



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 236.475-SP (2012/0055005-0)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Advogado: Ricardo Constante Soares

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Luiz Pedro Feitosa

EMENTA

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Falta de cabimento. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Pleito de nulidade por violação ao alistamento de jurados e à composição do Tribunal do Júri. Participação de dois jurados isentos. Nulidade. Prejuízo. Pretensão de nulidade por violação ao questionário quanto à inclusão da qualificadora. Cerceamento de defesa. Violação à ampla defesa.

1. De início, observo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso próprio, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Presente nulidade em júri onde o corpo de jurado foi integrado por dois servidores da polícia civil, isentos do serviço do júri nos termos do art. 437.

3. Prejuízo evidente tendo em vista que o paciente foi considerado culpado por 4 votos a 3.

4. Configurado o constrangimento ilegal, em razão da qualificadora, de recurso que dificultou a defesa da vítima, uma vez que não poderia existir dúvida alguma nesse ponto quando da análise da ata, no julgamento pelo Tribunal local e, conforme motivação trazida no voto-vencido, a conduta referente à qualificadora foi revelada em “*conta-gotas*”, *sempre após instigação da defesa*.

5. Na ata de julgamento, na fase final, consta ter havido reclamação por parte do Defensor, quanto a este quarto quesito, que

teria sido formulado genericamente, sem especificar a circunstância caracterizadora do recurso que teria dificultado a defesa da vítima.

6. *Habeas corpus* não conhecido. De ofício, ordem de *habeas corpus* concedida, nos termos do dispositivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 8.9.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Luiz Pedro Feitosa* em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o paciente foi denunciado e, posteriormente, pronunciado perante a 1ª Vara do Júri de São Paulo/SP como incurso nos arts. 121, § 2º, IV, c/c o 29, *caput*, do Código Penal (Processo n. 2.603/95).

Submetido a julgamento em 21.1.1997, foi absolvido, reconhecendo o Conselho de Sentença, por 5 votos contra 2, que não concorrera para a prática do crime (fl. 32).

No julgamento da Apelação Criminal n. 230.093-3/7, interposta pelo Ministério Público, o *Tribunal de Justiça de São Paulo* anulou o *veredicto absolutório* (fls. 36/39).

No novo julgamento – realizado em 4.4.2003 –, o Conselho de Sentença entendeu, por 4 votos contra 3, que o acusado participou do homicídio. Assim, o ora paciente foi condenado à pena de 15 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa apelou. Julgado em 19.1.2011, o recurso foi improvido (Apelação Criminal n. 993.03.052126-0) – fls. 91/101.

Alega a impetrante que o julgamento popular deve ser declarado nulo, em razão da inobservância das normas legais referentes ao alistamento de jurados e à composição do Tribunal do Júri. Assevera que entre os jurados sorteados para a composição do Conselho de Sentença, dois deles integravam os quadros da Polícia Civil de São Paulo, o que elide a imparcialidade do Conselho de Sentença.

Sobre o julgamento em si, sustenta ainda a ocorrência de nulidade absoluta, pois o questionário, especificamente no tocante à qualificadora, não descreveu em que consistiria o recurso que teria dificultado a defesa da vítima.

Requer, em suma, a nulidade do julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): De início, observo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso próprio, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

Assim, no presente caso, será feita a análise do alegado constrangimento, para que se verifique a existência ou não de flagrante ilegalidade, a ponto de ser devida a atuação de ofício desta Corte Superior.

A matéria abordada pela impetrante, a respeito dos jurados, foi assim analisada no julgamento em segundo grau, senão vejamos (fls. 95/96):

[...]

Embora a legislação processual, no tocante à forma de quesitação, tenha passado por profundas alterações, a pretensão recursal deve ser examinada à luz das regras vigentes ao tempo do julgamento.

Fixada essa premissa, as alegações de irregularidades na composição do Conselho de Sentença não procedem. Ficou suficientemente esclarecido que houve retificação da relação dos jurados do Primeiro Tribunal do Júri.

De outra parte, não se pode confundir isenção da obrigação de servir como jurado com impedimento para atuar nesta condição. Os integrantes do quadro da

Secretaria da Segurança Pública são isentos, mas só se tornam impedidos quando atuam profissionalmente no caso concreto, na investigação do crime que será julgado. E isto não ocorreu na espécie. Do mesmo modo, a circunstância de um jurado ter servido como tal durante um ano, não o torna impedido de figurar no quadro de jurados do ano seguinte.

[...]

Inicialmente esclareço que tal questão foi efetivamente suscitada no momento oportuno como consta da ata de fls. 52.

Ouso discordar da posição adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Como já afirmou Fernando da Costa Tourinho Filho, aquele indicado na lei (art. 437 do CPP) como isento do serviço do júri, dele não pode participar (in *Código de Processo Penal Comentado V. 2*, São Paulo: Saraiva, pág. 119). Não vejo como interpretar de outra forma a expressão *isento* já que se a lei facultar àqueles que lá estão relacionados a participação ou não no júri estaremos permitindo, por exemplo, que membros do ministério público (órgão acusador) ou servidores da polícia (entidade responsável pela apuração do crime que se irá julgar) integrem o corpo de jurados.

Pertinentes aqui os comentários de Pacelli e Fischer para quem a *premissa para o reconhecimento da isenção é procurar valorizar sobremaneira a presença de jurados leigos no Tribunal, mas principalmente preservar a isenção dos julgadores. É que os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem ter contato (quando não acesso, dependendo do tipo de funções) aos autos do processo criminal que venha a ser por eles julgado.* (in Comentários, 7ª Edição, Atlas, fls. 952)

Ao meu ver, a intenção do legislador, em que pese o uso da palavra *isento* é a de proibir que participem do corpo de jurados as pessoas ali indicadas.

