

BOLETIM



ICP

Instituto de Ciências Penais

N. 119 – Ano XIV
janeiro a março de 2017
Belo Horizonte/MG

NESTA EDIÇÃO

RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS É FUNDAMENTAL!.....	3
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	4
COMPLIANCE E DIREITO PENAL	5
Da “Constituição definitiva do tributo” como elemento essencial dos tipos penais dos Crimes Contra a Ordem Tributária – Súmula Vinculante nº 24	6
O ETHOS E A OUTRIDADE: O infinito é o outro em Emmanuel Lévinas, um conciso olhar prisão em flagrante, sigilo telefônico e acesso indevido a mensagens armazenadas em aparelho celular apreendido.....	20
DECRETO Nº 8.940, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2016.....	29

CONSELHO EDITORIAL

*Érika Mendes de Carvalho
Fabiano Augusto Martins Silveira
Gisele Mendes de Carvalho
Gustavo Noronha de Ávila
Juarez Tavares
Miguel Polaino-Orts
Nestor Eduardo Araruna*

ORGANIZAÇÃO

Rodrigo Iennaco de Moraes

EDITORIAL

RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS É FUNDAMENTAL!

Como já foi dito e redito, inclusive no último Editorial do Boletim do ICP, estamos a vivenciar no Brasil um momento de enorme desrespeito aos direitos e garantias individuais.

Impulsionados pelo desejo ardente de punição a qualquer custo, Magistrados, ladeados por membros do Ministério Público, vêm ferindo, de forma grave e desastrosa, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Além do desrespeito flagrante às garantias constitucionais e processuais penais, estamos a assistir o uso de instrumentos legais, como a prisão cautelar, para a realização da chamada “justiça”, na concepção dos abusadores, em evidente exaltação à velha e perigosa idéia segundo a qual os fins justificam os meios.

Se o país vive uma crise moral, com a corrupção desenfreada campeando, uma situação de violência social extremada, há de haver sim, por óbvio, o combate a tais males, todavia sem que se

conspurque e enxovalhe os direitos e garantias fundamentais, tão duramente conquistados.

Garantias constitucionais e processuais são êxitos da civilização, são proteções do indivíduo contra o descomedimento estatal, são as luzes que iluminam a sociedade e impedem que o trem desenfreado da barbárie atropеле o cidadão.

Os operadores do Direito atualmente, claro que ressalvadas as exceções, uniram-se aos meios de comunicação com o objetivo primordial de propugnarem pelo aumento da violência estatal e punitiva.

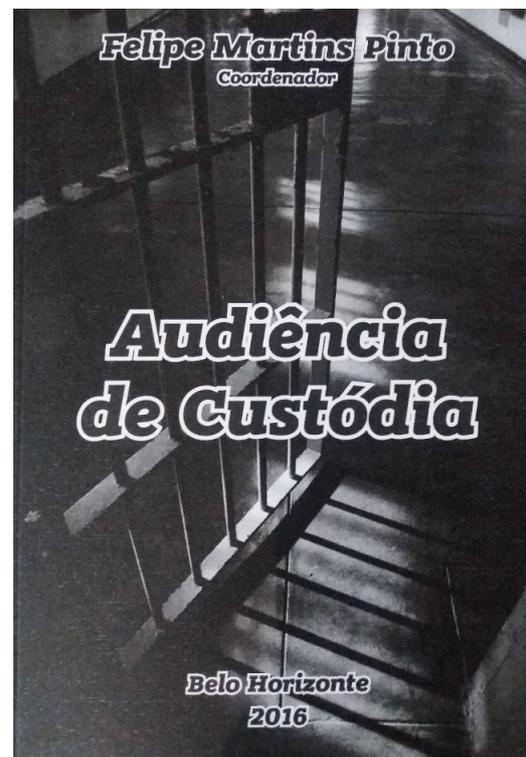
Há um claro intento de destruição dos direitos e garantias individuais, sob o pretexto, absolutamente demagógico, de satisfação popular, de resposta aos instintos punitivos da sociedade.

É preciso resistir a esta correnteza imunda e enganosa, bradando aos quatro cantos, como agora faz o ICP: RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS É FUNDAMENTAL!!

OBRAS RECOMENDADAS

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A obra organizada pelo Doutor Felipe Martins Pinto é fruto de um acordo de cooperação técnica entre a Universidade Federal de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais para o acompanhamento científico do funcionamento do Projeto Audiência de Custódia em Minas Gerais. O trabalho traz a público os trabalhos científicos de pós-graduandos e professores sobre os fundamentos do instituto das Audiências de Custódia e os efeitos do projeto no sistema prisional e, reflexamente, nos direitos fundamentais dos jurisdicionados. Imprensa Oficial MG (Belo Horizonte: 2016).”



COMPLIANCE E DIREITO PENAL

“Obra de autoria do professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Dr. Renato de Mello Jorge Silveira e pelo também professor de direito da USP, doutor Eduardo Saad-Diniz, aborda os aspectos penais do Compliance com riqueza técnica e aprofundamento doutrinário únicos. Saraiva (São Paulo: 2015)”



DOCTRINA

DA “CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO TRIBUTO” COMO ELEMENTO ESSENCIAL DOS TIPOS PENAIS DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – SÚMULA VINCULANTE Nº 24

Antonio José Ferreira Levenhagen

I – INTRODUÇÃO

Há muito tempo o STF vem reiterando o entendimento de que o término do processo administrativo fiscal é imprescindível para a consumação dos Crimes Contra a Ordem tributária, sendo um elemento essencial do tipo penal por se tratar de crime material, uma vez que sem a constituição definitiva do crédito tributário não há materialidade. O posicionamento foi consolidado na Súmula Vinculante nº 24, que prevê o seguinte:

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Apesar da relativa pacificação do tema, uma análise detalhada aos argumentos divergentes indica possíveis inconsistências da Súmula com o ordenamento jurídico Brasileiro, especificamente na questão da eleição da “constituição definitiva” como elemento essencial do tipo penal, rejeitando a mera constituição do crédito tributário que ocorre pelo Lançamento.

