras e parâmetros do microssistema jurídico em que o Estatuto da Criança e do Adolescente consiste (...) (STF – HC 96.745/RJ – rel. Min. Carlos Britto – Dje. de 28/05/2009).

34. Pedido de Liberdade provisória em crime hediondo, tráfico de entorpecentes: Tráfico de drogas. Prisão em flagrante. Pedido de Liberdade Provisória indeferido pelo Juízo Processante. Fundamentação Inidônea. Gravidade em abstrato de Delito. Dever de fundamentação das Decisões Judiciais, segue ementa:

[...] Habeas corpus. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante. Pedido de liberdade provisória indeferido pelo juízo processante. Fundamentação inidônea. Gravidade em abstrato do delito. Reiterada jurisprudência deste STF. Dever de fundamentação das decisões judiciais. Ordem concedida. 1. Em tema de prisão cautelar, a garantia da fundamentação importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. 2. O Supremo Tribunal Federal entende que a alusão à gravidade do delito ou o uso de expressões de mero apelo retórico não validam a ordem de prisão cautelar. O juízo de que a liberdade de determinada pessoa se revela como sério risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto prisional. Necessidade de demonstração do vínculo operacional entre a necessidade da segregação processual do acusado e o efetivo acautelamento do meio social. 3. O fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhes sejam equiparados não tem a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, submetido que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena). A prisão em flagrante não pré-exclui o benefício da liberdade provisória, mas, tão-só, a fiança como ferramenta da sua obtenção (dela, liberdade provisória). 4. Ordem concedida para assegurar à paciente o direito de responder a ação penal em liberdade. Ressalvada a expedição de nova ordem de prisão, embasada em novos e válidos fundamentos. (STF - HC: 106963 MG, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 27/09/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011)

3.2 CONCLUSÃO

Está explicitamente evidenciado, não de forma exauriente, quanto a jurisprudência levanta a bandeira do garantismo penal, previsto ideologicamente na nossa Carta Maior, as decisões acima expostas, batalham por uma incessante forma de enraizar os princípios centrais da dignidade humana. Demonstram também o quanto a jurisprudência traz versatilidade ao Direito Penal e Processual Penal, num esforço hercúleo de garantir justiça penal razoável e proporcional, de acordo com os ditames da Nova República do Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

(A) A jurisprudência transforma diariamente o Direito Penal e Processual Penal, direcionando-os para uma total recepção dos preceitos de nossa Constituição. Positiva a abstração lei penal ao calor do caso concreto, de forma a auferir ao julgador parâmetros para que sua decisão seja razoável e proporcional.

(B) A jurisprudência possui funções de interpretar a lei penal para sua aplicação, tornando-a viva e atuante, ela a humaniza amoldando à realidade social dos jurisdicionados. Tem como prerrogativa de suplementar a lei penal quando omissa, não a deixando sem resposta para os casos concretos. E principalmente mantêm sempre 'jovem' e atual, pois com os novos casos ela evolui e se torna rica em precedentes, num círculo evolutivo perene.

(C) Pelos exemplos jurisprudenciais expostos nessa monografia, conclui-se que apesar da sociedade brasileira apontar para as leis penais como uma das causas do problema da crescente criminalidade, foi demonstrado que a nossa jurisprudência é moderna, não permitindo nossas leis envelhecerem, as decisões são de vanguarda em sintonia com que há de mais moderno na área. Portanto não necessitamos de mais leis, e sim de investimentos na área educacional e de assistência social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOTTI, René Ariel. CURSO DE DIREITO PENAL. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang, **MARINONI**, Guilherme, **MITIDIERO**, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª edição. São Paulo: MALHEIROS EDITORES Ltda, 2011.