E no caso concreto é incontestado, como consta da ata de fls. 52, que participaram como jurados *dois funcionários públicos da polícia civil* (que poderiam, da mesma forma que membros do Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ter contato com os autos do processo que os mesmos julgariam), categoria esta expressamente indicada no inciso VII do art. 437 do CPP.

Tal fato, ao meu ver, é causa de nulidade.

E não há nem que se falar que não se demonstrou prejuízo, já que, como consta da sentença de fls. 54, o paciente foi condenado por 4 votos a 3. Ou

seja, necessariamente os dois jurados foram fundamentais para a condenação imposta ao paciente.

Havendo vício por desobediência ao disposto no art. 437, VII, e prejuízo, não vejo como não se anular o júri em questão.

E não fico por aqui.

Também vejo causa de concessão da ordem em relação ao alegado defeito de questionário, quanto à qualificadora prevista no art. 121, IV, do Código Penal.

Em que pese, como alertado pelo douto Ministério Público, ter a denúncia descrito de forma clara a conduta dos agentes, de forma a demonstrar o recurso que dificultou a defesa da vítima, e que tal qualificadora teria sido debatida entre a defesa e a acusação, mostrando bem aos jurados o porquê de sua inclusão, *penso que se mostra coerente a fundamentação trazida no voto-vencido*, quando do julgamento do recurso de apelação. Nesse ponto, assim se pronunciou o voto vencido do Relator (fls. 96/97):

[...] Quanto à alegação de defeito do questionário [...] não basta indagar aos jurados se na prática do crime foi empregado recurso que dificultou a defesa da vítima, sendo necessário dizer em que consistiu este comportamento, *sob pena de se impedir o exercício da ampla defesa, por não se saber qual a exata acusação*.

E da leitura da ata, constata-se que ficou nebulosa a acusação no tocante a qualificadora, só sendo revelada a conduta atribuída ao réu em conta-gotas, sempre após instigação da defesa, tanto que houve necessidade de se reproduzir a fita que continha os debates.

Tal fato que gerou dúvida para a defesa, para o relator sorteado certamente *contribuiu para incompleto esclarecimento do Conselho de Sentença*.

É preciso ter em mente que nem denúncia, nem pronúncia, nem libelo e muito menos o questionário esclarecem completamente em que teria consistido o recurso que teria dificultado a defesa da vítima.

[...]

A intenção do legislador com o art. 483 foi a de simplificar a quesitação. Se os quesitos são feitos para que os jurados os respondam de forma monossilábica, é óbvio que os mesmos devem ser feitos de modo simples, de modo a permitir fácil compreensão para uma resposta simples – sim ou não.

Não foi, como bem ressaltado no voto vencido acima transcrito, o que aconteceu. Não se pode admitir como claro um quesito cuja amplitude correta exige – conforme alegado pelo próprio Juiz do feito por ocasião da recusa à

impugnação apresentada pela defesa (fls. 51) – consulta ao libelo e à sentença de pronúncia. O quesito, por si só, tem que bastar.

Além do mais, analisando a denúncia, vejo que a qualificadora não ficou clara como dito: (fls. 24/25):

[...] Segundo o apurado o irrogado *Luiz Pedro Feitosa*, vulgo “Tarzan” (qualificado a fls. 29) cometeu o crime acima descrito mediante o uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, eis que dirigiu-se até a residência do vitimado *Joaquim Alves do Nascimento*, chamando-o no portão, quando então passaram a conversar.

Passados alguns minutos, a vítima passou a chamar por sua esposa, quando então duas pessoas não identificadas se achegaram do irrogado, agora os três exibindo armas de fogo; a vítima por seu turno passou a implorar por sua vida, dizendo que tinha mulher e filhos para criar, momento em que o indiciado *Luiz Pedro Feitosa*, vulgo “Tarzan” (qualificado a fls. 29) disse “dane-se seus filhos” momento em que ordenou que seus acompanhantes fizessem fogo em direção da vítima, o que foi obedecido por indivíduo não identificado, com cerca de trinta e dois anos de idade, de cor branca, de estatura baixa, trajando calça tipo jeans e blusa azul e boné preto, que veio a atingir a vítima quando esta tentava fugir do local, adentrando sua residência [...].

Diante disso, vejo como configurado o constrangimento ilegal em razão desta qualificadora, uma vez que não poderia existir dúvida alguma quanto a sua amplitude. Lembro, mais uma vez, a conclusão que chegou o voto vencido para quem a qualificadora objeto do voto vencido [...] *ficou nebulosa a acusação no tocante a qualificadora, só sendo revelada a conduta atribuída ao réu em contagotas, sempre após instigação da defesa* [...].

Ademais, na ata de julgamento, na fase final (fls. 51/52), consta ter havido reclamação por parte do Defensor, *quanto a este quarto quesito, que teria sido formulado genericamente, sem especificar a circunstância caracterizadora do recurso que teria dificultado a defesa da vítima*. Assim, a reclamação foi feita também no momento oportuno.

Ante o exposto, *não conheço* da impetração, nos termos do art. 34, XVIII, *a*, do RISTJ. De ofício, *concedo* a ordem de *habeas corpus*, para anular o julgamento do Tribunal do Júri, tanto pela participação de jurados isentos nos termos do art. 437, VII, como por vício no que pertine ao questionário relativo à inclusão da qualificadora, prevista no art. 121, IV, do Código Penal. Se preso o paciente exclusivamente em razão da condenação que aqui se anula, ele deverá ser solto imediatamente, até porque, por ocasião do primeiro júri, foi absolvido.