Para analisar melhor a questão, há de se desmembrar todos os argumentos utilizados à época da edição da Súmula, em que a questão girava primordialmente em torno de uma alegada limitação ao exercício da função institucional do Ministério Público, qual seja a promoção de Ação Penal Pública pela prática de crimes contra a ordem tributária.

I. Do precedente histórico no STF

Em uma paradigmática discussão no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Habeas Corpus 81.611-DF, que muito influenciou para a edição da Súmula Vinculante nº 24, um dos primeiros argumentos do Ministério Público era de que condicionar sua legitimidade a uma decisão administrativa equivaleria a uma “representação fiscal para fins penais”, o que seria incompatível com os delitos em questão, por serem objetos de Ação Penal Pública Incondicionada.

A premissa, entretanto, foi rapidamente descartada pelo Ministro Relator Sepúlveda Pertence, que alertou ser um absurdo a interpretação dada. De fato, não há que se equiparar a constituição do crédito a uma “representação fiscal”, ou seja, a uma “condição” para oferecimento da Ação Penal, isso porque a Ação Pública Condicionada fica sujeita a uma manifestação de vontade por uma parte diversa, seja do ofendido ou do Ministro da Justiça.

No caso em questão, não há qualquer manifestação de vontade do Fisco, há simplesmente a constituição do crédito tributário, uma atividade, vale lembrar, privativa, vinculada e obrigatória da autoridade administrativa:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria

tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é **vinculada e obrigatória**, sob pena de responsabilidade funcional. [1]

Sendo assim, a Administração não está exercendo qualquer ato livre de vontade ao constituir o crédito, mas simplesmente cumprindo ato vinculado, não havendo dúvida de que a Ação Penal para crimes contra a ordem tributária é pública e incondicionada.

Superada a questão acima, restava discutir se era necessário **aguardar a resolução definitiva da discussão tributária em vias administrativas** para se oferecer a denúncia por crimes tributários, ou seja, se haveria Justa Causa ou não.

Analisando os crimes contra a ordem tributária, previstos no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, é evidente que se trata de tipos materiais, os quais exigem a produção de um resultado para sua consumação, como a supressão ou redução de tributo. *In verbis*:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária **suprimir ou reduzir tributo**, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor

complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Tendo isso em vista, o Ministro Relator argumentou que a constituição definitiva do crédito tributário é elemento essencial do tipo, ou condição objetiva de punibilidade, tendo sido assentado que permitir uma denúncia em momento anterior configuraria uma coação ilegal do direito de defesa do Contribuinte.

De fato, além de servir como coação, seria um absurdo jurídico permitir que uma pessoa pudesse ser condenada criminalmente pela supressão de tributo, antes que tal quantia sequer tivesse sido exigida pela Administração, responsável privativamente pela constituição do crédito tributário, conforme demonstrado acima.

Entretanto, apesar de a lógica ser compreensível, o Ministro Relator optou por defender a constituição definitiva do crédito como elemento essencial do tipo, em detrimento da possibilidade de o simples ato do lançamento ser suficiente para tal.

II. Da divergência apresentada pelo Ministro Joaquim Barbosa

O posicionamento acima não foi obtido de forma unânime, sendo que a Ministra Ellen Gracie chegou até mesmo a negar a natureza material aos crimes contra a ordem tributária. Na ocasião, um argumento contrário mais sólido foi apresentado pelo Ministro Joaquim Barbosa, que propôs tratar da decisão definitiva da Administração como uma “questão prejudicial heterogênea”, prevista no artigo 93 do Código de Processo Penal. *In verbis*:

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1o O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha

proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2o Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3o Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

Restaria preservada, portanto, a independência das duas instâncias, autorizando o oferecimento da denúncia com o simples ato declaratório de lançamento, de modo que o lançamento definitivo seria condição apenas da Execução Fiscal.

No entanto, o Ministro Sepúlveda Pertence recusou a tese apresentada pelo Ministro Joaquim Barbosa, afirmando que a prejudicialidade se refere a elementos exteriores do campo penal que não impedem a propositura da ação penal, ou seja, não poderia ser aplicado o artigo 93 do CPP a um elemento normativo do tipo penal, que seria a constituição definitiva do crédito tributário.

Percebe-se que novamente foi utilizado o argumento de que a constituição definitiva seria o elemento essencial do tipo penal, e não a mera constituição pelo Lançamento, de modo que não restaria tipificada a conduta do agente até o trânsito em julgado do processo administrativo.

III. A necessidade ou não da constituição definitiva do crédito tributário

Ora, uma vez que o tipo penal exige a figura do tributo suprimido ou reduzido, e que tal figura somente pode ser constituída pela Administração por meio do Lançamento, não há como oferecer a denúncia antes da constituição do crédito, conforme salientado pelo Ministro Carlos Velloso:

Esta é uma questão elementar em direito tributário: só há crédito tributário, não obstante a obrigação tributária nascer com a ocorrência do fato imponível, que é a realização, no mundo das coisas, da hipótese de

incidência, **só há crédito tributário, repito, com a realização do lançamento.** Isso é de disposição expressa do Código Tributário Nacional, que é a lei complementar a regular, por força da constituição, a matéria (art. 146 da Constituição). [2]

Apesar do medo recorrente do Ministério Público em relação à prescrição, o Ministro Marco Aurélio, que acompanhou o Relator, fez questão de tranquilizar:

Não cabe, aqui, o argumento ad terrorem da impunidade, porque não é dado falar em prescrição, **se a ação penal ainda não nasceu**, por ausente a justa causa para a propositura. [3]

De fato, conforme as disposições do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva começa a correr no dia da consumação do crime:

Art. 111 – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I – **do dia em que o crime se consumou;** [4]

Sendo assim, é evidente a importância de se definir o momento em que o crime se consumou, uma vez que isso definirá não somente o marco inicial da prescrição, como também o momento em que o Ministério Público será autorizado a oferecer a denúncia.

