



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INFORMATIVO STF 849

*destaques comentado pelos
Professores Estratégia*

Sumário

1 – Direito Tributário	1
2 - Direito Administrativo	3
2 – Direito Processual Penal	5
3 – Legislação Penal Extravagante	9
2 – Direito Penal	11

1 – Direito Tributário

Compensação judicial de perda financeira e separação de Poderes

O Plenário julgou improcedente pedido formulado em ação cível originária em que se discutiam os critérios de compensação financeira aos Estados-Membros em razão da perda financeira decorrente da política de exoneração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as exportações.

ACO 1044/MT, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 30.11.2016. (ACO-1044)

Comentários do Prof. Fábio Dutra:

a) Apresentação resumida do caso:

Trata-se de ação ajuizada pelo Estado do Mato Grosso contra a União, questionando os critérios de **compensação financeira aos Estados-Membros em razão da perda financeira decorrente da política de desoneração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** sobre as exportações. Requereu-se a utilização de outro coeficiente, que não aquele previsto na Lei Kandir (LC 87/96), o que foi julgado improcedente pelo Plenário do STF, sob o argumento de que não há qualquer espaço para o Poder Judiciário alterar disposição constitucional já existente sobre o tema. A abordagem teórica pertinente será feita a seguir.

b) Conteúdo teórico pertinente:

Para entender este julgado do STF, precisamos focar nossos olhares ao texto constitucional anterior à alteração promovida pela Emenda Constitucional 42/2003:

Art. 155.

(...)

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar.

(...)



XII - cabe à lei complementar:

(...)

e) *excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a";*

Observa-se que, não obstante o fato de a imunidade tributária do ICMS em relação às exportações ser restrita aos produtos industrializados, **havia outro dispositivo que permitia que a lei complementar ampliasse o rol de produtos e serviços que estariam fora do alcance da incidência do ICMS.**

Com a edição da Lei Kandir (LC 87/96), o legislador, utilizando-se dessa permissão, estabeleceu que não deveria incidir ICMS sobre nenhum produto ou prestação de serviços destinados ao exterior.

É evidente que tal medida **acarretaria prejuízo financeiro aos Estados e ao DF**, em decorrência da queda na arrecadação do ICMS. Por conta disso, a própria LC 87/96 previu uma forma de compensação financeira a tais entes, que se resumia numa espécie de "seguro garantia" ou "seguro receita", no qual a compensação financeira a ser efetuada pela União tinha, em sua base de cálculo, relação direta com o montante que seria recebido pelos Estados-Membros a título de ICMS nas operações de exportação.

Ocorre que tal regra de compensação sofreu duas alterações legislativas (LC 102/00 e LC 115/02), sendo que esta última **alterou a forma de cálculo da compensação financeira, de modo que o montante passou a ser calculado com base em fatores políticos.**

Em 2003, foi editada a **EC 42/03, que ampliou a imunidade tributária do ICMS sobre exportações a todos os produtos e serviços, adequando-se ao texto já previsto na LC 87/96.** Essa mesma emenda constitucional inseriu o art. 91 ao ADCT, dispondo que, até que viesse a ser editada uma lei complementar sobre a forma de compensação financeira em razão da desoneração, seria utilizado o critério já previsto na LC 87/96. Vale ressaltar que até hoje tal lei complementar não foi editada.

Por tal motivo, o STF julgou improcedente o pedido do referido Estado (utilização de outro coeficiente), **em função de não haver possibilidade de o Judiciário alterar disposição constitucional já existente sobre o tema**, afinal o próprio dispositivo constitucional aponta para a LC 87/96.

c) Questão de prova:

INÉDITA/2016 – De acordo com a jurisprudência do STF, cabe ao Poder Judiciário alterar índice de repasse do montante devido pela União, previsto na Lei Kandir, em razão de compensação financeira decorrente da desoneração do ICMS devido sobre as operações de exportação, vez que o índice legalmente previsto não corresponde aos prejuízos arcados pelos Estados.

