



ORIENTAÇÃO COLETIVA COGER Nº 8, DE 4 DE MAIO DE 2018.

Enunciados sugestivos nas áreas do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

A **CORREGEDORIA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**, no uso das atribuições que lhe confere o Artigo 14, Incisos IX e XI, da Lei Complementar nº 575 e considerando: a) a necessidade de otimização da prestação do serviço público de orientação e assistência jurídica à população vulnerável na seara criminal; b) a necessidade do estabelecimento de diálogo entre os membros da Defensoria Pública que atuam em primeiro grau de jurisdição e aqueles atuantes junto ao Tribunal de Justiça e aos Tribunais Superiores, bem como o trabalho de pesquisa desenvolvido por tais colegas; e c) que enunciados veiculam sugestões e podem ser modificados sempre que necessário; resolve expedir a seguinte **ORIENTAÇÃO COLETIVA**:

Art. 1º. Ficam os membros da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina orientados a analisar a aplicabilidade dos enunciados sugestivos dispostos no Anexo I desta Orientação Coletiva.

Art. 2º. Esta Orientação Coletiva deverá ser remetida aos integrantes da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina mediante Memorando-Circular, dispensada a publicação no Diário Oficial Eletrônico.

Gabinete do Corregedor-Geral, em Florianópolis, aos 4 dias do mês de maio do ano de dois mil e dezoito.

RONALDO FRANCISCO
Corregedor-Geral



ANEXO I

1. Teses de Direito Penal (aplicação da pena), aplicáveis a todos os crimes

1.1. Nos crimes em que há cominação de pena *alternativa* de multa — como ameaça (CP, art. 147), violação de domicílio (CP, art. 150), dano (CP, art. 163), receptação culposa (CP, art. 180, § 2.º), violação de direito autoral (CP, art. 184), falsa identidade (CP, art. 307) e desacato (CP, art. 331) — é necessária fundamentação judicial para afastar a pena mínima, ou seja, a pena de multa. A definição da pena aplicável (multa ou privativa de liberdade) deve preceder à etapa da dosimetria, nos termos do inc. I do art. 59 do Código Penal.

1.2. É indispensável *fundamentação idônea* para aumentar a pena-base com base nos vetores do art. 59 do CP, respeitando-se a vedação ao *bis in idem* e a preferência das majorantes/minorantes e agravantes/atenuantes (postulado da especialidade).

1.3. O *quantum* de aumento e de diminuição da pena-base em cada vetor do art. 59 do CP deve ser de 1/6 sobre a pena-mínima, exigindo-se fundamentação específica para emprego de fração superior.

1.4. Há necessidade de indicação explícita de qual processo (com condenação definitiva) será utilizado para valorar os antecedentes e qual será utilizado para reincidência. A ausência de discriminação, ainda que se trate de réu multirreincidente, configura *bis in idem* (histórico criminal duplamente valorado).

1.5. É ilegal a migração de condenações pretéritas para valorar negativamente a conduta social e a personalidade na primeira fase da dosimetria penal, uma vez que as referidas circunstâncias judiciais têm conteúdo próprio e não se confundem com histórico criminal do agente.

1.6. Incide a atenuante de confissão espontânea (CP, art. 65, II, d) nos casos de confissão parcial, confissão retratada em juízo e também da chamada confissão qualificada (quando, embora confesse a *autoria do fato*, o acusado agregue alguma situação para tentar excluir sua responsabilidade penal), sobretudo (mas não só) se a confissão for utilizada de alguma forma para fundamentar a condenação (STJ, Súmula 545).



1.7. Deve-se promover a compensação *integral* da atenuante da confissão [qualificada, parcial, desnecessária] com a agravante da reincidência, inclusive a reincidência específica, nos termos do art. 67 do CP.

1.8. A atenuante da menoridade relativa prepondera sobre todas as agravantes, inclusive sobre a reincidência.

1.9. É aplicável a atenuante inominada (CP, art. 66) por circunstância relevante posterior ao delito, como o linchamento do acusado (punição informal antecipada que deve reduzir a pena formal) e a demora excessiva do processo (submissão do réu às angústias e estigmas do processo penal por tempo anormal).

1.10. É aplicável o prazo depurador da reincidência (CP, art. 64, I) aos antecedentes.

1.11. Na dosimetria da pena, a forma de cálculo em cascata (operações sucessivas) deve ser utilizada apenas na terceira fase; na primeira fase a base de cálculo é a pena mínima; na segunda fase, a base de cálculo é a pena-base.

1.12. É ilegal a compensação de majorantes e minorantes na terceira fase da dosimetria. Deve sempre observar o cálculo em cascata (operações sucessivas), mais favorável ao acusado (primeiro incide a fração de aumento sobre a pena provisória e, a partir do resultado desta operação, incide a fração de diminuição; ou vice-versa).