Resgatando o *caput* do artigo 1º da Lei nº 8.137 podemos analisar o elemento constitutivo chave do tipo penal em questão:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária **suprimir ou reduzir tributo**, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

Pois bem, o Código Penal é expresso quando determina o momento de consumação do crime, definido da seguinte maneira:

Art. 14 – Diz-se o crime:

Crime consumado

I – consumado, **quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;**

Ora, a definição legal dos crimes contra a ordem tributária prevê a “supressão ou redução de tributo”, entretanto não há qualquer previsão da “constituição definitiva do crédito tributário”.

É certo que, para se constatar a supressão ou redução, há de se ter a constituição do crédito tributário pelo **lançamento**, que é o único meio para “*calcular o montante do tributo devido*”, conforme determinado expressamente pelo Código Tributário Nacional, no já citado artigo 142.

O lançamento é entendido como a atividade de apuração do tributo realizada pela Administração, que se encerra no momento em que o Contribuinte é notificado a respeito do montante devido, constituindo o crédito tributário.

A partir do momento do lançamento, existe um tributo devido, pouco importando se ele será discutido administrativamente. O que é relevante, aqui, é que existe um montante que foi suprimido ou reduzido pelo contribuinte.

Neste sentido, a própria redação da Súmula Vinculante incorre em uma confusão terminológica, na medida em que sujeita a tipificação do crime ao “lançamento definitivo”. Ora, a eventual discussão administrativa, quando findada, irá constituir definitivamente o crédito tributário, entretanto **o lançamento é definitivo desde a notificação do contribuinte**, entendimento também defendido pelo Professor Leandro Paulsen quando critica a suspensão de todos os prazos durante o processo administrativo:

Entre o lançamento notificado e o lançamento ‘definitivo’, i.e. enquanto correr o processo administrativo para a revisão do lançamento, não corre qualquer prazo. Tal posicionamento, firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, [...] É igualmente falho, porque cogita um lançamento provisório, o que é um contrassenso; **o fato de o lançamento poder ser revisto por autoridade superior não tira a definitividade do ato administrativo sujeito a revisão.** [5]

O único efeito causado pelo processo administrativo é a suspensão da exigibilidade do crédito, previsto no artigo 151 do

Código Tributário Nacional. Por esse motivo o próprio Código fala que o marco inicial da prescrição tributária deve aguardar a constituição definitiva, momento em que o crédito não estará mais suspenso.

Fica evidente que em momento algum o processo administrativo tem o efeito de impedir o nascimento do crédito tributário, de fato somente se pode “*suspender a exigibilidade*” de um crédito existente.

Uma vez existindo um montante de tributo devido, constituído por meio do Lançamento, considera-se o crime consumado, por encontrarem-se reunidos todos os elementos do tipo penal.

Como bem explicitado pelo professor Cezar Roberto Bittencourt:

Consuma-se o crime quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, **quando o fato concreto de subsume no tipo abstrato da lei penal**. Quando são preenchidos todos os elementos do tipo objetivo pelo fato natural, ocorre a consumação. Consuma-se o crime quando o agente realiza todos os elementos que compõem a descrição do tipo legal. [6]

Não há, no caput do artigo 1º da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, qualquer previsão da “constituição definitiva do crédito”, sendo exigida tão somente a existência de algum crédito suprimido ou reduzido, o que se dá através do Lançamento. Seguindo essa lógica, a discussão administrativa em paralelo seria, como exposto pelo Ministro Joaquim Barbosa, apenas uma “questão prejudicial heterogênea”, exterior ao âmbito penal.

Poder-se-ia argumentar que o Lançamento possui natureza apenas declaratória, e que a obrigação tributária surge no momento do fato gerador, de modo que o crime seria considerado “consumado” no momento em que o contribuinte deixou de adimplir a obrigação.

Entretanto, é inegável que o Lançamento confere materialidade à obrigação, uma vez que ele “constitui” o crédito, no confuso método utilizado pelo CTN, de modo que somente um crédito lançado pode ser exigido pela Administração. Isso porque, antes do referido ato administrativo, não há certeza em relação ao montante devido, uma vez que sua função é justamente apurar a obrigação correspondente.

Desse modo, somente se pode falar em “supressão” ou “redução” do tributo, elementos essenciais do Tipo Penal, a partir do momento em que for apurado algum valor devido, o que ocorre a partir da notificação de lançamento. A constituição definitiva é condição tão somente para a Ação de Execução Fiscal, restando evidente estar preenchidos todos os requisitos para o oferecimento da denúncia com o lançamento do tributo, devendo ser tratado o processo administrativo nos moldes do artigo 93 do CPP, conforme se extrai do Voto do Ministro Joaquim Barbosa no caso paradigma:

De forma objetiva, o lançamento definitivo condiciona apenas a ação de execução fiscal, até porque não existe, para esse fim, ação de conhecimento fiscal. À luz desse entendimento, **havendo os requisitos para oferecimento da denúncia, o Ministério Público deverá oferecê-la.** A seguir, o juiz poderá seguir dois caminhos diferentes para resolver a questão prejudicial.

O primeiro, que me parece metodologicamente desinteressante, seria o da decisão, em caráter incidental (ou seja, na motivação), sobre a ocorrência do fato típico tributário, hipótese em que não haveria coisa julgada material.

Já o segundo, mais coerente com tudo aquilo exposto, é o da suspensão do processo penal, cumulada com a suspensão do prazo prescricional, na forma do art. 93 do Código de Processo Penal, para que se aguarde o desfecho acerca do lançamento.

