



Sumário

Sumário

- Principais atividades desenvolvidas pelo NESC no período
- Inspeções realizadas
- Jurisprudência favorável
- Execução Penal
- Direito e Processo Penal

NESC || NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA

Agosto e Setembro de 2016.

“Repetir repetir — até ficar diferente”. (Manoel de Barros)

▪ Principais Atividades Desenvolvidas pelo NESC no período

Nestes dois primeiros meses, a nova gestão do Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo participou de diversas reuniões para a sua apresentação, tanto com a Administração Superior, quanto com órgãos e entidades de outras carreiras e da sociedade civil.

SUPERVEC

Em duas reuniões realizadas com o Juiz Corregedor dos presídios da Capital, Dr. *Paulo Eduardo Sorci*, tratou-se - dentre outros assuntos - da questão dos atrasos nas autuações de Guias de Recolhimento bem como do número de e-mails que a analisam para este fim, oportunidade em que nos foi entregue o parecer 387/16 -J com dados estatísticos dos dez DEECRIMs que compõem a SUPERVEC, além de provimentos, comunicados, suspensões e remissões a resoluções da Corregedoria de Justiça para implementação e aperfeiçoamento dos processos digitais ([Clique aqui](#))

O Núcleo também se reuniu no IBCCrim para tratar da repercussão do afastamento de magistrado que concedeu ordem em *habeas corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública. Na oportunidade, também se discutiu estratégias para o julgamento da ADI 5.070, que trata da inconstitucionalidade da SUPERVEC.

O NESC ingressou aos 29.9 nesta ação como “amicus curiae”.

REVISTA VEXATÓRIA

Em reunião realizada com o Assessor da Corregedoria Geral de Justiça, Dr. *Benedito Roberto Garcia Pozzer*, e com o Promotor de Direitos Humanos, Dr. *Eduardo Ferreira Valerio*, foram debatidas propostas de desdobramento acerca da representação – formulada pela anterior gestão do NESC - que visa à proibição de revista vexatória.

SOCIEDADE CIVIL

Também foram realizadas duas reuniões com a equipe da *Pastoral Carcerária* para identificação das principais demandas atuais na área de execução de pena e sistema prisional, bem como para firmar compromisso de atuação conjunta, com intercâmbio de informações e documentos.

O NESC participou da reunião do Conselho da Comunidade e passará a integrar, de forma permanente, do Colegiado na condição de membro.

Presentes na posse da nova Presidência do CONDEPE o NESC estabeleceu importante contato com a representação do Centro de Defesa dos Direitos Humanos do Sapopemba.

Nas primeiras interlocuções desta gestão do NESC alinhava-se estratégias conjuntas com a Pastoral Carcerária, Conselho da Comunidade e CONDEPE para fixação de critérios e ações coordenadas para as inspeções aos estabelecimentos prisionais.

SAP

Fomos recebidos, no início do mês passado, pelo Secretário de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, Dr. *Lourival Gomes*, oportunidade em que foi apresentada a nova gestão no NESC e debatido

temas referentes à execução penal, como guias de recolhimento represadas e violação de direitos dos presos e de seus visitantes.

DPU

Também nos encontramos com a Defensora Pública da União que chefia a instituição no Estado de São Paulo, a Dra. *Nara de Souza Rivitti*, para delineamento de fluxo de trabalho entre a DPE e a DPU em matéria de execução penal.

DPESP

Neste período, O NESC também se reuniu - para tratar de assuntos diversos - com o Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo, com a Primeira, Segunda e Terceira Subdefensorias Públicas-Gerais, com os Coordenadores do Núcleo de Diversidade e Igualdade Racial e do Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores, com a Defensora Pública Coordenadora da Regional Central da Capital, com a Defensora Pública Coordenadora da Unidade Fazenda Pública, com a Comissão de Execução Penal do CONDEGE, com o Defensor Público Assessor Parlamentar, com as Defensoras Públicas Assessoras Criminais e com o Defensor Público Coordenador da CTI.

AÇÕES ADOTADAS

Entre outras medidas judiciais e administrativas, O NESC ajuizou ação de reclamação constitucional junto ao Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de fazer valer a norma veiculada pela Súmula Vinculante nº 56 (sobre a aplicação de regime prisional menos gravoso), cujo modelo foi disponibilizado no site. ([Clique aqui](#)).