VAZOLINI, Maria Patricia. Mini Vade Mécum Penal. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ANEXO

APELAÇÃO CRIME Nº. 1235852-8 DA 1ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA APELANTE: GILBERTO EURIDES DE LIMA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ RELATOR: DES. ROBERTO DE VICENTE APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ARTIGO 14 DA LEI 10826/03) - PRETENSÃO DE DISPENSA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS NÃO CONHECIDA - AUTORIA E MATERIALIDADE INQUESTIONADAS - PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO REJEITADA - INOCORRENTE A AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA - PROVA DOS AUTOS QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS QUANTO À EFETIVA PRÁTICA PELO RÉU DO DELITO IMPUTADO - ALEGAÇÃO DE QUE SER A ARMA INEFICAZ DESCABIDA, POSTO QUE ATESTADO QUE A MESMA ESTAVA APTA A EFETUAR DISPAROS - ALIÁS, A JURISPRUDÊNCIA FIRMOU-SE NO SENTIDO DE SER DESNECESSÁRIA A PROVA DA EFICIÊNCIA DA ARMA, POSTO QUE SE TRATA DE CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO - PRECEDENTES - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA DESCABIDO - PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ACOLHIDA, SENDO A PENA REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL, COM SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA DESCABIDA, JÁ QUE SE TRATA DE PENA INTEGRANTE DO TIPO PENAL VULNERADO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº. 1.235.852-8, da 1ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que é apelante GILBERTO EURIDES DE LIMA e apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. GILBERTO EURIDES DE LIMA, brasileiro, R.G 9.232.882-1/PR, filho de Benedito Dorival de Lima e Ana Pires da Cruz de Lima, nascido em 25/12/1985, residente na rua Pedro Rodrigues de Lima nº.601, Sítio Cercado, nesta Capital foi denunciado, EM 13.06.12, pelos seguintes fatos: “No dia 26 do mês de maio do ano de 2012, por volta das 16h40min, em via pública, na Rua Emanuel Voluz, Bairro Pinheirinho, neste Município e Comarca de Curitiba/PR, o denunciado GILBERTO EURIDES DE LIMA, dolosamente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, portava em sua cintura, 01 (um) revólver, calibre 32, com número de série 685378, de uso permitido, bem como 02 (duas) munições, do mesmo calibre, consoante auto de exibição e apreensão de fl. 08. Assim agindo, incorreu o denunciado GILBERTO EURIDES DE LIMA nas sanções penais previstas no artigo 14, da Lei nº.10.826/03”. Trata-se de Apelação Crime interposta contra sentença que, nos Autos de Ação penal 12314-98.2012.8.16.0013, julgou procedente a denúncia, condenando GILBERTO EURIDES DE LIMA como incurso nas sanções do artigo 14, caput, da Lei nº. 10.826/03, a pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 11 (onze) dias-multa. Inconformado o apelante GILBERTO EURIDES DE LIMA afirma: que é caso de anulação do processo, por deficiência de defesa técnica; que o Juízo declarou a resistência tácita de uma testemunha, decisão esta não impugnada pelo advogado dativo; que é caso de absolvição, uma vez que a arma e munição apreendidas eram imprestáveis; que “a defesa técnica jamais declarou seu interesse em desistir da produção daquela prova oral, sendo certo que seu silêncio não pode importar em aceitação ante a

garantia constitucional da ampla defesa. Além disso, por se tratar de fato cuja configuração de elemento típica desafiou elaboração de laudo pericial, ao sentir da defesa técnica, inconclusivo, se mostrava imprescindível o comparecimento da ilustre perita subscritora do laudo para prestar esclarecimentos sobre este, conforme autoriza o art. 400 do Código de Processo”; que “inegável que houve deficiência na defesa técnica do acusado”; que “a ampla defesa do peticionário restou gravemente prejudicada ante a ausência do depoimento da mencionada testemunha, mormente porque se trata de pessoa com conhecimento dos fatos e da índole pessoal do acusado”; que “o revolver em posse do acusado estava com uma avaria que impedia o seu regular funcionamento, o que leva à conclusão de que a referida arma não tinha qualquer potencialidade lesiva concreta. Conclui-se, destarte, que a conduta praticada é atípica, uma vez que se está diante da figura do crime impossível, por ineficácia do meio”; que “o laudo demonstrou que as munições que foram apreendidas e periciadas não tinham qualquer potencialidade lesiva”; que “requer-se o reconhecimento da insignificância da conduta e o desvalor da aplicação da pena no caso sob enfoque”; que “não havendo prova adequada de que os acusados são reincidentes (...) requer-se o afastamento da agravante”; que a atenuante da confissão espontânea deveria ser considerada; que “a patente vulnerabilidade dos acusados ao sistema punitivo, é de se esperar que a pena-base seja aplicada no mínimo legal”; que requer “fixação de regime inicial de cumprimento diverso do fechado”; que seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; que requer “a isenção do pagamento da multa (...) subsidiariamente, requer-se o sobrestamento por 5 anos, conforme autoriza o art. 12 da Lei nº 1.060/50 (...) além disso requer-se a isenção do pagamento de custas judiciais”; que a detração da pena deveria ser analisada quando da fixação do regime de cumprimento da pena; que requer “a revogação da prisão preventiva do apelante, por insubsistência dos motivos que ensejaram a sua decretação”.