1.13. Aplica-se o regime semiaberto ou aberto quando as circunstâncias judiciais não forem valoradas negativamente (STJ, Súmula 440) ou quando forem preponderantemente favoráveis ou neutras, inclusive ao réu reincidente (STJ, Súmula 269).

1.14. É cabível a substituição de pena privativa de liberdade não superior a 4 anos por pena restritiva de direitos quando ocorrer crime sem violência e réu não reincidente específico (CP, art. 44, § 3.º), desde que as circunstâncias judiciais sejam valoradas preponderantemente de forma neutra ou positiva.

1.15. É necessária fundamentação quando substitui a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, nos casos em que a pena for superior a um ano. Por regra, dever ser substituída por uma restritiva e multa (CP, art. 44, § 2.º).

1.16. É necessária fundamentação quando substitui a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, nos casos em que for igual ou inferior a um ano. Por regra, dever ser substituída por multa (CP, art. 44, § 2.º).



1.17. Pena restritiva de direitos de prestação pecuniária deve ser fixada em um salário-mínimo (mínimo legal) sempre que não houver fundamentação para aumentá-la. O valor do salário-mínimo deve corresponder àquele vigente à época do fato, e não da sentença, em respeito à legalidade penal.

1.18. Crime continuado e multa: no caso de crime continuado, não é aplicável a regra do art. 72 do Código Penal, que determina o cúmulo material das penas de multa em caso de concurso de crimes (exceto se for caso de cúmulo material benéfico). No crime continuado, por ser *crime único* por ficção, aplica-se o critério da exasperação.

1.19. É ilegal, por caracterizar *bis in idem*, a aplicação sucessiva do concurso formal e do crime continuado. Nesses casos, deve-se aplicar exclusivamente o crime continuado, desprezando-se o aumento de pena decorrente do concurso formal.

1.20. Deve-se priorizar a aplicação do *sursis* especial (CP, art. 78, § 2.º) em detrimento do *sursis* simples (CP, art. 78, §1º), por aquele ser mais favorável, vedada a cumulação das condições de cada um.

2. Teses penais e processuais penais relacionadas a determinados crimes

2.1. Furto

2.1.1. É cabível a minorante especial do furto (furto “privilegiado”) ao acusado tecnicamente primário, mas com antecedentes criminais, quando a *res* não ultrapassar o valor do salário-mínimo à época do fato.

2.1.2. Por regra, no caso de furto “privilegiado”, deve-se aplicar somente a multa, com exclusão da pena de reclusão (CP, art. 155, § 2.º). Para optar pela diminuição da pena na terceira fase (1/3 a 2/3), e não pela aplicação exclusiva da multa, é necessária fundamentação do juiz.

2.1.3. É cabível a minorante especial do furto (furto “privilegiado”) nos casos de furto qualificado (STJ, Súmula 511), exceto na qualificadora de abuso de confiança.

2.1.4. É incompatível a majorante de furto durante o repouso noturno com o furto qualificado [há duas câmaras do TJSC que ainda acolhem a tese, a despeito do posicionamento do STJ].

2.1.5. No crime de furto, é ilegal o reconhecimento das qualificadoras de rompimento de obstáculo e escalada quando não houver laudo pericial, quando o laudo for inconclusivo ou quando não houver preservação do local do crime.



2.2. Roubo

2.2.1. Súmula 443 do STJ: não basta, para satisfazer o dever de fundamentação, invocar as razões político-criminais que justificam as majorantes do crime de roubo (NCPC, art. 489, § 1.º, III). A fundamentação deve ser concreta, baseada nas circunstâncias específicas do caso.

2.2.2. No caso de latrocínio tentado (ou homicídio tentado), em se tratando de tentativa incruenta ou resultando apenas lesão corporal leve, a minorante da tentativa deve ser aplicada no grau máximo de 2/3.

2.2.3. No crime de latrocínio, a pena-base deve ser limitada no *termo médio*, ou seja, o limite máximo da pena-base é de 25 anos.

2.3. Outros crimes patrimoniais

2.3.1. É aplicável a “privilegiadora” do crime de furto a outros crimes patrimoniais (receptação, estelionato, apropriação etc), nos termos do art. 170 do CP. No caso de estelionato, o pequeno valor se refere ao *prejuízo*, que pode ser menor do que o valor da *res* (CP, art. 171, § 1.º).

2.3.2. No caso de crime patrimonial consumado, a recuperação da *res* deve ser valorada positivamente na primeira fase da dosimetria da pena, na circunstância das *consequências do crime*, de modo a reduzir a pena-base.

2.3.3. Crime de dano: é atípica a conduta de danificar a cela (ou a parte interna da viatura) em que se encontra detido, por ausência de dolo específico (*animus nocendi*).

2.4. Estupro

2.4.1. É possível a desclassificação do crime de estupro para as contravenções penais dos arts. 61 e 65 da Lei de Contravenções Penais nas hipóteses em que não houver penetração nem atos muito invasivos.