Além disso, foi confeccionado parecer – a pedido da Assessoria Parlamentar da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – sobre a legalidade do projeto de Lei federal nº 6.060/2016, que altera a Lei nº 7.210/84, dispondo sobre a possibilidade de parceria público privada para a consecução de atividades e serviços de estabelecimentos penais.

[▲ Voltar ao menu](#)

▪ Inspeções Realizadas

Nos meses de agosto e setembro de 2016, o Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – por intermédio de seus coordenadores, membros e colaboradores – realizou inspeção nos seguintes estabelecimentos prisionais:

(a) CDP de Vila Independência (*relatório do Defensor Bernardo Faêda*, ([Clique aqui](#))).

(b) Penitenciárias de Potim I (*relatório da Defensora Flavia D`Urso*).

(c) Penitenciária de Araraquara (*relatório do Defensor André Cadurin*).

(d) Penitenciária de São Vicente I (*relatório da Defensora Simone Lavelle*).

(e) Penitenciária de São Vicente II (*relatório do Defensor Thiago Luna*).

Os relatórios de inspeção, assim que finalizados, serão disponibilizados à carreira no site do NESC. ([Clique aqui](#)).

[▲ Voltar ao menu](#)

▪ Jurisprudência Favorável

A partir deste informativo, o NESC irá – bimestralmente – compilar jurisprudência favorável ao réu em matéria de *execução penal*, *direito penal* e *processo penal*. A ideia – inicialmente – é extrair teses jurídicas garantistas dos recentes informativos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente, pretendemos inserir também julgados dos diversos Tribunais de Justiça.

Desde já, solicitamos aos colegas que, quanto tiverem contato com precedentes jurisprudenciais favoráveis, nos enviem para o endereço (nucleo.carceraria@defensoria.sp.def.br), seja para que possamos alimentar os próximos Informativos, seja para que – futuramente – possamos disponibilizar no site.

[▲ Voltar ao menu](#)

▪ Execução Penal

Supremo Tribunal Federal

PSV: regime de cumprimento de pena e vaga em estabelecimento penal (Enunciado 56 da Súmula Vinculante). O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu proposta de edição de

enunciado de súmula vinculante com o seguinte teor: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” — v. Informativo 777. O Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente) reajustou voto proferido em assentada anterior, acatando, assim, proposta redacional sugerida pelo Ministro Roberto Barroso. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que aprovava a proposta originalmente apresentada pelo Defensor Público-Geral Federal (“O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução”). PSV 57/DF, 29.6.2016. (PSV-57)

Lei estadual e bloqueadores de sinal de celular. Lei estadual que disponha sobre bloqueadores de sinal de celular em presídio invade a competência da União para legislar sobre telecomunicações. Com base nesse entendimento, o Plenário, em apreciação conjunta e por maioria, declarou a inconstitucionalidade da Lei 3.153/2005 do Estado do Mato Grosso do Sul e da Lei 15.829/2012 do Estado de Santa Catarina. E, com a conversão de referendo de medida cautelar em julgamento de mérito, também por decisão majoritária, reputou inconstitucionais a Lei 4.650/2015 do Estado do Mato Grosso do Sul, o art. 1º, “caput” e parágrafo único, e o art. 2º, “caput” e parágrafo único, da Lei 13.189/2014 do Estado da Bahia, e a Lei 18.293/2014 do Estado do Paraná. A Corte afirmou que, ao determinar às empresas de telefonia a instalação de equipamentos para interrupção de sinal nas unidades prisionais, o legislador local instituiria obrigação diretamente relacionada ao objeto da concessão do serviço móvel pessoal. Dessa forma, teria atuado no núcleo da regulação da atividade de telecomunicações, de competência da União, já que a ela caberia disciplinar a transmissão de sinais no campo eletromagnético de maneira adequada (CF, art. 21, XI e 175, IV). Além disso, o STF teria declarado a inconstitucionalidade formal e suspenso a vigência de normas estaduais e distritais que teriam interferido diretamente na prestação da atividade desempenhada pelas concessionárias de serviços de telecomunicação, sob o fundamento de que, em situações a envolver possível interdisciplinaridade, as questões relacionadas ao interesse geral ou nacional deveriam ser tratadas de maneira uniforme no País inteiro. A disciplina dos serviços públicos que funcionariam em todo o território caberia à União. Seria com amparo nessa ideia que a doutrina proporia a denominada prevalência do interesse como critério para a solução de conflitos, reconhecendo-se a competência da União quando a matéria transcender os interesses locais e regionais. **Os procedimentos concernentes à operação de telefonia celular e ao bloqueio de sinal, em determinadas áreas, poderiam afetar diretamente a qualidade da prestação do serviço para a população circundante, tema a demandar tratamento uniforme em todo o País, ainda que a finalidade do legislador estadual fosse a segurança pública.** Ademais, a legislação estadual não trataria propriamente de direito penitenciário, mas da relação dos estabelecimentos penitenciários com um serviço externo, serviço de telecomunicações. Seria, portanto, inegável que a questão teria alguma