Em contrarrazões o apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ afirma: que a preliminar de nulidade do processo, por deficiência da defesa técnica deve ser rejeitada; que no tocante à ausência de testemunha arrolada por ambas as partes, foi a advogada constituída do réu intimada para se manifestar sobre o seu endereço e, não tendo havido atendimento à intimação, foi acertadamente considerada a desistência tácita da inquirição pela defesa; que “diante da ausência de manifestação nestes dois momentos, o direito de pleitear pela inquirição da testemunha restou precluso, vez que não foi requerida a sua oitiva nos momentos oportunos”; que “tampouco há que se falar em nulidade do feito por ausência de intimação da perita”; que “a arma era eficaz e apta a produzir disparos”; que “não como se justificar a falta de reprimenda a um ilícito penal comprovado”; que “para a comprovação da reincidência em processos criminais, o relatório do Sistema Oráculo, desenvolvido oficialmente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, constitui-se meio apto”; que “não foi utilizada a confissão extrajudicial como fundamento para condenação motivo pelo qual não é suficiente para a incidência da atenuante”; que “o princípio da co-culpabilidade não deve ser aplicado como forma de circunstância atenuante inominada”; que a pena de multa deveria ser mantida; que o sobrestamento requerido não se aplicaria; que “ainda que efetivada a detração, diante da comprovação da reincidência do apelante, o regime semiaberto fixado na sentença está correto”; que não caberia substituição por penas restritivas de direitos; que a prisão preventiva do apelante deveria ser mantida.

Nesta Instância a Douta Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer manifestando-se pelo parcial provimento do recurso. É, em síntese, o relatório.

VOTO. O apelo merece parcial conhecimento e, na parte conhecida, parcial provimento.

Pleiteia o apelante, em síntese, a nulidade do feito por ausência de defesa técnica baseada no fato de ter o Juízo considerado desistência tácita do depoimento de uma testemunha e da perita que subscreveu o laudo, o qual atestou eficiente o armamento apreendido; meritoriamente, que deveria ser reconhecida a presença da figura do crime impossível, ante a ineficiência do meio ou a insignificância da conduta e o desvalor da aplicação da pena; ainda, que não teria sido comprovada a existência da agravante da reincidência, sendo que a atenuante da confissão e a relativa vulnerabilidade social do apelante deveriam ser aplicadas, modificando-se o regime para o aberto e realizando a substituição por penas restritivas de direitos, com isenção ou sobrestamento da pena de multa, isenção no pagamento de custas; por fim, a realização da detração e revogação da prisão preventiva. Parte não conhecida. Inicialmente, a afirmação consistente na ausência de condições financeiras para arcar com as custas processuais, o que ensejaria isenção no seu pagamento, não pode ser conhecida, eis que somente o Juízo da Execução é competente para avaliar as condições financeiras do agente infrator e a possibilidade deste em custear com as despesas processuais sem prejuízo do seu próprio sustento e de sua família.