Comentário: Embora se trate de tema bastante específico, o STF decidiu que, havendo previsão na Constituição Federal (ADCT, art. 91), apontando para a Lei Kandir, não cabe ao Judiciário alterar disposição constitucional já existente sobre o tema. Questão errada.

Federalismo fiscal e omissão legislativa

O Plenário, em conclusão, julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada em face de alegada lacuna legislativa, no tocante à edição, pelo Congresso Nacional, da lei complementar



prevista no art. 91 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional 42/2003 ("Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, 'a'") — v. Informativo 848. O Colegiado declarou haver mora, por parte do Congresso Nacional, em editar a aludida lei complementar. Fixou, por maioria, o prazo de doze meses para que seja sanada a omissão. No ponto, ficou vencido o ministro Marco Aurélio, que não determinava prazo.

ADO 25/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30.11.2016. (ADO-25)

Comentários do Prof. Fábio Dutra:

a) Apresentação resumida do caso:

É imprescindível você leia nossos comentários ao julgado anterior (ACO 1044/MT), neste mesmo informativo, para que tenha condições de compreender o que foi tratado na ADO 25/DF.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), formulada em face da **omissão do Congresso Nacional em editar a lei complementar prevista no art. 91, do ADCT**. A ausência desta lei complementar implica, em razão da regra prevista no próprio art. 91, § 3º, do ADCT, utilização transitória dos critérios de compensação financeira aos Estados e DF previstos na Lei Kandir (LC 87/96).

b) Conteúdo teórico pertinente:

Sabemos que a EC 42/03 incluiu o art. 91 ao ADCT, prevendo a utilização transitória dos critérios de compensação financeira aos Estados e DF previstos na Lei Kandir (LC 87/96). Trata-se de regra prevista em decorrência na **queda da arrecadação do ICMS proveniente da desoneração desse imposto sobre todas as operações de exportação**.

Após mais de 13 anos da inclusão do referido preceptivo ao ADCT, subsiste a omissão do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar nele prevista. Dessa forma, o STF julgou procedente a ADO, **fixando o prazo de 12 meses para que o Poder Legislativo edite a aguardada lei complementar**.

Na hipótese de não ser cumprido tal prazo, o STF estabeleceu que caberá ao Tribunal de Contas da União (TCU):

a) fixar o valor total a ser transferido anualmente aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, "a", do texto constitucional;

b) calcular o valor das quotas a que cada um fará jus, levando em conta os entendimentos entre os Estados-Membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

2 - Direito Administrativo

PSV: proposta de cancelamento de súmula vinculante



O Tribunal, por maioria, rejeitou proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5 ("A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição").

PSV 58/DF, julgamento em 30.11.2016. (PSV-58)

Comentários do Prof. Herbert Almeida:

a) apresentação resumida do caso

Na Proposta de Súmula Vinculante nº 58 (PSV-58), discutiu-se a proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5 do STF (SV-5), segundo a qual "**a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição**".

Com base na SV-5, a presença da defesa técnica de advogado em processo disciplinar é **dispensável**. Assim, se o servidor processado não desejar constituir advogado, não haverá nulidade em eventual sanção aplicada.

O pedido de cancelamento foi feito pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) sob o argumento de que o verbete foi editado sem a observância de um dos pressupostos constitucionais necessários para o ato, no caso, a existência de reiteradas decisões no mesmo sentido. No mérito, a OAB alegou ainda que não é possível aceitar que um leigo, sem conhecimento do processo em sua complexidade (prescrição, juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa), possa ser incumbido de manejar ingredientes tão complicados de modo a promover um trabalho que seja minimamente eficiente e à altura dos postulados constitucionais.

b) conteúdo teórico pertinente

As súmulas vinculantes estão previstas no art. 103-A da Constituição Federal, com redação incluída pela Emenda Constitucional 45/2004, que dispõe que o STF poderá, de ofício ou por provocação, por meio de decisão de **dois terços** dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **aprovar súmula que terá efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, cabendo ainda ao próprio STF proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A Constituição Federal ainda dispõe que, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula **poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade** (CF, art. 103-A, § 2º). No caso, a OAB possui legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103, VII, da Constituição da República. Daí a legitimidade da OAB para propor o cancelamento da SV-5.