conexão com a segurança pública, mas seu grande objetivo seria econômico. Os Estados teriam interesse em transferir os custos do bloqueio de sinal para as prestadoras do serviço. O Tribunal observou que, o fundamento da legislação estadual pouco ou nada teria a ver com peculiaridades locais. **A utilização de telefones no interior de estabelecimentos prisionais como meio para a prática de crimes seria uma questão nacional. Nesse campo, tratamentos diferentes pelas diversas unidades da federação não se justificariam como resposta customizada a realidades não semelhantes.** Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que julgavam improcedente os pedidos. Pontuavam que a distribuição de competência entre os diversos entes federativos, à luz do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição de 1988, não se satisfaria somente com o princípio informador da predominância de interesses. Ponderavam existir espaços de indeterminação, nos quais os entes, embora fossem legitimados a agir com autonomia, poderiam sobrepor-se a áreas de competências de outros entes. Nessas situações, a regra de circunscrever-se à territorialidade não atenderia plenamente o conflito existente entre elas. No caso, não obstante a lei local indiretamente tivesse ponto de contato com o tema das telecomunicações, versaria, materialmente, sobre questões afeitas à competência concorrente dos Estados-membros como direito penitenciário, segurança pública e consumo. Inexistiria, dessa forma, afastamento claro de tal competência legislativa dos Estados-Membros pela legislação federal que regeria as telecomunicações. ADI 3835/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 3.8.2016. (ADI-3835). ADI 5356/MS, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 3.8.2016. (ADI-5356). ADI 5253 /BA, rel. Min. Dias Toffoli, 3.8.2016. (ADI-5253). ADI 5327/PR, rel. Min Dias Toffoli, 3.8.2016. (ADI-5327). ADI 4861/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, 3.8.2016. (ADI-4861).

Progressão de regime: art. 75 do CP ou total da pena imposta. A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, reputou prejudicado pedido de “habeas corpus”. Mas, **concedeu a ordem, de ofício, para que o juízo da execução verificasse a possibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva (CP, art. 71), com a consequente aplicação da Lei 12.015/2009, que unificou os delitos de estupro e atentado violento ao pudor** — v. Informativo 803. Na espécie, o paciente fora condenado em primeira instância pelos delitos de: a) roubo (CP, art. 157, “caput”), à pena de 21 anos de reclusão; e b) estupro e atentado violento ao pudor (CP, artigos 213 e 214, ambos na redação anterior à Lei 12.015/2009), à pena de 44 anos e 4 meses de reclusão. No “habeas corpus” pleiteava-se a revisão da sanção imposta, tendo em vista os seguintes argumentos: a) os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, praticados na forma simples, não poderiam ser considerados hediondos; e b) todos os cálculos da execução penal deveriam observar o limite máximo de 30 anos, nos termos do art. 75, § 1º, do CP, notadamente porque a CF proíbe a prisão perpétua. De início, a Turma reconheceu o prejuízo do “writ” impetrado no STF (em 9.9.2009) antes do julgamento do mérito de “habeas corpus” pelo STJ (em 15.12.2009). Nessa decisão, o STJ concedera em parte a ordem para assegurar ao paciente a progressão no regime de cumprimento de pena, observada a fração de 1/6. Apesar