No mesmo sentido é o pleito de aplicação da figura da detração já que qualquer consideração acerca do cumprimento da pena deve ser realizada pelo Juízo da Execução. Nesse sentido, in verbis: "APELAÇÃO CRIME. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ARTIGO 12, CAPUT, DA LEI 10.826/2003). AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO, POSTO QUE TAL PEDIDO DEVE SER APRECIADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES. REDUÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE.CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE FIXADA DE FORMA DESPROPORCIONAL EM FACE DA TOTALIDADE DA PENA EM ABSTRATO. REDUÇÃO. PENA DEFINITIVA FIXADA EM SEU MÍNIMO LEGAL.SUBSTITUIÇÃO OPERADA CONFORME ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO. (TJPR Ap. Crime 1015035-7 Rel. José Carlos Dalacqua 2ª CCrim DJU 06/06/2013)" (grifei) O mesmo ocorre com relação ao pleito de revogação da prisão preventiva determinada em sentença uma vez que a questão já foi objeto do Habeas Corpus nº. 1.206.682-1, de minha relatoria, em que a medida pleiteada foi concedida: "HABEAS CORPUS - ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL - PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, À PENA DE DOIS ANOS E QUATRO MESES DE RECLUSÃO E MULTA - ESTABELECIDO O REGIME SEMI-ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA E DECRETADA, NA SENTENÇA, A PRISÃO PREVENTIVA DO MESMO, COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, NEGANDO-LHE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO - NÃO PODE O CONDENADO A CUMPRIR PENA EM REGIME SEMI-ABERTO SER MANTIDO EM REGIME MAIS RIGOROSO ENQUANTO AGUARDA O JULGAMENTO DE SEU RECURSO - "(...)2. Nada obstante, fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, não pode o acusado aguardar o julgamento de seu recurso em regime mais rigoroso do que aquele estabelecido na sentença condenatória. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. ORDEM CONCEDIDA (...)" (RHC 42.302/MG, Rel. Ministro MARCO

AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014) (grifei) Parte conhecida e parcialmente provida. A preliminar de nulidade do processo, por ausência de defesa técnica, pela não oitiva da testemunha Jhonathan Massaneiro ou pela falta de esclarecimentos por parte da perita responsável pelo Laudo de fls. 119/120, não merece prosperar. Conforme se verifica dos autos, a defesa foi inicialmente patrocinada pela Dra. Cássia Bernardelli, a qual não compareceu a audiência realizada em 24/07/2013, sem justificar a sua ausência (fls. 133).

Na referida audiência o apelante não restou desamparado legalmente, já que houve a nomeação de defensor dativo para o ato (fls. 133), e, ao final, foi determinada a intimação da defesa constituída para informar o endereço da testemunha comum Jhonathan, porém não houve manifestação, como se verifica do contido às fls. 134/136. Rejeita-se, pois, a preliminar de nulidade do feito por ausência de defesa técnica, uma vez que o réu em nenhum momento esteve indefeso e, se não foi inquirida uma testemunha ou colhido esclarecimento da perita, tal se deveu à inércia da defesa constituída.

Cabe asseverar, que a testemunha cujo depoimento se pretendia tomar em Juízo foi ouvida pela autoridade policial e nada acrescentou ao deslinde do feito, já que afirmou que conheceu o apelante naquele dia, em momento imediatamente anterior ao da prisão em flagrante e presenciou que o apelante estava na posse da arma de fogo quando do flagrante (fls. 09/10), dado não contestado pela defesa. Já no que diz respeito ao pretendido depoimento da perita que elaborou o Laudo de Exame de Arma de Fogo e Munição de fls. 119/120, tem-se que os esclarecimentos somente são prestados quando tal se faz necessário e a requerimento das partes, nos termos do § 2º, do artigo 400, do Código de Processo Penal, o que não ocorreu.

Ad argumentandum tantum, acerca da carência de defesa, em conformidade com a Súmula 523, do Supremo Tribunal Federal, a deficiência da defesa apenas gerará nulidade se houver prova de prejuízo para a parte, sendo que, in casu, não há prova de prejuízo efetivo ao apelante, ante a não oitiva em Juízo da testemunha Jhonathan Massaneiro e da perita, devendo ser aplicado o princípio *pas de nullité sans grief*.

No mérito, a pretensão de absolvição não se sustenta.

Em que pese os reclamos constantes das razões de apelação, entendo que não logrou êxito o apelante em desconstituir a acusação, restando suas alegações isoladas e dissociadas das provas acostada aos autos, razão pela qual não se desincumbiu de seu *onus probandi*. A tese da atipicidade da conduta pela ineficiência do meio, o que ensejaria a aplicação da figura do crime impossível, não se sustenta.