Anota-se ainda que uma súmula vinculante depende da aprovação de dois terços dos membros do STF (oito ministros) e, uma vez editada, somente poderá ser cancelada ou revisada pelo mesmo quantitativo de membros, ou seja, por dois terços.

Dessa forma, o STF **negou o cancelamento da SV-5**, uma vez que acolheram o pedido da OAB apenas cinco ministros.

De acordo com o voto do Ministro Relator (Ricardo Lewandowski), para revisar ou cancelar uma súmula vinculante é necessário evidenciar:

- (i) a **superação da jurisprudência** da Suprema Corte no trato da matéria;
- (ii) que houve **alteração legislativa** quanto ao tema; ou



(iii) modificação substantiva de **contexto político, econômico ou social**.

Ademais, afirmou o Ministro que o mero descontentamento ou divergência quanto ao conteúdo da súmula vinculante não propicia a reabertura das discussões sobre tema já debatido à exaustão por esta Suprema Corte.

Todavia, tais pressupostos exigidos não foram demonstrados pela OAB. Dessa forma, o STF continua entendendo, por meio da SV-5, que a falta de defesa técnica por advogado não ofende a Constituição. Em termos práticos, a presença de advogado é dispensável em processo administrativo disciplinar.

Porém, essa regra possui uma exceção. O STF tem entendimento de que a SV-5 **não se aplica aos procedimentos administrativos para apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais**, uma vez que o resultado desses procedimentos poderá ter repercussão na evolução do regime prisional. Portanto, nem todo procedimento disciplinar dispensa a presença de advogado, já que a SV-5 não se aplica aos procedimentos administrativos para apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais.

Em resumo, a Súmula Vinculante 5 continua plenamente válida!

Anota-se, por fim, que o servidor tem a **faculdade** de escolher se constituirá ou não advogado. Portanto, a possibilidade de escolha é do investigado, não podendo a Administração negar a presença do advogado se assim desejar o servidor.

c) Questão de prova

(Cespe – Juiz Federal Substituto do TRF-1/2016) *A ampla defesa e o contraditório são garantidos aos acusados em geral, por isso a falta de defesa técnica por advogado invalida o PAD.*

Comentário: de acordo com a Súmula Vinculante 5, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Assim, a falta de advogado não invalida o PAD.

Gabarito: errado.

3 – Direito Processual Penal

Recebimento de denúncia: existência de indícios mínimos de autoria e materialidade do delito

O Plenário, por maioria, recebeu parcialmente denúncia oferecida em face de senador por suposta prática de crime de peculato, previsto no art. 312 do Código Penal (CP).

Inq 2593/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 1º.12.2016. (Inq-2593)

Comentários do Prof. Renan Araújo:

a) Resumo do caso: Nesse julgamento o Plenário se manifestou sobre diversas situações, mas apenas duas delas possuem relevância para fins de concurso:

- 1) Saber se os livros-caixa mantidos por produtor rural não sujeitos ao regime mercantil são considerados documentos públicos por equiparação (art. 297, §2º do CP);
- 2) Saber se há “justa causa” em relação ao delito de peculato, em tese praticado por meio do desvio de verba indenizatória paga a Senador da República, quando este apresenta notas fiscais relativas a serviços de transporte (justificando a indenização),



mas não há comprovação do pagamento pelos serviços prestados ou, sequer, comprovação da efetiva prestação dos serviços.

b) Conteúdo teórico pertinente:

Quanto ao primeiro tópico, é necessário conhecer o que dispõe o art. 297, §2º do CP:

Falsificação de documento público

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

(...)