disso, assentou a possibilidade do exame de concessão, de ofício, da ordem de “habeas corpus”. O Colegiado destacou que a jurisprudência consolidada do STF seria no sentido de que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor — tendo em conta o art. 1º, V e VI, da Lei 8.072/1990, ainda na redação dada pela Lei 8.930/1994 —, mesmo que praticados na forma simples, teriam caráter hediondo. Inviável, portanto, a interpretação requerida na impetração. Outrossim, o Tribunal possuiria reiterados pronunciamentos no sentido de que o limite temporal enunciado no art. 75 do CP — 30 anos — não constituiria parâmetro para o cálculo dos benefícios da execução penal. Assim, tal limite diria respeito exclusivamente ao tempo máximo de efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade. Logo, não deve ser utilizado para calcular os benefícios da Lei de Execução Penal. Por outro lado, a possibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor teria suscitado intensos debates no âmbito do STF. De modo geral, durante longo período de tempo, a Corte não admitira o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado (CP, art. 71) entre os referidos delitos, diante da caracterização do concurso material (CP, art. 69). Essa discussão, contudo, teria perdido relevância com a edição da Lei 12.015/2009, que unificou em um mesmo tipo incriminador as condutas de estupro e de atentado violento ao pudor. Diante dessa inovação legislativa, o STF teria passado a admitir o reconhecimento da continuidade delitiva entre os referidos delitos, desde que preenchidos os requisitos legais. Contudo, tendo em consideração a impossibilidade de se verificar, no caso em comento, o cabimento do reconhecimento da continuidade delitiva, caberia ao juízo da execução examinar a questão, aplicando-se retroativamente a Lei 12.015/2009. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin, que concediam a ordem em maior extensão, também para que o juízo da execução analisasse a viabilidade da progressão de regime e dos demais benefícios previstos na LEP, considerado o teto máximo de 30 anos e não o total da pena imposta. HC 100612/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 16.8.2016.

Superior Tribunal de Justiça

DIREITO PROCESSUAL PENAL. REMIÇÃO DE PENA POR TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS. Se o preso, ainda que sem autorização do juízo ou da direção do estabelecimento prisional, efetivamente trabalhar nos domingos e feriados, esses dias deverão ser considerados no cálculo da remição da pena. A remição da pena pelo trabalho se perfaz à razão de 1 dia de pena a cada 3 dias de trabalho, conforme o regramento do art. 126, § 1º, II, da LEP. E, nos termos do art. 33 do mesmo estatuto, considera-se dia trabalhado aquele em que cumprida jornada não inferior a 6 nem superior a 8 horas. Assim, a remição da pena pelo trabalho, nos termos do art. 33, c/c o art. 126, § 1º, é realizada à razão de um dia de pena a cada três dias de trabalho, cuja jornada diária não seja inferior a 6 nem superior a 8 horas, o que impõe, para fins de cálculo, a consideração dos dias efetivamente trabalhados (HC 218.637-RS, Quinta Turma, DJe 19/4/2013). HC

346.948-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 21/6/2016, DJe 29/6/2016. (*Informativo nº 586*).

DIREITO PENAL. REMIÇÃO DE PENA POR LEITURA E RESENHA DE LIVROS. O fato de o estabelecimento penal assegurar acesso a atividades laborais e a educação formal não impede a remição por leitura e resenha de livros. Inicialmente, consigne-se que a jurisprudência do STJ tem admitido que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, como no caso, a leitura e resenha de livros, nos termos da Recomendação n. 44/2013 do CNJ (AgRg no AREsp 696.637-SP, Quinta Turma, DJe 4/3/2016; HC 326.499-SP, Sexta Turma, DJe 17/8/2015; e HC 312.486-SP, Sexta Turma, DJe 22/6/2015). Ademais, o fato de o estabelecimento penal onde se encontra o paciente assegurar acesso a atividades laborais e a educação formal não impede que se obtenha também a remição pela leitura, que é atividade complementar, mas não subsidiária, podendo ocorrer concomitantemente. Assim, as horas dedicadas à leitura e resenha de livros, como forma da remição pelo estudo, são perfeitamente compatíveis com a participação em atividades laborativas fornecidas pelo estabelecimento penal, nos termos do art. 126, § 3º, da LEP, uma vez que a leitura pode ser feita a qualquer momento do dia e em qualquer local, diferentemente da maior parte das ofertas de trabalho e estudo formal. Precedente citado: HC 317.679-SP, Sexta Turma, DJe 2/2/2016. HC 353.689-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 14/6/2016, DJe 1/8/2016.