HABEAS CORPUS N. 315.220-RS (2015/0019757-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Bruna Aspar Lima e outros

Advogado: Bruna Lima e outro(s)

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Marcelo Jose da Costa Petry

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Operação Revelação. Corrupção ativa. Medidas cautelares determinadas. Afastamento de sigilo de correio eletrônico. Duração da constrição. Prazo: de 2004 a 2014. Fundamentação para a quebra do sigilo do e-mail no período. Ausência. Princípio da proporcionalidade. Não observância. Ofensa às garantias constitucionais. Flagrante ilegalidade. Existência. Ordem concedida.

1. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência.

2. *In casu*, a constrição da comunicação eletrônica abrangeu um ancho período, superior a dez anos, de 2004 a 2014, sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade, devendo-se, assim, prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública.

3. Lastreadas as decisões de origem em argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar azo ao procedimento tão drástico executado nos endereços eletrônicos do acusado, de se notar certo açodamento por parte dos responsáveis pela persecução penal.

4. Ordem concedida, com a extensão aos co-investigados em situação análoga, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concedendo ordem, com extensão aos co-investigados, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Nefi Cordeiro, e o voto do Sr. Ministro Ericson Maranhão não conhecendo do *habeas corpus*, a Turma, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus*, com extensão aos co-investigados Charles Valdir Hass e Luciano Pogliã, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP).

Brasília (DF), 15 de setembro de 2015 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 9.10.2015

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Marcelo Jose da Costa Petry*, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Medida Cautelar n. 70059867093).

Colhe-se dos autos que, no âmbito das investigações da Operação Revelação, o paciente, promotor de justiça, teve suas conversas telefônicas e telemáticas interceptadas a partir de representação formulada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, datada de 6.5.2014 (fls. 153/221). O propósito inaugural era apurar suposta prática dos crimes de falsidade ideológica, corrupção e peculato.

No dia 22.5.2014, o Desembargador Relator deferiu, nos autos da Medida Cautelar n. 70059867093, dentre outras diligências, a quebra do sigilo dos correios eletrônicos relativos aos endereços: (...)@mp.rs.gov.br e (...)@hotmail.com.

Em 10.6.2014, o *Parquet* estadual apresentou nova representação, sustentando ainda a implicação do paciente com João Viane Rubin, então

Prefeito do Município de Nonoai/RS, em suposta prática de crimes ambientais previstos dos arts. 44 e 67 da Lei n. 9.605/1998.

Na data de 11.6.2014, o Desembargador relator autorizou a interceptação telemática postulada para abarcar também o e-mail: ma(...)@hotmail.com.

Ambas as decisões autorizaram a interceptação telemática dos três referidos endereços eletrônicos para englobar um período de janeiro de 2004 até a data da efetivação da medida (junho de 2014).

Posteriormente, em 15.12.2014, o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor do paciente, juntamente com outros três corréus, pela suposta prática de corrupção - artigo 333, parágrafo único, c.c. o artigo 62, inciso I, ambos do Código Penal. Na incoativa declina-se conversa de e-mail interceptada retroativamente no endereço eletrônico do increpado, ma(...)@hotmail.com.

Neste *mandamus*, alega o impetrante que os limites objetivos deste remédio heroico cingem-se à ilegalidade das decisões proferidas pelo Desembargador Relator da Medida Cautelar n. 70059867093 em 22.5.2014 e 11.6.2014, no que diz respeito à quebra do sigilo telemático do paciente por um prazo retroativo e ininterrupto de mais de 10 (dez) anos.

Consigna que a irresignação defensiva aqui vertida circunscreve-se ao material telemático do increpado, “sem prejuízo de outras ilegalidades a serem aferidas em medidas processuais vindouras” (fl. 3).

Sustenta que o lapso discriminado é excessivo e desarrazoado, a caracterizar indevida devassa na intimidade do acusado.

Menciona que o caso em exame denota “gravidade ímpar, quiçá inédita na jurisprudência brasileira: o magistrado coator acolheu o inusitado pedido do Ministério Público para interceptar as comunicações telemáticas do paciente de forma retroativa no período de 10 anos anteriores às respectivas autorizações, avalizando verdadeira devassa, uma abusiva bisbilhotice investigatória desprovida de justa causa” (fl. 6).

Esclarece, ainda, que “não se está a discutir a legitimidade, ou não, de renovações sucessivas de interceptações telefônicas e telemáticas”, pois “o que se busca é ver reconhecida a ilegalidade de duas decisões que autorizaram, de uma única vez, a quebra do sigilo telemático do paciente desde janeiro de 2004 até junho de 2014” (fl. 6).

Enfatiza a irrazoabilidade e a desproporcionalidade da invasão judicial.

Requer o seguinte (fls. 7/8):

(...)

(a) *em sede de liminar*, seja determinado, à autoridade coatora

(a.1) que se abstenha de permitir o uso de qualquer interceptação telemática autorizada na Medida Cautelar n. 70059867093;

(a.2) que expeça ofício ao Ministério Público do Rio Grande do Sul a fim de que todas as comunicações telemáticas do paciente sejam lacradas e imediatamente encaminhadas ao TJRS, assim permanecendo até o julgamento do mérito do presente *writ*; e

(a.3) que suspenda o andamento da ação penal proposta na denúncia oferecida em apenso aos autos da Medida Cautelar n. 70059867093 até o julgamento do mérito do presente *writ*.