*§ 2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, **os livros mercantis** e o testamento particular.*

Como se vê, os livros mercantis são considerados “documentos públicos por equiparação”.

No caso em espécie, o Plenário decidiu no sentido de que os livros-caixa mantidos por produtor rural cuja atividade não está sujeita ao regime mercantil (porque não registrada como tal) não podem ser considerados como livros mercantis (ante a ausência de atividade mercantil, nos termos do art. 971 do CC), motivo pelo qual não são considerados documentos públicos por equiparação.

Quanto ao segundo tópico, o Plenário assentou que a inexistência de quaisquer lançamentos (de débito ou crédito) capazes de indicar o efetivo pagamento pelos serviços prestados é suficiente para que se considere presente a justa causa, indispensável para o recebimento da ação penal, nos termos do art. 395, III do CPP.

Embora a defesa do denunciado sustentasse que os pagamentos pelos serviços prestados teriam sido realizados em espécie, a Corte consignou que se tratava de vultosa quantia, o que tornaria ainda mais suspeita a movimentação.

Não se trata, portanto, de afirmar que tais elementos são capazes de conduzir à condenação pela prática do crime de peculato, previsto no art. 312 do CP, mas apenas entender que tais elementos de convicção formam um conjunto probatório apto a autorizar o recebimento da ação penal.

c) Síntese:

1) Os livros-caixa mantidos por produtor rural cuja atividade não está sujeita ao regime mercantil não são considerados documentos públicos por equiparação.

2) A inexistência de qualquer comprovação do pagamento pela prestação de serviços de transporte, cujos valores foram indenizados a parlamentar federal, é elemento de convicção apto a ensejar o recebimento da ação penal pelo crime de peculato.

Busca e apreensão, violação de correspondência e domicílio - 2

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, desproveu recurso ordinário em “habeas corpus” em que se discutia a validade de atos realizados durante investigação pela suposta prática de falsidade documental — v. Informativo 834.

RHC 132062/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 29.11.2016. (RHC-123062)

Comentários do Prof. Renan Araújo:



a) Resumo do caso: Neste caso a Primeira Turma se manifestou, basicamente, sobre dois pontos relevantes:

- ⇒ Limites da diligência de busca e apreensão e possibilidade de apreensão de objeto entregue espontaneamente, mas que não consta no mandado
- ⇒ Possibilidade, ou não, de formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, pelo indiciado, durante o inquérito

b) Conteúdo teórico pertinente:

Inicialmente, o Ministro Marco Aurélio **seguiu o entendimento já firme da Corte, no sentido de que o termo "domicílio", para fins penais, engloba os chamados "bens públicos de uso especial"**, a exemplo dos gabinetes, já que se configuram como "compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade" (art. 246 do CPP). Assim, somente o próprio servidor que utiliza privativamente o computador é quem pode autorizar o acesso à máquina. No caso, o mandado englobava apenas a apreensão do computador do indiciado, mas fora apreendido, ainda, o computador utilizado pela Procuradora-Chefe, sem sua autorização (o ato foi autorizado pelo substituto, o que não sana a ilegalidade).

Por fim, o relator ressaltou a ausência de direito à indicação de assistente técnico e formulação de quesitos durante a investigação, e que tal direito poderá ser exercido durante a ação penal.

O Ministro Edson Fachin divergiu parcialmente, **sustentando ter sido válida a apreensão do computador da Procuradora-Chefe, já que teria sido espontaneamente entregue pelo órgão**. Não se poderia falar, ainda, em violação ao princípio da intimidade, eis que se trata de material utilizado no serviço público.

O julgamento foi interrompido pelo pedido de vista da Ministra Rosa Weber (vide Info. 834).