Dessa forma, após a decisão administrativa sobre o lançamento definitivo (portanto, sobre a ocorrência ou não-ocorrência do fato imponible, no termos da lei tributária), ou a ação penal se encerrará sem julgamento de mérito, ou retomará seu curso com a prova da existência do resultado naturalístico exigido pelo art. 1º da Lei nº 8.137/90. [7]

Por isso, é claro que somente com o Lançamento o Ministério Público poderá oferecer a denúncia, já que, caso seja feito antes, estaria ele próprio estipulando de ofício a existência de um montante suprimido de tributo. No entanto, como já elucidado, a Atividade de apuração é privativa da autoridade administrativa fiscal, não tendo o *Parquet*, portanto, competência para constituir um crédito tributário.

IV. Conclusão

O *caput* do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 contém o tipo legal dos Crimes contra a Ordem Tributária, tendo como elemento essencial a exigência da supressão ou redução de tributo.

Somente se pode falar em “supressão” ou “redução” de tributo a partir de sua apuração, cuja competência pertence privativamente à Autoridade Administrativa Fiscal, que irá quantificar o montante devido e notificar o Contribuinte por meio do Lançamento.

O Lançamento constitui o crédito tributário, torna-o existente para os fins da Administração e, ainda que seja impugnado administrativamente, o único efeito produzido seria a suspensão de exigibilidade. Não deixaria de existir, entretanto, um tributo devido.

Assim, os Crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, de natureza inegavelmente material, somente serão consumados quando apurada a existência de algum crédito tributário, que é o único momento em que se pode falar de tributo suprimido ou reduzido, preenchendo todos os requisitos do tipo legal.

O exaurimento da via administrativa é o momento da constituição definitiva do crédito, condição imprescindível para que o Estado possa ajuizar a Execução Fiscal, e marco inicial da prescrição tributária. Entretanto, não há qualquer elemento no tipo penal analisado que exija a constituição definitiva do crédito para subsunção do fato, requerendo tão somente a existência de algum tributo suprimido ou reduzido.

Por esses motivos, conclui-se que o comando previsto pela Súmula Vinculante nº 24 é ilegal, criando verdadeiramente um novo tipo penal, não previsto em lei, e restringindo injustificadamente a ação do *Parquet*. Naturalmente, a questão envolve ainda muitos outros pontos polêmicos, como, por exemplo, sua aplicação nos casos de Lançamento por Homologação. Entretanto, o presente trabalho prestou-se a analisar tão somente a validade do “trânsito em julgado administrativo” como momento de consumação do crime contra a ordem tributária, o que,

conforme demonstrado, não pode ser aceito, por não existir qualquer justificativa jurídica válida para tal.

Notas do texto:

- [1] Lei nº 5.172 (Código Tributário Nacional), de 25 de outubro de 1966.
- [2] STF – HC 81.611 / DF; Plenário; Relator: Ministro Sepúlveda Pertence; Data de Julgamento: 10/12/2003; Fl. 210
- [3] STF – HC 81.611 / DF; Fl. 206”
- [4] Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940
- [5] PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. 5ª Ed – São Paulo – Saraiva, 2015. Fl. 668
- [6] BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 8. Ed. – São Paulo – Saraiva, 2014.
- [7] STF – HC 81.611/DF. Fl. 182–183

O ETHOS E A OUTRIDADE: O INFINITO É O OUTRO EM EMMANUEL LÉVINAS, UM CONCISO OLHAR

Duarte Bernardo Gomes

Procurador de Justiça (MPMG), graduado em Filosofia (FAJE), especialista em Filosofia (UFMG), mestre em Filosofia Social (PUCCAMPINAS) e doutorando em Ciências da Religião (PUCMINAS).

1 – A ideia do Ethos Universal.

Percebeu Lévinas a necessidade de o homem contemporâneo descobrir o que ele é de fato e passar a viver segundo a sua vocação. Nessa contingência, poderíamos dizer que sua vivência esboça a defesa de uma subjetividade fundada na ideia de infinito, estampada, sobretudo na obra Totalidade e Infinito onde a relação com o outro não está subordinada ao ser, ao contrário do que, teoricamente, defendem algumas ontologias da Modernidade tardia.

O reconhecimento e o consenso, assim colocados, manifestam-se na sua universalidade como compreensão e aceitação da equidade e da igualdade que devem reger as relações entre aqueles que participam do mesmo ethos e se guiam, portanto, pelas mesmas normas e leis, valores e fins.

Vale dizer, que a vida ética somente será possível como vida justa. É mesmo permitido dizer que a ideia de um ethos universal, hoje uma das aspirações mais profundas de nossa civilização, só é possível na perspectiva da concepção e da prática de uma justiça universal, codificada numa nova compilação do jus gentium e que se estenda a todos os campos onde indivíduos e nações se interrelacionam.

2 – Construção do sujeito moderno.

Tempos outros (Modernidade) a filosofia elegeu o sujeito como centro de referência da teoria e da práxis, dificultando por esse detalhe, a passagem da singularidade do eu à pluralidade do nós, isto é, não pode senão postular a presença de outros sujeitos, porque o conhecimento subjetivo restringe-se ao eu do sujeito que conhece. Com efeito, não se pode habitar a consciência do outro da mesma maneira que habitamos a nossa.

Nesse sentido, se a certeza relativa à própria consciência for o único ponto de partida, o sujeito corre o risco de permanecer encerrado nessa representação originária, absolutamente certo de si mesmo, mas também prisioneiro dessa certeza. A isso se chamou de solipsismo. A proximidade do sujeito a si mesmo acarreta a distância talvez intransponível entre ele e o outro.