(b) *no mérito*, a concessão do *habeas corpus* para que seja reconhecida a nulidade das decisões datadas de 22.5.2014 e de 11.6.2014 proferidas nos autos da Medida Cautelar n. 70059867093 no que se refere à quebra do sigilo telemático das contas de e-mail (...)@mp.rs.gov.br, (...)@hotmail.com e ma(...)@hotmail.com pelo prazo retroativo e ininterrupto de mais de dez anos, haja vista a flagrante ofensa ao que dispõe o artigo 5º, XII, da CF/1988, e os artigos 1º, parágrafo único, e 5º, *caput*, ambos da Lei n. 9.296/1996.

(...)

O pedido liminar foi indeferido às fls. 2.221/2.223, sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, trazidas às fls. 2.228/2.266.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mário Pimentel Albuquerque, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão de ordem de ofício “tão somente para determinar que o Tribunal de origem apresente fundamentação idônea quanto à necessidade da quebra de sigilo telemático do paciente” (fls. 2.270/2.274).

Em petição de fls. 2.286/2.351, foi juntada aos autos manifestação da Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Subsequente, às fls. 2.355/2.359, a defesa acostou petição insurgindo-se contra a manifestação do Ministério Público estadual, requestando (fl. 2.359):

(...)

(i) determine o desentranhamento da promoção juntada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em 24.4.2015, bem como dos documentos que a acompanharam;

(ii) caso mantida a autuação da promoção e dos referidos documentos, seja concedida a oportunidade de a defesa juntar as respostas às acusações já formuladas nas ações penais originárias, bem como as provas que evidenciam serem elas ilegais e infundadas, a fim de que sirvam como elementos de convicção para o julgamento do mérito do *writ*;

(iii) alternativamente, sejam desacolhidos todos os argumentos apresentados pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul perante essa E. Corte, com a sucessiva concessão integral da ordem de *habeas corpus*, nos termos em que postulado.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): De proêmio, quanto ao pedido incidental defensivo acostado às fls. 2.355/2.359, insta salientar que não se descarta do recente entendimento adotado pela Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, nos autos do EREsp n. 1.327.573/RJ, no sentido de que os Ministérios Públicos Estaduais têm legitimidade para atuar perante esta Corte Superior de Justiça. Ei-lo:

Embargos de divergência no recurso especial. Penal e Processo Penal. Legitimidade do Ministério Público Estadual. Atuação, como parte, para atuar diretamente no STJ. Possibilidade. Questão de ordem no Recurso Extraordinário n. 593.727/MG. Legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante o STF. Possibilidade. Embargos de divergência conhecidos e providos, para que, afastada a preliminar, a Sexta Turma prossiga no julgamento do agravo regimental.

1. O acórdão embargado e o acórdão indicado como paradigma discrepam a respeito da interpretação do art. 47, § 1º, da Lei Complementar n. 75, de 1993, um conhecendo de agravo regimental interposto por membro de Ministério Público, e o outro, não;

2. Cindindo em um processo o exercício das funções do Ministério Público (o Ministério Público Estadual sendo o autor da ação, e o Ministério Público Federal opinando acerca do recurso interposto nos respectivos autos), não há razão legal, nem qualquer outra ditada pelo interesse público, que autorize uma restrição ao Ministério Público enquanto autor da ação.

3. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público,

decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para que, afastada a preliminar da ilegitimidade do Ministério Público Estadual, a Sexta Turma prossiga no julgamento do agravo regimental (AgRg na SLS 1.612/SP, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, *Corte Especial*, julgado em 29.8.2012, DJe 6.9.2012).

(EREsp 1.327.573/RJ, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, Rel. p/ Acórdão Ministra *Nancy Andrighi*, *Corte Especial*, julgado em 17.12.2014, DJe 27.2.2015)

Contudo, nos autos deste remédio heroico, constata-se que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul não figura como parte, motivo pelo qual, sua manifestação de fls. 2.286/2.351 será desconsiderada.

Feita essa breve digressão, passa-se ao exame do mérito do remédio heroico.

A questão trazida a deslinde abarca a análise da fundamentação exarada para a quebra do sigilo do correio eletrônico do paciente, no período de 1º.1.2004 a 11.6.2014.

Para elucidar a *quaestio*, convém transcrever excertos do requerimento ministerial datado de 6.5.2014 (fls. 10/78):

O *Ministério Público*, por seu Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais, com base nos documentos em anexo, extraídos dos Procedimentos Investigatórios Criminais n. 02/2012 (Portaria n. 1.521/2012) e 01/2014 (Portaria n. 01/2014) - *Documentos 01 e 02* -, em que são investigados o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry* por corrupção passiva, peculato e falsidade ideológica, o Assistente de Promotoria de Justiça *Luciano Poglia* por falsidade ideológica e corrupção passiva, o comerciante *Charles Valdir Hass* por corrupção ativa e peculato, *Wilmar Gobbi* por corrupção ativa e os policiais militares *Arcildo Zuge* e *Gerson Corrêa de Mello* por peculato, requer o deferimento de *medidas cautelares de interceptação telefônica e telemática, afastamento do sigilo bancário, fiscal, bursátil, de dados telefônicos e do mercado segurador e busca e apreensão*, pelos motivos a seguir deduzidos.

Do Contexto Geral dos Acontecimentos.

Em razão da complexidade da presente apuração, toma-se obrigatório, para melhor compreender o conjunto de acontecimentos em que foi possível esclarecer e comprovar através dos autos, e que serão narrados amiúde no decorrer desta peça, fazer uma contextualização, tanto em relação ao grau de dificuldade deste trabalho, em razão, sobretudo, da função de um dos investigados, quanto à extrema gravidade dos fatos.

O fato é que o substrato dos autos não tem como ainda aferir, até o presente momento, a totalidade dos desvios de conduta do Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry* e de seus parceiros de empreitada criminosa, que serão conhecidos no decorrer desse arrazoado.