Posteriormente, o julgamento foi retomado e a Primeira Turma seguiu o voto divergente, elaborado pelo Ministro Edson Fachin, no sentido de entender que:

- ⇒ Teria sido válida a apreensão do computador da Procuradora-Chefe, já que fora espontaneamente entregue pelo órgão.
- ⇒ Não ser possível falar em violação ao princípio da intimidade, eis que se trata de material utilizado no serviço público.
- ⇒ Não ter havido cerceamento de defesa, eis que a investigação não é o momento próprio para para invocar-se o exercício do contraditório e da ampla defesa, não havendo, neste momento, direito subjetivo do indiciado à indicação de assistente técnico e formulação de quesitos.

c) Síntese:

1) É válida a apreensão de computador não indicado no mandado de busca e apreensão, quando há entrega espontânea pelo órgão, mesmo que de uso privativo de determinado servidor público, não havendo violação ao princípio da intimidade, eis que se trata de material utilizado no serviço público.

2) A investigação não é o momento próprio para para invocar-se o exercício do contraditório e da ampla defesa, não havendo, neste momento, direito subjetivo do indiciado à indicação de assistente técnico e formulação de quesitos.



A Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pretendia o desentranhamento de peças processuais que fizessem referência a prova pericial obtida de forma ilícita.

RHC 137368/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29.11.2016. (RHC-137368)

Comentários do Prof. Renan Araújo:

a) Resumo do caso: Neste caso a Segunda Turma discutia se, uma vez reconhecida a ilicitude do exame pericial realizado (teste de alcoolemia), era necessário o desentranhamento das peças processuais que fizessem referência ao aludido exame.

b) Conteúdo teórico pertinente:

São consideradas provas ilícitas aquelas **produzidas mediante violação de normas de direito material** (normas constitucionais ou legais)¹. A Constituição Federal expressamente prevê a vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Nos termos do seu art. 5º, LVI:

Art. 5º (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O art. 157 do CPP, por sua vez, diz:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Reconhecida a ilicitude da prova, este reconhecimento gera algumas consequências práticas no processo criminal.

No caso das **provas ilícitas e ilícitas por derivação**, declarada sua ilicitude, elas deverão ser desentranhadas do processo e, após preclusa a decisão que determinou o desentranhamento (não couber mais recurso desta decisão), esta prova será inutilizada pelo Juiz. É o que preconiza o § 3º do art. 157 do CPP:

Art. 157 (...) § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Todavia, como se pode perceber, não há qualquer obrigatoriedade de se determinar o desentranhamento de toda e qualquer peça processual que faça alusão à prova declarada ilícita. O que o CPP exige é, apenas, o desentranhamento da própria prova ilícita (e não de eventuais documentos que a ela se remetam).

No caso concreto, a defesa sustentava que o Tribunal de origem deveria ter ordenado o desentranhamento de todas as peças processuais que se reportavam ao exame declarado ilícito, e não apenas determinar que fossem riscadas as menções à prova ilícita.

A Segunda Turma, porém, negou provimento ao recurso, ao argumento de que o CPP, ao regulamentar as provas ilícitas, “não prevê a exclusão de peças processuais que a elas façam referência”.

c) Síntese: Uma vez reconhecida a ilicitude da prova, não é necessário o desentranhamento das peças processuais que façam alusão à prova declarada ilícita.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 340



4 – Legislação Penal Extravagante

Incitação à discriminação religiosa e proselitismo

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” para trancar ação penal em que se imputa ao recorrente a suposta prática de crime de racismo, por meio de incitação à discriminação religiosa (Lei 7.716/1989, art. 20, § 2º). No caso, sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana publicou livro no qual, segundo a acusação, explicitou conteúdo discriminatório a atingir a doutrina espírita.