[▲ Voltar ao menu](#)

▪ Direito e Processo Penal

Supremo Tribunal Federal

Tipificação de conduta e ausência de contrarrazões e de intimação do defensor. A Primeira Turma iniciou a apreciação de recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pretende a declaração de nulidade do que decidido na apelação, em face da ausência de contrarrazões da defesa e da intimação do defensor para o julgamento. Debate-se ainda, o alcance do disposto no art. 217-A do Código Penal [“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”], ou seja, o enquadramento jurídico do fato — se ato libidinoso ou estupro de vulnerável — e o princípio da proporcionalidade da pena em relação à conduta descrita. Na espécie, consta na denúncia que, teria havido a prática de atos libidinosos no interior de veículo automotor e que o recorrente teria constrangido a menor ao passar as mãos nas coxas e seios dela. Em juízo, a vítima relatara não ter havido penetração vaginal, em oposição ao que afirmado na fase de investigação. O Ministro Marco Aurélio (relator) deu provimento ao recurso. Asseverou que o processo penal pressuporia a concretude da

defesa e, no caso, interposto recurso pelo Ministério Público, deveria ter sido designado defensor para formalizar a impugnação. Entendeu que a ausência de defensor dativo designado ao recorrente o mantivera indefeso. Frisou que, ainda que não houvesse pedido expresso por parte da defesa, ao interessado deveria ter sido dada ciência quanto à inclusão do processo em pauta. Quanto ao tipo penal, o relator assentou que a conduta do réu restringira-se a tocar os seios e as partes íntimas da ofendida e a empreender movimentos no fecho da roupa, sem ultrapassar a barreira da vestimenta dela. Tal proceder não se equipararia àquele em que há penetração ou contato direto com a genitália da vítima, situação em que o constrangimento surge maior, a submissão à vontade do agressor é total e a violência deixa marcas físicas e psicológicas intensas. Aduziu que o juízo, ao desclassificar o delito de estupro de vulnerável e condenar o recorrente pelo cometimento da contravenção penal versada no art. 65 do Decreto-lei 3.688/1941 (“Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável”), teria atuado em harmonia com o Direito posto, observado o desvalor menor da ação. Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade implicaria menor severidade na repressão. No tocante ao afastamento da circunstância agravante prevista no art. 61, II, “f”, do Código Penal (“Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: ... II - ter o agente cometido o crime: ... f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”), assinalou que a denúncia ativera-se a apontar o parentesco do recorrente com a genitora da ofendida (tio). Não especificara quais as relações domésticas de hospitalidade mantidas, porquanto não fora consignado se o recorrente compunha o mesmo núcleo familiar da vítima ou se ela encontrava-se hospedada na residência dele. Assim, nesse ponto, não se poderia presumir o extravagante. Em divergência, o Ministro Edson Fachin desproveu o recurso. Consignou que, na situação dos autos, não se trataria de defensor dativo, mas de profissional constituído pelo recorrente. Apontou que o advogado fora regularmente intimado para apresentar contrarrazões e não o fizera, o que não configuraria nulidade. Acerca da matéria de fundo, destacou que a descrição da denúncia faria referência a contato físico havido por dentro da roupa da vulnerável, que fora vitimada em um conjunto de circunstâncias analisadas pelo tribunal de justiça estadual. Dessa forma, estariam presentes os elementos configuradores do delito do art. 217-A do CP, a tipificar o delito de estupro. Em seguida, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. RHC 133121/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 2.8.2016. (RHC-133121). **Tipificação de conduta e ausência de contrarrazões e de intimação do defensor - 02.** A Primeira Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se discutia nulidade de apelação, em face da ausência de contrarrazões da defesa e da intimação do defensor para o julgamento. Debatia-se, também, o alcance do disposto no art. 217-A do Código Penal [“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”], ou seja, o enquadramento jurídico do fato — se ato libidinoso ou estupro de vulnerável — e o princípio da proporcionalidade da pena em relação à conduta