Da Vida Pregressa segundo os Autos.

Marcelo José da Costa Petry foi aprovado em concurso para o cargo de Promotor de Justiça e assumiu as funções na Promotoria de Justiça de Nonoai, RS, em 12.7.1996 (fls. 261/267 do PIC 02/2012) - *Documento 03*.

O Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry* chegou a um Município pobre, basicamente focado na agricultura e com muitas carências, e, segundo *Cláudio Roberto Olivaes Linhares*, Advogado Militante em Nonoai, RS (fls. 1.595v, do PIC 02/2012) - *Documento 04* - mostrou-se, de início, operoso e dedicado à atividade profissional.

(...)

Falsidade Ideológica

Segundo consta dos autos, *entre os anos de 2005 e 2012*, o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry* e o Assistente de Promotoria de Justiça *Luciano Poglia*, em acordo de vontades e unidade de desígnios, teriam inserido declaração falsa em termos de audiência extrajudicial e de ajustamento de conduta produzidos em expedientes instaurados para apurar infração ambiental, alterando, assim, a verdade sobre fato juridicamente relevante, de que são exemplos os documentos extraídos do sistema informatizado do Ministério Público que registrou os Inquéritos Cíveis n. 00811.00010/2011, 00811.00016/2011 e 00811.00031/2012 (fls. 1.895/1.923) - *Documento 13*.

Para tal, policiais militares realizaram fiscalizações ambientais.

Identificados eventuais autores de infração contra o meio ambiente, *Luciano Poglia*, previamente concertado com *Marcelo José da Costa Petry*, te-los-ia notificado.

Nas datas aprazadas, *Luciano Poglia*, na Promotoria de Justiça de Nonoai, teria presidido, de fato, a audiência com as pessoas apontadas pelos órgãos responsáveis como perpetradoras de infração contra o meio ambiente, proposto acordos, estabelecido condições e firmado Termo de Ajustamento de Conduta com os notificados sem a presença do Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry*, mas inserido nos documentos que este presidiu todos os atos.

Marcelo José da Costa Petry não teria participado dos atos formais, delegado essas tarefas a *Luciano Poglia*, apoiado a conduta do servidor e com ele estaria conluiado, teria conhecimento e, presume-se - face ao envio do procedimento para homologação do Conselho Superior do Ministério Público -, assinado os documentos com conteúdo falso.

(...)

Falsidade Ideológica e Corrupção no Expediente Instaurado contra Wilmar Gobbi.

Em 2011, em Nonoai, RS, o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry* e o Assistente de Promotoria de Justiça *Luciano Poggia*, em acordo de vontades e unidade de desígnios, teriam inserido declaração falsa em termos de audiência extrajudicial e de ajustamento de conduta produzidos em expediente instaurado contra *Wilmar Gobbi* para apurar infração ambiental, alterando, assim, a verdade sobre fato juridicamente relevante, consoante se verifica dos documentos extraídos do sistema informatizado do Ministério Público que registrou o Inquérito Civil n. 00811.00016/2011 (fls. 1.909/1.915 do PIC 02/2012) - *Documento 13* - e das declarações de *Pedro Luiz Zandavalü Winckler* (fls. 1.872/1.886 do PIC 02/2012) - *Documento 16* *Milton Sérgio Brustolin* (fls. 1.855/1.865 do PIC 02/2012) - *Documento 15* - e *Karen Döering Brustolin Goun* (fls. 1.810/1.819 do PIC 02/2012) - *Documento 14*.

Depreende-se, ainda, do caderno investigatório que, na mesma época, *Marcelo José da Costa Petry* e *Luciano Poggia* teriam obtido vantagem indevida se valendo do expediente que deu azo à contratação, por valor significativo e superfaturado, de serviços de *Charles Valdir Hass*, sócio de fato do investigado *Marcelo José da Costa Petry*, por *Wilmar Gobbi*.

Segundo o procedimento administrativo em curso, *Wilmar Gobbi* foi chamado à Promotoria de Justiça porque apontado como autor de infração ambiental.

E, conforme as testemunhas adiante referidas, na data aprazada para a audiência, *Charles Valdir Hass*, sócio de fato de *Marcelo José da Costa Petry* e que tinha livre trânsito na Promotoria de Justiça, compareceu ao local e apresentou a *Wilmar Gobbi* proposta de prestação de serviços para recuperar a área degradada.

(...)

O Assistente de Promotoria de Justiça *Luciano Poggia*, a seu turno, presidindo de fato a audiência e o procedimento administrativo, previamente concertado com *Marcelo José da Costa Petry*, que não se fazia presente no ato, teria proposto a *Wilmar Gobbi* termo de ajustamento de conduta mediante apresentação de projeto de recuperação da área nos exatos termos do formulado por *Charles Valdir Hass*, que tinha franco acesso à sala onde atuava servidor do Ministério Público.

Charles Valdir Hass, então, teria firmado contrato de prestação de serviços com *Wilmar Gobbi* por R\$ 50.000,00, valor exorbitante e desarrazoado à luz da lógica e se for considerado o trabalho realizado.

Ora, além dos comportamentos que teriam sido adotados por *Marcelo José da Costa Petry*, *Luciano Poggia* e *Charles Valdir Hass* contrariarem os procedimentos formais instituídos e fugirem da razoabilidade, há outros indicativos da prática de atos de corrupção que podem ser agregados.

(...)

4. A discrepância entre a quantia paga no ajustamento de conduta (R\$ 5.000,00) e a que teria sido alcançada ao sócio de fato de *Marcelo José da Costa Petry* (R\$ 50.000,00).