RHC 134682/BA, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 29.11.2016. (RHC-134682)

Comentários do Prof. Paulo Guimarães:

a) apresentação resumida do caso

O caso concreto julgado pelo STF se refere à publicação de livro por um sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana, no qual alegou-se que havia conteúdo discriminatório direcionado à doutrina espírita. A conduta, portanto, pretensamente se enquadraria no art. 20, §2º da Lei n. 7.716/1989, que tipifica o crime de racismo e outras infrações penais associadas.

Art. 20. *Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*

Pena: *reclusão de um a três anos e multa.*

[...]

§ 2º *Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:*

Pena: *reclusão de dois a cinco anos e multa.*

b) conteúdo teórico pertinente

Em primeiro lugar é importante deixar claro que o art. 20 da Lei n. 7.716/1989 alcança os atos de discriminação ou preconceito em razão de religião. Esse aspecto muitas vezes é esquecido por quem não conhece a lei com profundidade, pois trata-se de norma que vai além do preconceito racial ou de cor, abrangendo também atos referentes a etnia, religião ou procedência nacional.

A questão central enfrentada no julgamento se refere ao equacionamento entre a liberdade religiosa assegurada pela Constituição e a possibilidade de cometimento do crime em debate. O entendimento do Tribunal foi sentido de que é preciso parcimônia para compreender as situações relacionadas à religião, em que os dogmas são encarados sempre de maneira emocional.

Nesse sentido, ao professar sua própria religião, em geral a pessoa parte do entendimento de que sua fé é correta e verdadeira, e essa certeza inevitavelmente a leva à hierarquização das crenças. Por outro lado, a liberdade religiosa não pode ter caráter absoluto, subordinando-se ao princípio da convivência das liberdades públicas.

O entendimento do STF acerca do caso concreto foi no sentido de considerar as declarações publicadas como mero ato de proselitismo, típico das religiões cristãs que pretendem a universalidade, ou seja, a conversão do maior número possível de pessoas



às suas crenças. Criminalizar a conduta, portanto, significaria tolher a liberdade religiosa protegida pela Constituição Federal.

Indo um pouco mais a fundo, o interessante julgado do STF é no sentido de que, para que seja caracterizado o crime de racismo relacionado à religião, é necessário que sejam ultrapassadas três etapas:

- I. Juízo cognitivo em que se reconhecem as diferenças entre os indivíduos;
- II. Implementação de um juízo valorativo direcionado à hierarquização;
- III. Juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo ou grupo considerado inferior.

No caso concreto, apenas as duas primeiras fases teriam sido ultrapassadas, e por isso o entendimento de que não houve crime de racismo. As duas primeiras fases são, portanto, inerentes à liberdade religiosa, e não consubstanciam crime algum.

c) questão de prova

Esse interessante julgado poderia ser cobrado numa questão de prova da seguinte maneira

Segundo a jurisprudência do STF, pratica crime de racismo relacionado à religião quem publica escritos com intuito de proselitismo em que haja a ideia de hierarquização de religiões.

A assertiva está **errada**, pois, para haver crime de racismo não basta a hierarquização, devendo haver juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo ou grupo considerado inferior.

Causa de diminuição da pena e quantidade de droga apreendida

A Segunda Turma concedeu em parte a ordem em "habeas corpus" no qual se pretendia a incidência da causa especial de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com a consequente modificação do regime inicial de cumprimento e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

HC 138138/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 29.11.2016. (HC-138138)

Comentários do Prof. Paulo Guimarães:

a) apresentação resumida do caso

O caso gira em torno de controvérsia sobre a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei n. 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

[...]



§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O paciente no *habeas corpus* foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime semiaberto, pelo crime de tráfico de drogas (art. 33), mas não teve a minorante do §4º aplicada.

b) conteúdo teórico pertinente

Há grande discussão na jurisprudência acerca da influência da quantidade de droga apreendida com o condenado na aplicação da causa de diminuição do §4º. Isso ocorre porque há alguns requisitos que devem ser observados, mas a lei não faz menção à quantidade de droga como impeditivo de aplicação da minorante, apesar de o STJ ter considerado, no julgamento do RHC N. 116.036-MG, que uma grande quantidade de drogas seria o suficiente para presumir que o condenado se dedica a atividades criminosas.