A filosofia contemporânea agasalhou a corrente existencialista, uma de suas vertentes mais importantes, onde há precedência da existência em relação à essência, isto é, uma inversão da perspectiva tradicional quando se tinha o sujeito como referência. In casu, não se concebe nenhuma essência prévia, mas parte-se da existência, a princípio indeterminada; e no decorrer dessa existência o próprio sujeito, por meio de sua liberdade, definir-se-á a partir de projetos que formula para si mesmo.

Para se escolher o caminho entre as múltiplas possibilidades que se apresentam, é preciso que a liberdade seja total: é preciso que a subjetividade seja igual à liberdade.

Nessa esteira, considerando-se que a subjetividade é a própria liberdade e se apresenta absoluta, então só poderia haver um único sujeito livre, todos os outros seriam objetos sobre os quais esse sujeito exerceria a sua liberdade. Surge daí, nesse contexto, a questão da intersubjetividade: a única possibilidade de se estabelecer relação com o outro é toma-lo como objeto.

A relação verdadeiramente intersubjetiva (entre sujeitos) seria impossível. Observe-se que, embora o pensamento dos modernos se oponha ao pensamento dos existencialistas contemporâneos, na exata medida em que a existência se opõe à essência, ambos têm em comum o sujeito como origem da reflexão, ambos confiam na segurança oferecida pelo princípio da subjetividade, embora entendam de modo diverso, o que

poderia nos levar a pensar que adotar o sujeito (eu) como princípio, equivale a optar pelo solipsismo.

Dessa forma, o ponto de partida pode ser pensado de forma diferente, é aqui, nesta possibilidade de construção da subjetividade que este trabalho se apoiará para afastar o que pensam os modernos e os contemporâneos existencialistas em seus referenciais de sujeito como eu.

3 – A substituição do princípio metafísico da identidade pelo princípio ético da alteridade.

Essa perspectiva é a de Emmanuel Lévinas que não apenas provoca uma significativa inversão, questionando a prerrogativa do eu, como também modifica profundamente o teor da relação que era vista como a mais importante, a do sujeito consigo mesmo, passando a considerar que a relação intersubjetiva é a mais relevante e, mais do que isso, que nessa relação é o outro, e não o eu, que desempenha o papel principal. Em outras palavras, o princípio metafísico da identidade é substituído pelo princípio ético da alteridade.

Note-se que substituir o ponto de partida no eu pelo caráter originário da relação com o outro não torna a questão mais fácil de ser resolvida. A presença do outro se mantém indecifrável do ponto de vista teórico, o que muda é a significação do princípio que agora é visto no caráter imediato da relação e na força com que ela se impõe. Esse é o significado do princípio ético da alteridade: não se trata de conhecer o outro, trata-se de viver por ele, e também, morrer por ele.

Compreender que o outro é referência da vida moral e princípio orientador da existência incide profundamente sobre o entendimento da condição humana. Já não é a reflexão, no sentido do retorno do sujeito a si mesmo, que fornecerá os parâmetros fundamentais do conhecimento do homem. Trata-se agora de uma abertura àquele que não sou eu e, no limite, de uma renúncia ao eu como polo irradiador de valores.

Não é a consciência de si (como foi marcada decisivamente na Ilustração alemã) que dá sentido ao mundo, mas a consciência do outro que constitui o critério diretor da existência de cada sujeito, que se forma com sua integridade, não apenas em relação ao outro, mas em virtude da existência do outro.

Como informa Lévinas, a universalidade real aparece na face do outro, isto é, na presença concreta daquele que é a razão de nossa existência no plano ético. Essa contribuição fundante é de grande importância, pois na concepção de que hoje temos, o sujeito figura não mais como uma entidade (ser) pronta e acabada, mas algo a ser realizado, bem como a intersubjetividade torna-se real quando a construímos no processo existencial, social e histórico, em meio a toda sorte de obstáculos e decepções.

4 – Conclusão.

Emmanuel Lévinas propôs na formulação de uma ética da alteridade e a nosso sentir, a possibilidade da concepção de uma inovadora justiça sociopolítica. Assim sendo, rompendo com os paradigmas modernos, inclusive contemporâneos, Lévinas estabeleceu o outro como infinito, aplicando a lógica judaica do não retorno e da escuta, cujas ondas geram a responsabilidade e o centro de tudo passa a ser o outro. Posto assim, temos que este trabalho pontuou superficialmente, num simples olhar, o itinerário eleito pelo autor, cuja moção apresenta o papel desempenhado pelo homem em sua convivência social, que não mais contará com a presença do sujeito-eu e a certeza de si mesmo, para ter como referência a existência do outro-eu e sua frequência como termo original e inevitável. A presença do outro faz parte da constituição do eu.

A partir do acima formulado, vislumbramos a possibilidade de uma completa “virada” no pensamento ocidental que faça com que o outro passe a ocupar o lugar central no contexto da existência humana e como essa possibilidade pode ser considerada no ethos contemporâneo da atualidade, diante da situação do mundo assim posto.

5 – Referências:

COSTA, Marcio Luiz. Lévinas: uma introdução. Petrópolis: Vozes, 2000.

DORNALLES, João Ricardo Wanderley. Globalização, direitos humanos e a violência na crise da modernidade. Direitos Humanos, Democracia e Senso de Justiça. Rio de Janeiro: Fundação Bento Rubião – Litteris, KroArt, 1999.

HUTCHENS, B. C. Compreender Lévinas, Trad. Vera Lúcia M. Joscelyne, Petrópolis: Vozes, 2006.

LÉVINAS, Emmanuel. Totalidade e Infinito. Trad. José Pinto Ribeiro. Rev. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1980.

MARTINS, Rogério J. LEPARGNEUR, H. Introdução a Lévinas. São Paulo: Paulus, 2014.