5. Por fim, após a contratação de *Charles Valdir Hass*, não há notícias oficiais de novas investidas fiscalizatórias, ou ações restritivas por parte dos órgãos ambientais, contra *Wilmar Gobbi* e que tenham ensejado a instauração de procedimento no Ministério Público, consoante o documento extraído do sistema informatizado do Ministério Público (fls. 1.906/1.908 do PIC 02/2012) - *Documento 13*.

Fiscalizações e Expedientes Administrativos Instaurados para Apurar Infrações contra o Meio Ambiente como Meio para Obtenção de Vantagem Ilícita.

Retomando a análise, ainda pelo que se depreende dos elementos carreados ao feito, a notificação das pessoas apontadas como perpetradoras de infração contra o meio ambiente, a fim de que comparecessem à Promotoria de Justiça de Nonoai, serviria de mote e encobriria a intenção de *Marcelo José da Costa Petry*, *Luciano Pogli*a e *Charles Valdir Hass* de obter vantagem ilícita.

Esses indicativos, é medida em que são examinados os documentos acostados e as declarações das pessoas, podem ser identificados pelo *modus operandi* dos investigados nesse período e o contexto em que os fatos se davam.

Vejamos.

Charles Valdir Hass, que tinha livre acesso a todas dependências do prédio do Ministério Público de Nonoai, RS, saberia antecipadamente e compareceria ao local no dia da audiência aprazada para que fossem ouvidos os supostos autores de infração ambiental.

No saguão do prédio da Promotoria de Justiça de Nonoai, RS, com o conhecimento de *Marcelo José da Costa Petry* e de *Luciano Pogli*a, *Charles Valdir Hass* abordaria pessoas e se disporia a apresentar e executar, mediante contraprestação pecuniária, exatamente o mesmo projeto de recuperação de área degradada que seria exigido pelo servidor do Ministério Público, que teria previamente ajustado com o então ausente Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry*, para que fosse celebrado Termo de Ajustamento de Conduta.

Nas ocasiões em que não teria havido a abordagem por *Charles Valdir Hass* às pessoas notificadas, ainda na sede do Ministério Público de Nonoai, RS, *Luciano Pogli*a, previamente concertado com *Marcelo José da Costa Petry*, direcionaria os supostos autores de infrações ambientais para *Charles Valdir Hass* ou para pessoas vinculadas a ele, dentre essas *Marcos Cezar Carabagialle*, com vistas à elaboração e execução de projeto de recuperação de área afetada que viabilizasse fosse firmado Termo de Ajustamento de Conduta entre as partes.

(...)

Os valores cobrados por *Charles Valdir Hass* para prestação de serviços seriam sempre elevados e desproporcionais à complexidade da obra.

(...)

A quantia acordada nos Termos de Ajustamento de Conduta seria normalmente destinada ao CONSEPRO, que por um período de tempo foi dirigido pelo investigado *Charles Valdir Hass*.

Enfim, nesse contexto, o ajustamento de conduta teria se tornado um negócio rentável para *Charles Valdir Hass*, sócio de fato de *Marcelo José da Costa Petry*, e irrigava as contas do CONSEPRO.

Por conseguinte, nesse quadro de condutas e situações que se entrelaçam, o benefício de *Marcelo José da Costa Petry*, no mínimo, seria indireto, pois os investimentos empresariais deste e de *Charles Valdir Hass* em outras áreas teriam sido incrementados e se tornado maiores e robustos.

Por fim, naturalmente que o projeto criminoso teria a contribuição de *Luciano Poglia*, pois este último, presidindo de fato os expedientes administrativos instaurados para apurar infração ambiental, em acordo de vontades com *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass*, condicionaria a realização de Termo de Ajustamento de Conduta à apresentação e execução de projeto a ser realizado pelo segundo investigado, ou por pessoas vinculadas a ele, e estabeleceria o patamar dos valores a serem pagos no acordo.

O esquema criminoso fecharia, pois, o ciclo, e cada investigado cumpriria o seu papel.

Outros Fatos Envolvendo os Investigados.

Note-se que no histórico de *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass*, consoante o caderno investigatório, há registro de outros fatos envolvendo os investigados.

Para ilustrar.

Da Apropriação de Projeto de Terceiro.

No ano de 2003, segundo o empresário **Hélio Endeler**, *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* procuraram-no e manifestaram suposto interesse em firmar parceria para a construção de pequenas centrais hidrelétricas, haja vista *Hélio Endeler* possuir projetos e haver firmado, através da sua empresa, com os senhores *Paulo dos Santos Machado* e *Maria da Luz Marcondes Machado* contrato para a implementação de um empreendimento nessa área.

Marcelo José da Costa Petry e *Charles Valdir Hass* teriam ilaqueado a boa-fé de *Hélio Endeler* e recebido os projetos, apropriando-se dos documentos e do *know how*.

(...)

Em janeiro de 2004, Marcelo José da Costa Petry e Charles Valdir Hass, de posse dos projetos obtidos ilegalmente, teriam visitado o casal Paulo dos Santos Machado e Maria da Luz Marcondes Machado e anunciado que Hélio Endeler não possuía condições de construir a pequena central hidrelétrica nas terras das citadas pessoas. E, mediante artifício, ardil, fraude, além de discurso de que pretendiam defender os Interesses das vítimas e construir a usina, os dois primeiros investigados teriam conseguido, sem que os idosos percebessem a manobra, a assinatura de Paulo dos Santos Machado e de Maria da Luz Marcondes Machado em procuração conferindo poderes ao irmão de Marcelo José da Costa Petry, de nome Marco Aurélio da Costa Petry, advogado militante em Nonoai, RS.

(...)