Tal ocorre, pelo fato de que, não obstante o laudo pericial apontar que a arma de fogo periciada não se encontrava em seu estado normal de funcionamento, o mesmo documento atestou que mesmo assim ela era eficaz para a realização de disparos. Veja-se, sic: “Face à avaria acima descrita foi observado o funcionamento anormal dos mecanismos do revólver em questão. Para a realização de cada um dos tiros de prova, com cartuchos desprovidos da carga de projeção, foi necessário alinhar a câmara municada frente ao cano, recuar simultaneamente o cão e o dedal serrilhado do ferrolho e acionar a tecla do gatilho, constatando-se que, desta maneira, o revólver é eficiente para a realização de tiros.” (fls. 119) (grifei)

Ainda, cabe destacar que ao apelante foi imputada a prática do crime previsto no artigo 14, da Lei nº.10.826/03, que é de perigo abstrato e de mera conduta, que se consuma sem a necessidade de resultado naturalístico, sendo firmada

jurisprudência no sentido de que o crime se configura com o simples porte ilegal da arma, mesmo que o laudo pericial seja inconclusivo acerca da eficiência da mesma.

Nesse sentido:

APELAÇÃO. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 16, PAR. ÚNICO, IV, DA LEI 10.826/2003). LAUDO PERICIAL INCONCLUSIVO ACERCA DA EFICIÊNCIA DA ARMA PARA A REALIZAÇÃO DE DISPAROS. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO E MERA CONDUTA. CONDENAÇÃO. RECURSO PROVIDO. (Ap.Crim. 830417-0 - 2ª CâM.Crim. TJ-PR, Relator: Des. LIDIA MAEJIMA, Data de Julgamento: 12/04/2012, 2ª Câmara Criminal). No tocante à alegada insignificância da conduta e do desvalor da aplicação da pena, como já apontado acima, o apelante foi condenado pelo cometimento de crime de perigo abstrato, bastando para tanto o mero porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, que potencialmente possa vir a causar dano a coletividade.

A previsão de crimes de perigo abstrato é plenamente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro pela importância do bem jurídico a ser protegido, nesse caso a incolumidade e a segurança pública, o que afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça, in verbis:

“HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 14, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (DOIS CARTUCHOS ÍNTEGROS, DA MARCA CBC, CALIBRE 7,65). PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. IMPROPRIEDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DESTA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 4.

Ademais, este Tribunal já firmou entendimento segundo o qual o porte ilegal de arma de fogo desmuniçada e o de munições configuram hipóteses de perigo abstrato, bastando apenas, para a consumação do crime, a prática do ato de levar consigo.

Portanto, não se mostra viável a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que, embora não seja expressiva a quantidade da munição apreendida (02 cartuchos de calibre 7,65), ela apresenta potencialidade lesiva, mormente em poder de réu já condenado pelos crimes de roubo e furto. Precedentes.

5. (...)” (HC 168.656/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012) (grifei) “APELAÇÃO CRIMINAL. - PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART.14, DA LEI 10.826/2003). - PRETENSÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. - IMPOSSIBILIDADE. - PROVAS INCONTESTES ACERCA DA AUTORIA DO DELITO. - DEPOIMENTOS POLICIAIS IDÔNEOS. - LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A POTENCIALIDADE LESIVA DA MUNIÇÃO. - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO APLICÁVEL. - CONSIDERAÇÃO DO DESVALOR DA CONDUTA PERPETRADA. - CRIME DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO.-SENTENÇA MANTIDA. - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR Ap. Crime 1123281-6 Relator Des. LÍDIO J. ROTOLI DE MACEDO 2ª CCrim DJU 21/11/2013)” (grifei)

Em contrapartida, no que tange a agravante relativa à reincidência, verifico que a mesma não pode ser aplicada, posto que, de acordo com o relatório do sistema oráculo deste Tribunal, a condenação anterior do apelante pelo cometimento do delito previsto no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, c/c artigo 1º, da Lei nº. 2.252/54, na forma do artigo 70, do Código Penal, transitou em julgado em 06/10/2006, conforme movimento registrado perante a 1ª Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Curitiba. Dessa forma, entre a data do trânsito em julgado da condenação anterior e a data do cometimento do delito sob análise (26/05/2012) transcorreu lapso temporal superior a 05 anos, o que descaracteriza a figura da reincidência como se vê do contido nos artigos 63 e 64, inciso I, ambos do Código Penal.