descrita. Na espécie, constara na denúncia que teria havido a prática de atos libidinosos no interior de veículo automotor e que o recorrente teria constrangido a menor ao passar as mãos nas coxas e seios dela. Em juízo, a vítima relatara não ter havido penetração vaginal, em oposição ao que afirmado na fase de investigação — v. Informativo 833. A Turma consignou que a hipótese dos autos não configuraria nulidade, tendo em vista que o advogado do recorrente não seria defensor dativo, mas profissional constituído pelo recorrente. Além disso, o causídico fora regularmente intimado para apresentar contrarrazões e não o fizera. Acerca da matéria de fundo, destacou que a descrição da denúncia faria referência a contato físico havido por dentro da roupa da vulnerável, que fora vitimada em um conjunto de circunstâncias analisadas pelo tribunal de justiça estadual. Dessa forma, estariam presentes os elementos configuradores do delito do art. 217-A do CP, a tipificar o delito de estupro. Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que provia o recurso. RHC 133121/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/o acórdão Min. Edson Fachin 30.8.2016. (RHC-133121)

Tráfico de drogas, regime prisional e substituição de pena. HC N. 130.411/SP. RED. P/ O ACÓRDÃO: MIN. ROSA WEBER Ementa: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. *QUANTUM* DA PENA. AVALIAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DEFINIDOS NOS ARTS. 33 E 44 DO CP. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DEFERIDA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Não se admite *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, sob pena de desvirtuamento das regras e prazos processuais, peremptoriamente previstos em lei. 2. Não se tratando de réu reincidente, ficando a pena no patamar de quatro anos e sendo as circunstâncias judiciais favoráveis, cumpre observar o regime aberto e deferir a substituição da pena privativa da liberdade pelas restritivas de direitos, conforme artigos 33 e 44 do Código Penal. 3. *Writ* julgado extinto, sem resolução do mérito, mas com concessão da ordem, de ofício, para fixar o cumprimento da pena imposta em regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal. (Transcrição em Informativo 836).

Antecipação da pena e trânsito em julgado. O Plenário iniciou julgamento conjunto de medida cautelar em ações declaratórias em que se discute a constitucionalidade do art. 283 do CPP (“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”). O Ministro Marco Aurélio (relator) deferiu a medida cautelar para reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do CPP e determinou a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão ainda não houvesse transitado em julgado. Do

mesmo modo, determinou a soltura daqueles que tivessem sido presos, ante desprovimento de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos enquadráveis no art. 312 do mencionado diploma processual.

Ressaltou que o pronunciamento abrangeria também o pedido sucessivo no sentido de aplicar, analogicamente, medidas alternativas à custódia quanto a acusado cuja decisão condenatória não tivesse alcançado o trânsito em julgado (CPP, art. 319). E, se vencido na extensão maior do voto, deferiu a liminar para reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do CPP e determinar a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa estivesse sendo questionada no STJ. O relator afirmou que em face da literalidade do

disposto no art. 5º, LVII, da CF — ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória — a culpa seria pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorreria apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abriria campo a controvérsias semânticas.

A Constituição consagrara a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra seria apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. A exceção correria à conta de situações individualizadas nas quais se pudesse concluir pela incidência do disposto no art. 312 do CPP. Ressaltou que, ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a Lei 12.403/2011, limitara-se a concretizar, no campo do processo, garantia constitucional explícita, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio STF. Por outro lado, consignou a repercussão negativa do pronunciamento firmado no HC 126.292/SP (DJe de 17.5.2016), pois, ao alterar seu entendimento, o Tribunal teria afastado essa garantia. Frisou que descaberia, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo STF, enquanto última trincheira da cidadania. Realçou que não mereceria prosperar a distinção entre as situações de não culpa e de inocência. A execução da pena fixada mediante a sentença condenatória pressuporia a configuração do crime, ou seja, a verificação de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Dessa forma, o implemento da sanção não deveria ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implicaria negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito. O princípio da não culpabilidade seria garantia vinculada, pela Constituição, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do art. 283 do CPP não comportaria questionamentos. O preceito consistiria em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem

mesmo o poder constituinte derivado estaria autorizado a restringir. Portanto, a harmonia do art. 283 do CPP com a Constituição seria completa, considerados os contornos do princípio da não culpabilidade. Em seguida, o julgamento foi suspenso. ADC 43 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.9.2016. (ADC-43). ADC 44 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.9.2016. (ADC-44) – Informativo nº 837.