PAIVA, Márcio A., TOMÉ, Márcia, E. F. Proximidade segundo Lévinas: uma lógica para além do relativismo, in Filosofia Unisinos, 15(2): 116-129, may/aug. 2014.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

PRISÃO EM FLAGRANTE, SIGILO TELEFÔNICO E ACESSO INDEVIDO A MENSAGENS ARMAZENADAS EM APARELHO CELULAR APREENDIDO

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 67.379 – RN (20160018607-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE : BRUNO ALVARES GOMES NETTO

ADVOGADOS : JOSÉ WILSON ARNALDO DA CÂMARA GOMES NETTO
ANDRÉ LUIZ DE MEDEIROS JUSTO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

EMENTA

PROCESSO PENAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PROVAS EXTRAÍDAS DO APARELHO DE TELEFONIA MÓVEL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO SIGILO TELEFÔNICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL NÃO EVIDENCIADAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO APLICÁVEL. LEI PENAL EM BRANCO

HETERÓLOGA. SUBSTÂNCIA PSICOTRÓPICA ELENCADE NA PORTARIA 34498 DA ANVISA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O entendimento perfilhado pela Corte a quo está em harmonia com a jurisprudência pacífica deste Tribunal, segundo a qual, sendo o crime de tráfico de drogas, nas modalidades guardar e ter em depósito, de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal. Ainda, a prisão em flagrante é possível enquanto não cessar a permanência, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes.

2. Embora seja despicienda ordem judicial para a apreensão dos celulares, pois os réus encontravam-se em situação de flagrância, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática. Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública. Precedente.

3. O art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do sigilo telefônico, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais, devendo a mitigação de tal preceito, para fins de investigação ou instrução criminal, ser precedida de autorização judicial, em decisão motivada e emanada por juízo competente (Teoria do Juízo Aparente), sob pena de nulidade. Além disso, somente é admitida a quebra do sigilo quando houve indício razoável da autoria ou participação em infração penal; se a prova não puder ser obtida por outro meio disponível, em atendimento ao princípio da proibição de excesso; e se o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

4. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Precedentes).

5. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Mister se faz consignar que provas conclusivas acerca da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

6. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do writ. Precedentes.

7. Esta Corte Superior de Justiça há muito consolidou seu entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública, sendo o delito de perigo abstrato, afigurando-se irrelevante a quantidade de droga apreendida" (AgRg no REsp 1578209/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016).

8. O cloreto de etila está elencado como substância psicotrópica na Portaria n. 344/98 da ANVISA, cuja comercialização é defesa em todo o território nacional, tratando-se de droga para fins do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, norma penal em branco heteróloga.

9. Recurso parcialmente provido, tão somente para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Inicialmente, em relação à alegada ilicitude da prisão em flagrante e das provas obtidas durante tal diligência, o Tribunal de Justiça consignou:

"A propósito, a respeito da alegada nulidade do inquérito pela suposta invasão de domicílio, vê-se a fragilidade da argumentação, assim como a não demonstração inequívoca da ilegalidade, pois os agentes policiais civis se dirigiram àquela residência e ao que tudo indica efetuaram a prisão, diante do flagrante do crime permanente supostamente praticado, não sendo essa via de exceção a apta a analisar as referidas questões, diante da contundente necessidade de dilação probatória" (e-STJ, fl. 145).

Com efeito, o entendimento perfilhado pela Corte a quo está em harmonia com a jurisprudência pacífica deste Tribunal, segundo a qual, sendo o crime de tráfico de drogas, nas modalidades guardar e ter em depósito, de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal. Ainda, a prisão em flagrante é possível enquanto não cessar a permanência, independentemente de prévia autorização judicial.

A fim de corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

"Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida"(AgRg no REsp 1574795/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016, grifou-se).

"2. Este Tribunal tem reputado dispensável a expedição de mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes."(RHC 54.972/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015)

Ademais, o recorrente sustenta a ilicitude do acesso pela autoridade policial, quando da prisão em flagrante, dos dados armazenados no aparelho celular da pessoa detida, sem a obtenção de autorização judicial prévia.

Quanto ao tema, o Magistrado processante, ao receber a denúncia, consignou:

"[...] Por outro lado, embora continue guardando ressalvas quanto à colheita de mensagens trocadas por meio do aplicativo whatsapp, sem autorização judicial, registro que aqui não se cuida de interceptação telefônica e que o STJ já decidiu ser 'dever da Autoridade policial apreender os objetos que tive-rem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada' (STJ, HC 66.368/PA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 673), o que aconselha, ao menos nesta fase, o prosseguimento da ação penal, o que se faz unicamente porque outras provas que constam dos autos permitem o prosseguimento da ação penal" (e-STJ, fl. 115)

O Colegiado de origem, no bojo do acórdão ora recorrido, asseverou:

"Ademais, como coerentemente exposto pelo magistrado de primeiro grau, no que pertine à colheita de mensagens trocadas por meio do aplicativo whatsapp, sem autorização judicial, a situação deflagrada configura a hipótese do dever da autoridade policial de apreender todos os objetos que tiverem relação com o fato, que no caso seria o conhecimento dos dados constantes da agenda dos aparelhos celulares para relacioná-los com a ocorrência investigada.

Decerto, o art. 6º do CPP do CP estabelece que a autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, deve apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais e colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Além disso, a Constituição Federal prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, de dados e de comunicações telefônicas – salvo ordem judicial:

"Art. 5º

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

A Lei n. 9.294/1996, ao regulamentar as comunicações telefônicas, preleciona:

"Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

Por seu turno, a Lei n. 9.472/1997, que versa sobre a organização dos serviços de telecomunicações, dispõe:

"Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

[...]

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas".

A Lei n. 12.965/2014, ao estabelecer os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê:

"Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial".

In casu, verifica-se que os agentes policiais, ao ingressarem no domicílio do réu, apreenderam os aparelhos de celular de ambos do acusados e, em ato contínuo, extraíram o conteúdo de mensagens trocadas através do aplicativo whatsapp, sem prévia autorização judicial, que comprovariam a prática do crime de tráfico de entorpecentes pelo ora recorrente.