Assim, o aumento relativo à reincidência deve ser desconsiderado não havendo na segunda fase de dosimetria da pena circunstância agravante apta a elevar a pena do apelante.

Com relação a atenuante da confissão espontânea, esta não pode ser considerada, uma vez que a mesma se deu apenas na fase investigatória e não foi repetida em Juízo, pois o apelante foi revel e também não foi utilizada como elemento de convicção do Magistrado a quo para a sua condenação, sendo esta baseada em outras provas contidas nos autos.

Da mesma forma, a atenuante genérica do artigo 66, do Código Penal, igualmente não se mostra aplicável, já que pleiteia o apelante que a sua alegada vulnerabilidade social seria causa de redução da pena arbitrada. Todavia tal pretensão é descabida, pois não se pode considerar que o simples fato do réu ser materialmente desprovido possa ensejar a diminuição da pena.

Ainda, cabe asseverar que há vedação da diminuição da pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula nº. 231/STJ.

Assim, excluída a agravante da reincidência, a pena definitiva do apelante fica estabelecida em seu mínimo legal, de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Acerca do regime de cumprimento da reprimenda corporal, tem-se que deve ser alterado tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais favoráveis, o quantum de pena aplicado e a ausência da agravante da reincidência, cabendo a fixação do regime aberto.

Com a alteração operada no tocante à reincidência, passa a ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas. Estando presentes os requisitos legais, conforme redação do artigo 44, do Código Penal, deve-se proceder à substituição da pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços a comunidade, em entidade a ser definida pelo Juízo da Execução e prestação pecuniária no valor correspondente a 01 (um) salário mínimo, cuja destinação também ficará a cargo do Juízo da Execução.

Por fim, não prospera o pleito de sobrestamento ou de exclusão da pena de multa, posto que a mesma incide de forma automática quando da aplicação da pena, vez que prevista no tipo penal do artigo no qual o apelante foi condenado, artigo 14, da Lei nº. 10.826/03.

Além do mais, conforme se vê da redação dos artigos 49 e 60, ambos do Código Penal, cabe ao Magistrado, observando os parâmetros legais, ao fixar a pena de multa, atender a situação econômica do réu, o que foi devidamente realizado e fundamentado no caso em comento.

Nesse sentido, in verbis:

“APELAÇÃO CRIME. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28, CAPUT, DA REFERIDA LEI. INVIABILIDADE. COMPROVADA COMERCIALIZAÇÃO DA DROGA.” TRAZER CONSIGO” SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CONDUTA DESCRITA NO ART. 33, CAPUT, DA LEI DE DROGAS. CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE, POR SI SÓ, NÃO EXCLUI A TRAFICÂNCIA. TESTEMUNHO POLICIAL. VALIDADE E RELEVÂNCIA. PEDIDO DE REDUÇÃO OU ISENÇÃO DA PENA DE MULTA E DE CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. (...) e) A aplicação da pena de multa abstratamente cominada no tipo penal decorre de imperativo legal, ou seja, não constitui mera faculdade do juiz. Desta forma, não poderá ser excluída da condenação ou reduzida em razão da hipossuficiência do acusado. f) É competência do Juízo da Execução a análise do pleito de isenção ou redução da pena de multa e de concessão de Justiça gratuita. (TJPR Ap. Crime 1127157-1 Relatora Juíza Subst. 2º grau . MARIA ROSELI GUIESSMANN 3ª CCrim DJU 13/02/2014)” (grifei) ANTE O EXPOSTO, voto no sentido de se conhecer parcialmente da apelação e, na parte conhecida, rejeitar a preliminar de nulidade do processo e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena no mínimo legal, de dois anos de reclusão e dez dias-multa, excluindo a aplicação da agravante da reincidência, alterando o regime de cumprimento para o aberto, e procedendo à substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos da fundamentação. ACORDAM OS INTEGRANTES DA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UANIMIDADE DE VOTOS EM CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO E NA PARTE CONHECIDA DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Desembargador José Carlos Dalacqua (com voto) e dele participou o Juiz Substituto em Segundo Grau Márcio José Tokars.

Curitiba, 20 de Novembro de 2014.

DES. ROBERTO DE VICENTE Relator