Com o instrumento de mandato obtido ilicitamente (fl. 744 do PIC 02/2012) - Documento 19 -, Marcelo José da Costa Petry e Charles Valdir Hass, sócios informais, teriam conseguido, através de Interpostas pessoas, afastar definitivamente Hélio Endeler da construção da usina hidrelétrica e tentado excluir Paulo dos Santos Machado e Maria da Luz Marcondes Machado do empreendimento, especialmente no tocante à participação nos lucros, situação revertida pela intervenção de um advogado da família que demonstrou haviam os idosos sido lesados pelos dois primeiros investigados.

(...)

Falsidade Ideológica. Sócios Ocultos.

Em 2004, Marcelo José da Costa Petry e Charles Valdir Hass, apesar de não conseguirem afastar definitivamente os senhores Paulo dos Santos Machado e Maria da Luz Marcondes Machado do empreendimento, teriam obtido êxito no objetivo de figurarem como sócios da Pequena Central Hidrelétrica Rio dos Lobos, que seria instalada na propriedade destas pessoas, e, com o material de que dispunham, teriam passado também a integrar a sociedade denominada Casa de Pedra Energia Ltda., responsável pelo projeto, construção e exploração comercial da Pequena Central Hidrelétrica Rio dos Índios em Nonoai, RS.

Marcelo José da Costa Petry e Charles Valdir Hass, sócios de fato, contudo, teriam optado por ficar ocultos nos empreendimentos e usado do meio ilícito de colocar no contrato social das empresas o nome de Marco Aurélio da Costa Petry, advogado, ex-padre e irmão do primeiro investigado, como sócio de direito ("laranja") de ambos.

(...)

Dos Fatos ainda Objeto de Investigação.

I - Indícios de Corrupção.

Em 2003, Marcelo José da Costa Petry, que tivera a empresa da família da mulher, a firma Planaterra Terraplenagem e Pavimentação Ltda., contratada pelo consórcio - de que fazia parte a empresa ENGEVIX - responsável pela construção

da usina hidrelétrica de *Itá*, teria passado a defender os interesses do consórcio de que também participava a ENGEVIX, o grupo *Monel - Monjounho Energética S/A.*, responsável pela construção de uma Hidrelétrica no Rio Passo Fundo com capacidade de produção de energia de 74 MW, consoante relato de fls. 772/779 - *Documento 20*.

Isso porque a FEPAM concedeu licença prévia, mas apresentou uma série de condicionantes, e estas não foram cumpridas pela empresa.

Então, *Marcelo José da Costa Petry*, ante a resistência da FEPAM em conceder a licença de instalação para a construção da *Hidrelétrica Monjolinho*, pertencente ao grupo MONEL, e do qual fazia parte a ENGEVIX, teria passado a pressionar de forma incisiva o órgão estatal para atenuar as exigências ambientais para a concessão do documento liberatório.

A FEPAM resistiu em conceder a licença de instalação sem que todos os requisitos e as exigências fossem atendidos pelo empreendedor.

Aliás, o empenho de *Marcelo José da Costa Petry* na defesa da empresa MONEL teria sido de tal forma desmedido e contundente que o técnico *Mauro Gomes de Moura* decidiu gravar uma das reuniões.

(...)

Marcelo José da Costa Petry, então, depois de muitas investidas contra a FEPAM em reuniões em que teria havido defesa explícita dos interesses da MONEL, aforou, em 27.7.2006, ação civil pública de improbidade administrativa contra o ente estatal e contra o Diretor Técnico do órgão, *Mauro Gomes de Moura*.

Cumprе registrar, por oportuno, que a ação civil pública de improbidade administrativa aforada contra a FEPAM e *Mauro Gomes de Moura* foi julgada improcedente, por não caracterizados atos atentatórios ao artigo 37 da Constituição Federal, conforme documentos de fls. 1.541/1.549 do PIC 02/2012. *Documento 22*.

E, na instrução dessa ação, que foi tombada sob o n. 001/1.07.0238753-7, as testemunhas relataram da pressão de *Marcelo José da Costa Petry* contra os técnicos da FEPAM para a concessão de licença em favor da *Monel Monjolinho Energética S/A*.

(...)

Há de se anotar, igualmente, que informações anônimas acostadas aos autos apontam ter sido *Marcelo José da Costa Petry* beneficiado economicamente pela defesa dos interesses da MONEL, inclusive com recebimento de pecúnia (fls. 529/532 do PIC 02/2012) - *Documento 24*.

II - *Peculato e Corrupção*.

Entre 2003 e 2007, *Marcelo José da Costa Petry* teria ajustado com *Arcildo Zuge* que usariam o posto da polícia rodoviária estadual onde este último trabalhava

para a abordagem de veículos que transportavam produtos irregulares e/ou ilícitos.

Marcelo José da Costa Petry ainda teria acordado com *Gerson Corrêa de Mello*, comandante da unidade local da Brigada Militar, e com *Charles Valdir Hass*, sócio do primeiro investigado e dirigente do CONSEPRO, de participarem das abordagens e das apreensões das mercadorias.

Da Parte Operacional.

Marcelo José da Costa Petry, *Arcildo Zuge*, *Gerson Corrêa de Mello* e *Charles Valdir Hass*, este inclusive usando colete do Ministério Público e arma, teriam realizado diversas abordagens de veículos no posto policial rodoviário estadual nesse período e apreendido mercadorias.

As mercadorias apreendidas teriam sido levadas para depósitos pertencentes a *Charles Valdir Hass* e, dali, segundo informações carreadas aos autos, muitas tiveram destino ignorado, com indício de desvio.

(...)

Da Parte Jurídica.