Embora seja despicienda ordem judicial para a apreensão dos celulares, pois os réus encontravam-se em situação de flagrância, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática. Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública.

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

(RHC 51.531/R0, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016)

Cumpra destacar, ainda, que esta Quinta Turma, em recente julgado, rejeitou o pleito de desentranhamento das mensagens trocadas por meio de redes sociais, pois "as instâncias ordinárias assentaram que houve aditamento ao requerimento originário da autoridade policial, devidamente deferido pelo juízo, o que, não havendo evidência em sentido contrário, legitima a prova obtida" (RHC 68.419/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Por certo, o art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do sigilo telefônico, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais, devendo a mitigação de tal preceito, para fins de investigação ou instrução criminal, ser precedida de autorização judicial, em decisão motivada e emanada por juízo competente (Teoria do Juízo Aparente), sob pena de nulidade. Além disso, somente é admitida a quebra do sigilo quando houve indício razoável da autoria ou participação em infração penal; se a prova não puder ser obtida por outro meio disponível, em atendimento ao princípio da proibição de excesso; e se o fato investigado constituir infração penal punido com pena de reclusão.

Em verdade, o próprio magistrado processante afirmou ter dúvidas acerca da legalidade de tais provas, tendo asseverado que a denúncia deveria ser recebida por existirem outros elementos probatórios a justificar o prosseguimento da persecução penal.

Ademais, não há falar em inépcia da denúncia, sob o argumento de que a peça acusatória nem sequer descreve minimamente a conduta do acusado e sua ligação com o fato criminoso.

Como cediço, a alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Nesse sentido: RHC 56.111/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/10/2015; RHC 58.872/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 1/10/2015; RHC 28.236/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1/10/2015).

Na hipótese em apreço, a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve que a conduta atribuída ao ora recorrente, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios. Em verdade, tratando-se de crime doutrinariamente classificado como de ação múltipla ou plurinuclear, foram atribuídos ao acusado os verbos adquirir e vender, enquanto o co-acusado foi denunciado ter as drogas em depósito.

Ademais, para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitativa e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Mister se faz consignar que provas conclusivas acerca da materialidade e autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer

sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

Com efeito, a rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal.

Importa repisar que o Juízo de 1º grau reconheceu existirem outros elementos probatórios a lastrear a acusação, além das mensagens apreendidas no celular do réu, o que não restou infirmado por este recurso.

De mais a mais, o reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do writ.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA. TRIBUNAL A QUO CONCLUIU ESTAR DEMONSTRADO O ENVOLVIMENTO DA RECORRENTE. SUFICIENTE SUPORTE PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que o trancamento da ação penal é medida de exceção na via do habeas corpus, sendo admitido somente quando inequívoca a inépcia da denúncia ou a ausência de justa causa.

2. O Tribunal a quo concluiu não haver provas cabais da ausência de capacidade decisória da recorrente e, portanto, de seu envolvimento no delito, tendo em vista os depoimentos prestados e os demais elementos dos autos.

3. Sendo pelas instâncias ordinárias fixada a existência de suporte probatório mínimo de autoria, não cabe reavaliação probatória no habeas corpus, para reexame da suficiência das provas para fim de justa causa.

4. Recurso em habeas corpus improvido."

(RHC 51.659/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DIREITO AO SILÊNCIO. RECORRENTE OUVIDO NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE ESTARIA ENVOLVIDO NO CRIME INVESTIGADO. EIVA INEXISTENTE.

1. Os artigos 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e 186 do Código de Processo Penal conferem ao acusado o direito ao silêncio ou à não

autoincriminação, permitindo que, por ocasião de seu interrogatório, cale acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do sistema de garantias constitucionais, negue a autoria delitiva, sem que isso dê ensejo à apenação criminal ou mesmo valoração negativa dessas declarações pelo togado singular, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados.

2. No caso dos autos, em nenhuma das oportunidades em que foi ouvido na fase extrajudicial, o recorrente ostentava a qualidade de investigado, tendo sido indiciado apenas ao final do procedimento inquisitorial, ocasião em que, advertido de seus direitos constitucionais, confirmou o teor de seus depoimentos anteriores, negando que tenha participado do desvio de carga, o que afasta a mácula suscitada na irresignação.

INEXISTÊNCIA DE PROVAS EM DESFAVOR DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NO DOCUMENTO QUE TERIA SIDO UTILIZADO NA FRAUDE. FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA.

1. Em sede de habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a atipicidade da conduta, ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

3. Recurso desprovido.

(RHC 63.480/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016).

Além disso, "esta Corte Superior de Justiça há muito consolidou seu entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública, sendo o delito de perigo abstrato, afigurando-se irrelevante a quantidade de droga apreendida" (AgRg no REsp 1578209/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016).

Por derradeiro, o cloreto de etila está elencado como substância psicotrópica na Portaria n. 34498 da ANVISA, cuja comercialização é defesa em todo o território nacional, tratando-se de droga para fins do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, norma penal em branco heteróloga.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso ordinário, tão somente para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos.

É o voto.

ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA

DECRETO Nº 8.940, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2016

Concede indulto natalino e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício da competência privativa que lhe confere o art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, tendo em vista a manifestação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e, considerando a tradição, por ocasião das festividades comemorativas do Natal, de conceder indulto às pessoas condenadas ou submetidas a medida de segurança,

DECRETA:

Art. 1º O indulto será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras condenadas a pena privativa de liberdade, não substituída por restritivas de direitos ou por multa, que tenham, até 25 de dezembro de 2016, cumprido as condições previstas neste Decreto.