Recapitulando, os elementos necessários para aplicação da causa de diminuição da pena são os seguintes:

I. Primariedade;

II. Bons antecedentes;

III. O réu não pode dedicar-se a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

O entendimento do STF foi no sentido de que, embora o juízo de 1º grau não tenha aplicado a causa de diminuição da pena, reconheceu o atendimento a todos os seus requisitos. O Tribunal então reafirmou o entendimento de que a quantidade de droga apreendida não constitui, por si só, fundamento suficiente para negar o benefício da redução da pena.

c) questão de prova

O entendimento do STF poderia ser cobrado numa questão como a seguinte.

De acordo com a jurisprudência do STF, presentes os requisitos do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, poderá ser aplicada a causa de diminuição de pena, independentemente da quantidade de droga apreendida.

A assertiva está certa.

5 – Direito Penal

Aborto consentido e direitos fundamentais da mulher

A Primeira Turma, por maioria, não conheceu de "habeas corpus", por entendê-lo incabível na espécie. Porém, concedeu a ordem de ofício em favor de pacientes presos cautelarmente em razão do suposto cometimento dos crimes descritos nos arts. 126 e 288 do Código Penal (CP) (aborto consentido e formação de quadrilha), para afastar a custódia preventiva.



HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 29.11.2016. (HC-124306)

Comentários do Prof. Renan Araújo:

a) Resumo do caso: Neste caso a Primeira Turma julgava habeas corpus cuja impetrado com a finalidade de reverter a prisão preventiva decretada em desfavor dos acusados, denunciados pelo crime de aborto provocado por terceiro (com consentimento da gestante), previsto no art. 126 do CP, e associação criminosa, previsto no art. 288 do CP.

b) Conteúdo teórico pertinente:

Muito embora a Turma tenha concedido a ordem de ofício, para afastar a custódia cautelar dos acusados (vez que ausentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar), a grande relevância deste julgamento reside na adoção, ainda que pontual, do entendimento no sentido de que "interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre" estaria fora do âmbito de criminalização dos tipos penais dos arts. 124 e 126 do CP. A Turma consignou que "a criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade".

Vejamos o que dispõe os arts. 124 e 126 do CP:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

No primeiro caso a própria mãe realiza (dolosamente) o aborto ou consente que outra pessoa realize o aborto.

No segundo caso (art. 126), embora o aborto seja praticado por terceiro, há o consentimento da gestante, que era exatamente a situação do caso concreto.

Como se percebe, não há qualquer ressalva no tipo penal quanto ao momento da gravidez, ou seja, o tipo penal criminaliza o aborto desde a concepção até o momento em que há o nascimento. O aborto, portanto, é criminalizado durante todo o período gestacional.

Todavia, a Turma resolveu dar "interpretação conforme" à Constituição aos referidos artigos, para entender que tais tipos penais são válidos, ou seja, são constitucionais, mas para tanto devem ser interpretados restritivamente, **afastando-se sua incidência em relação aos abortos realizados nos primeiros três meses de gestação.**

Trata-se de uma decisão polêmica, e que **não representa, ainda, uma jurisprudência sólida da Corte, até porque não se trata de decisão do Plenário do STF.**

c) Questão de prova:

Q. 01 - "Segundo entendimento recente do STF, o aborto realizado pela gestante ou por terceiro com o consentimento desta, não é conduta típica, desde que realizado no primeiro trimestre da gestação. "

R: **Correta.**



Q. 02 - "Segundo jurisprudência consolidada do STF, o aborto realizado pela gestante ou por terceiro com o consentimento desta, não é conduta típica, desde que realizado no primeiro trimestre da gestação. "

R: **Errada**. Não se trata, ainda, de entendimento consolidado no âmbito do STF.