Incidente de insanidade mental e obrigatoriedade. O incidente de insanidade mental é prova pericial constituída em favor da defesa. Logo, não é possível determiná-lo compulsoriamente na hipótese em que a defesa se oponha à sua realização. Essa é a conclusão da Segunda Turma ao conceder a ordem em “habeas corpus” que discutiu a legitimidade de decisão judicial que deferira pedido formulado pelo Ministério Público Militar determinando a instauração de incidente de insanidade mental, com fundamento no art. 156 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), a ser realizado por peritos médicos de hospital castrense. A Segunda Turma afirmou que o Código Penal Militar (CPM) e o Código Penal (CP) teriam adotado o critério biopsicológico para a análise da inimputabilidade do acusado. Assim, a circunstância de o agente ter doença mental provisória ou definitiva, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico), não seria suficiente para ele ser considerado penalmente imputável, sem análise específica dessa condição para aplicação da legislação penal. Havendo dúvida sobre a imputabilidade, seria indispensável que, por meio de procedimento médico, se verificasse que, ao tempo da ação ou da omissão, o agente era totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico). Contudo, no caso em comento, a defesa não solicitara a realização do mencionado exame. Tendo isso em conta, o Colegiado asseverou que o paciente não estaria obrigado a se submeter a esse exame.

HC 133.078/RJ, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 6-9-2016 (*Informativo nº 838*).

Superior Tribunal de Justiça

DIREITO PROCESSUAL PENAL. FORMA DE CONTAGEM DE PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO RELATOR DO STJ. No âmbito do STJ, mesmo após a vigência do CPC/2015, em controvérsias que versem sobre matéria penal ou processual penal, a contagem do prazo para interposição de agravo contra decisão monocrática de relator continua sendo feita de forma contínua (art. 798 do CPP), e não somente em dias úteis (art. 219 do CPC/2015). Isso porque, diferentemente do que ocorreu com outros artigos da Lei n. 8.038/1990 - norma especial que institui normas procedimentais para os processos que especifica perante o STJ e o STF -, não foi revogado o art. 39, o qual prevê: "Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias." Ademais, tal previsão legal é secundada pelo disposto no *caput* do art. 258 do RISTJ, cujo teor prescreve que: "A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a." Além disso, importa lembrar que o art. 798 do CPP, em seu *caput* e § 1º, determina, respectivamente, que "Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado" e que "Não se computará no

prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento". AgRg nos EDcl nos EAREsp 316.129-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/5/2016, DJe 1º/6/2016.

DIREITO PENAL. EMPREGO DA CONFISSÃO QUALIFICADA COMO ATENUANTE. A confissão, mesmo que qualificada, dá ensejo à incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP, quando utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação. Precedentes citados: HC 324.838-RJ, Quinta Turma, DJe 2/5/2016; e REsp 1.484.853-GO, Sexta Turma, DJe 25/4/2016. EREsp 1.416.247-GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 22/6/2016, DJe 28/6/2016 (*Informativo nº 586*).

DIREITO PENAL. BIS IN IDEM E TRÁFICO COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. É indevido o emprego da circunstância de o crime ter sido cometido nas dependências de estabelecimento prisional para fundamentar tanto o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 como a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da mesma lei. Isso porque essa situação configura bis in idem. HC 313.677-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 21/6/2016, DJe 29/6/2016. (*Informativo nº 586*).

[▲ Voltar ao menu](#)

O **Boletim eletrônico: Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública** destina-se à comunicação interna da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e seus parceiros. Produzido pelo Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher em parceria com a Coordenadoria de Comunicação Social e Assessoria de Imprensa. Para mais informações, acesse www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/carceraria.