2.4.2. No caso de condenação dos pais e equiparados por estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), na forma de omissão imprópria (CP, art. 13, §2º), não é cabível a majorante especial do inc. II do art. 226 do Código Penal por caracterizar *bis in idem*.

2.4.3. Deverá incidir a atenuante inominada (CP, art. 66) em favor do agente que seja condenado por estupro de vulnerável praticado consensualmente em uma relação de namoro.



2.5. Drogas ilícitas

2.5.1. Caracteriza a atenuante da confissão espontânea quando o réu reconhece a prática de um dos verbos do tipo do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, mas aduz que é para consumo [tratar como *confissão qualificada*].

2.5.2. É ilegal o desdobramento do vetor *natureza e quantidade da droga*, ou seja, de aumento de 1/6 para a natureza da droga e 1/6 para a quantidade da droga. A análise deve ser conjunta e eventual aumento da pena deverá ser único.

2.5.3. É inidônea a valoração negativa do vetor contido no art. 42, parte final, da Lei 11.343/2006 com base unicamente na natureza ou diversidade da droga apreendida quando a quantidade for pequena.

2.5.4. Deve-se analisar o laudo definitivo da droga para constatar a existência efetiva de droga e, também, a *quantidade real* de droga.

2.5.5. É nulo o processo em que o interrogatório do acusado não seja realizado ao final da instrução, nos termos do art. 400 do CPP. A regra é aplicável a todos os processos cuja instrução não tenha se encerrado até 3/8/2016 (STF, HC 127.900/AM, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 3/3/2016).

2.6. Crimes tributários

2.6.1. Não caracteriza o crime do art. 2.º, II, da Lei 8.137/90, por atipicidade formal da conduta, a sonegação de ICMS, quando não houver substituição tributária.

2.6.2. É inconstitucional a subsunção da conduta de sonegação de ICMS, sem substituição tributária, ao art. 2.º, II, da Lei 8.137/90, em razão da vedação da prisão civil por dívida.

2.6.3. O princípio da insignificância, nos crimes tributários, tem como parâmetro o valor estipulado no âmbito federal, mesmo quando se tratar de tributo estadual, uma vez que compete à União legislar sobre direito penal.

2.7. Violência doméstica contra a mulher

2.7.1. Nas infrações penais, praticadas no âmbito do contexto de violência doméstica ou familiar contra a mulher, em que haja cominação de pena alternativa de multa (ex.: ameaça; vias de fato), é inaplicável a agravante de prevalência de relação doméstica prevista no art. 61, II, 'f', do CP, por caracterizar *bis in idem*, em razão da vedação da aplicação de pena de multa prevista no art. 17 da Lei 11.340/2006.

2.8. Crimes de trânsito



2.8.1. A submissão voluntária do agente ao teste de alcoolemia, sobretudo quando a prova pericial for utilizada para a condenação, deve ensejar a aplicação da atenuante inominada (CP, art. 66).

3. Teses processuais penais aplicáveis a todos os crimes

3.1. Quando possível, deve-se juntar declaração de pobreza do réu no processo penal com a finalidade de requerer a Justiça Gratuita.

3.2. A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão deve ser fundamentada, inclusive quanto à adequação e à necessidade da medida. A prática costumeira de, como alternativa à prisão (na verdade, como *alternativa à liberdade*), aplicar sempre medidas cautelares padronizadas (proibição de frequentar bares; recolhimento domiciliar noturno) é ilegal.

3.3. Viola a ampla defesa e o contraditório, além de impedir o acesso aos Tribunais Superiores, a não redução a termo de sentença oral proferida em audiência de instrução no processo penal.

3.4. Gera preclusão a não alegação do cabimento de suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89) até a sentença condenatória; no caso de desclassificação ou de procedência parcial, aplica-se Súmula 337 do STJ.

3.5. No caso de concurso formal de crimes (e, também, nos casos de crime continuado entre crimes tentados e consumados), é nula a sentença que deixar de realizar, separadamente, a individualização da pena de cada crime, sobretudo porque impede o cálculo da prescrição em relação a cada delito, nos termos do art. 119 do CP.

4. Novas teses de Execução Penal

4.1. Aplica-se o art. 76 do CP na execução das penas de crimes comuns e crimes hediondos e equiparados: execução primeiro do crime hediondo e depois do crime comum.

4.2. É necessária audiência de justificação (ainda que tenha havido o indispensável PAD prévio) no caso de regressão definitiva de regime.

4.3. O apenado tem direito à remição em caso de aprovação total ou parcial no ENEM. Em caso de aprovação total, tem direito a 133 dias de remição. Em caso de aprovação parcial, tem direito a 20 dias de remição por cada área de aprovação.



4.4. No caso de soma de penas, configura excesso de execução a alteração da data-base para o dia do trânsito em julgado da última condenação, devendo ser preservado a data da última prisão do apenado (ou, se for o caso, a data da prática da última falta disciplinar grave) como data-base para o cálculo de futuros direitos da execução penal.