§ 1º Os requisitos para concessão de indulto serão diferenciados na hipótese de pessoas:

I – gestantes;

II – maiores de 70 anos de idade;

III – que tenham filho ou filha menor de doze anos ou com doença crônica grave ou com deficiência que necessite de seus cuidados diretos;

IV – que estejam cumprindo pena no regime semiaberto ou aberto ou estejam em livramento condicional e tenham frequentado, ou estejam frequentando curso de ensino fundamental, médio, superior, profissionalizante ou de requalificação profissional, na forma do art. 126, caput, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou exercido trabalho, no mínimo por doze meses nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2016;

V – com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução; ou

VI – acometidas de doença grave e permanente que apresentem grave limitação de atividade e restrição de participação ou exijam cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada a hipótese por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição da pessoa condenada.

§ 2º A hipótese prevista no inciso III do § 1º, não alcança as pessoas condenadas por crime praticado com violência ou grave ameaça contra o filho ou a filha ou por crimes de abuso sexual contra crianças, adolescentes ou pessoas com deficiência.

Art. 2º As hipóteses de indulto concedidas por este Decreto não abrangem as penas impostas por crimes:

I – de tortura ou terrorismo;

II – tipificados no caput e no § 1º do art. 33, bem como nos arts. 34, 36 e 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, salvo a hipótese prevista no art. 4º deste Decreto;

III – considerados hediondos ou a estes equiparados praticados após a publicação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, observadas as suas alterações posteriores;

IV – previstos no Código Penal Militar e correspondentes aos mencionados neste artigo; ou

V – tipificados nos arts. 240 e parágrafos, 241 e 241-A e § 1º, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Art. 3º Nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência à pessoa, o indulto será concedido quando a pena privativa de liberdade não for superior a doze anos, desde que, tenha sido cumprido:

I – um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes; ou

II – um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quarto, se reincidentes, nas hipóteses do § 1º, do art. 1º.

Art. 4º No caso dos crimes previstos no caput e no § 1º, combinados com o § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006, quando a condenação tiver reconhecido a primariedade do agente, seus bons antecedentes e a ausência de dedicação a atividades criminosas ou inexistência de participação em organização criminosa, o indulto somente será concedido nas hipóteses do § 1º, do art. 1º deste Decreto e desde que tenha sido cumprido um quarto da pena.

Art. 5º Nos crimes praticados com grave ameaça ou violência à pessoa, o indulto será concedido, nas seguintes hipóteses:

I – quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos, desde que, tenha cumprido:

a) um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

b) um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes, nas hipóteses do § 1º, do art. 1º;

II – quando a pena privativa de liberdade for superior a quatro e igual ou inferior a oito anos, desde que, tenha sido cumprido:

a) metade da pena, se não reincidentes, ou dois terços, se reincidentes;

b) um terço da pena, se não reincidentes, e metade, se reincidentes, nas hipóteses do § 1º, do art. 1º.

Art. 6º O indulto será concedido às pessoas condenadas a pena privativa de liberdade que, no curso do cumprimento da sua pena, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, praticada por agente público ou investido em função pública, com decisão transitada em julgado.

Art. 7º O indulto será concedido às pessoas submetidas a medida de segurança que, independentemente da cessação de periculosidade, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial

por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos da substituição prevista no art. 183 da Lei nº 7.210, de 1984, por período igual ao remanescente da condenação cominada, garantindo o tratamento psicossocial adequado, de acordo com a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.

Parágrafo único. A decisão que extinguir a medida de segurança com base no resultado da avaliação individualizada realizada por equipe multidisciplinar e, objetivando a reinserção psicossocial, determinará:

I – o encaminhamento a centro de Atenção Psicossocial ou outro serviço na região de residência, previamente indicado pela Secretaria de Estado de Saúde, com a determinação para a busca ativa, se necessário, e com atendimento psicossocial à sua família caso de trate de medida apontada no projeto terapêutico singular, quando houver indicação de tratamento ambulatorial;

II – o acolhimento em serviço residencial terapêutico, nos moldes da Portaria nº 106/GM/MS, de 11 de fevereiro de 2000, do Ministério da Saúde, previamente indicado pela Secretaria de Saúde do Estado ou Município da última residência, quando não houve condições de acolhimento familiar ou moradia independente;

III – o encaminhamento ao serviço de saúde em que receberá o tratamento psiquiátrico, indicado previamente pela Secretaria de Estado da Saúde, com cópia do prontuário médico, e determinação de realização de projeto terapêutico singular para alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, nos termos do art. 5º da Lei nº 10.216, de 2001, quando houver a indicação de internação hospitalar, por critérios médicos ou por ausência de processo de desinstitucionalização; e

IV – ciência ao Ministério Público do local de residência do paciente para acompanhamento da inclusão do paciente em tratamento de saúde e para avaliação de sua situação civil.

Art. 8º O indulto de que trata este Decreto não se estende às penas acessórias previstas no Código Penal Militar e aos efeitos da condenação.

Art. 9º A declaração do indulto prevista neste Decreto fica condicionada à ausência da prática de infração disciplinar de natureza grave, nos doze meses anteriores à publicação deste Decreto.

Parágrafo único. Caso a infração disciplinar não tenha sido submetida à apreciação do juízo de execução, a declaração do indulto deverá ser postergada até a conclusão da apuração, que deverá ocorrer em regime de urgência.

Art. 10. A pena de multa aplicada, cumulativamente ou não, com a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos não é alcançada pelo indulto.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento da pena pecuniária, que será objeto de execução fiscal após inscrição em dívida ativa do ente federado competente.

Art. 11. As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se, para efeito da declaração do indulto até 25 de dezembro de 2016.

Parágrafo único. Na hipótese de haver concurso com infração descrita no art. 2º, não será declarado o indulto correspondente ao crime não

impeditivo enquanto a pessoa condenada não cumprir integralmente a pena correspondente ao crime impeditivo dos benefícios.

Art. 12. A declaração de indulto terá preferência sobre a decisão de qualquer outro incidente no curso da execução penal.

Art. 13. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 22 de dezembro de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER
Alexandre de Moraes