Marcelo José da Costa Petry, de posse dos documentos produzidos a partir da apreensão, ajustou com os infratores transação penal na Promotoria de Justiça de Nonoai, destinando os valores transacionados para o CONSEPRO, dirigido pelo amigo, sócio de fato e “apreensor” *Charles Valdir Hass*.

Marcelo José da Costa Petry levou, nesse período, a “transação penal” feita na Promotoria de Justiça apenas à homologação judicial.

(...)

Marcelo José da Costa Petry, ao ser instado posteriormente desse proceder, justificou que assim agia porque não havia Juiz de Direito titular na Comarca de Nonoai e buscava dar celeridade aos procedimentos.

Ocorre que há indicativos de que, na destinação de valores substanciais ao CONSEPRO, acertados na transação penal, *Marcelo José da Costa Petry* teria agido com o escopo de beneficiar o sócio de fato *Charles Valdir Hass* e a si próprio e obter o apoio operacional da Brigada Militar, posto que também agraciada com suporte financeiro para as suas atividades, nas áreas de seu interesse.

Dos Sinais Exteriores de Riqueza sem Lastro Formal. Da Mudança Patrimonial de Charles Valdir Hass com a chegada do Promotor de Justiça Marcelo José da Costa Petry em Nonoai e a Aproximação dos Dois Investigados.

Os sinais exteriores de riqueza de *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* no período em análise respaldariam os indicativos de que os referidos investigados teriam obtido vantagem ilícita em função do exercício do cargo de Promotor de Justiça pelo primeiro.

Com efeito, nesse período *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* teriam tido aparente evolução patrimonial rápida e incompatível com os rendimentos ordinários e formais.

A final, *Charles Valdir Hass* era pessoa de poucos recursos, de origem familiar humilde e sem condições econômicas até conhecer o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry*.

(...)

Charles Valdir Hass, contudo, ao se aproximar e estabelecer vínculos de amizade com *Marcelo José da Costa Petry*, teria experimentado aumento patrimonial visível, inclusive permitindo-se a um comportamento considerado inusitado, e até extravagante, de adquirir um veículo esportivo Mustang para andar na pequena cidade de Nonoai no período em que *Marcelo José da Costa Petry* trafegava com automotor da mesma marca, apenas de outra cor.

Note-se que o carro Mustang é usado por pouquíssimas pessoas, face ao seu preço elevado, traz evidente *status* ao seu proprietário e é cunhado como automotor de família abastada ou adjetivado como símbolo de ostentação do “novo rico”.

(...)

Registre-se que a transformação de um homem pobre em uma pessoa com muitos bens e investidora em diversos empreendimentos teria acontecido no mesmo período em que *Charles Valdir Hass* e *Marcelo José da Costa Petry* teriam adquirido Posto de Combustível (propriedade em nome de terceiros), investido em Pequenas Centrais Hidrelétricas - sociedade negada por ambos -, realizado apreensões de mercadorias irregulares e operações de fiscalização na área ambiental, e o segundo investigado assumido a Presidência do CONSEPRO, entidade recebedora de vultosas quantias havidas em Transações Penais e Termos de Ajustamento de Conduta firmadas com o Ministério Público.

Das Dificuldades na Apuração dos Fatos de Corrupção Ativa e Passiva, Peculato e Falsidade Ideológica. Necessidade da Utilização de Outras Ferramentas de Investigação. Necessidade de Sigilo na Investigação.

A coleta da prova com efetividade, porém, esbarra objetivamente em diversos obstáculos:

a) os Termos de Audiência e de Ajustamento de Conduta em que *Luciano Poglia*, por orientação e acordado com *Marcelo José da Costa Petry*, teria apresentado propostas e logrado destinar valores ao CONSEPRO, estão armazenados na Promotoria de Justiça de Nonoai, local onde *Luciano Poglia* ainda trabalha e, por conseguinte, aos documentos tem acesso;

b) os procedimentos criminais decorrentes de apreensão de mercadorias transportadas irregularmente, e em que houve Transação Penal, estão depositados no prédio do Foro de Nonoai, RS, o que implica dizer que a presença

ou qualquer solicitação dos investigadores em uma comunidade pequena como aquela ensejará sérios riscos de que os investigados tomem ciência antecipada da apuração e prejudiquem a coleta dos elementos de convicção;

c) documentos de prestação de contas do CONSEPRO, outros dados relevantes e informações sobre a destinação dos recursos recebidos pela Entidade, geralmente são acautelados, de forma provisória, com o Presidente, face à inexistência de sede própria e ao rodízio na Presidência;

d) *Charles Valdir Hass* foi presidente do CONSEPRO, e qualquer solicitação dos documentos de prestação de contas da entidade, de outros dados relevantes, que eventualmente ficaram sob a guarda do investigado, e de informações sobre a destinação dos recursos recebidos, para apurar eventual desvio e atuação previamente concertada entre os requeridos, também o alertará da investigação e lhe permitirá a oportunidade de eliminar os elementos de convicção que o comprometam;

e) a mesma situação do item 'c' se aplica a *Marcelo José da Costa Petry* e a *Luciano Pogli*, no caso de eventualmente possuírem algum material que os comprometa penalmente a partir das suas atuações nos procedimentos administrativos que tramitaram na Promotoria de Justiça de Nonoai;

f) a utilização por *Charles Valdir Hass* de interposta pessoa - no caso *Marcos Cezar Carabagialle* e sua empresa *Naturalts - Consultoria Ambiental Ltda.*, que, diga-se de passagem, coincidentemente, em trabalho realizado, forneceu o mesmo endereço e telefone da empresa de *Charles Valdir Hass* (fls. 1.707-1.719 do PIC 02/2012) - *Documento 25* - para apresentar projetos e executá-los nos procedimentos administrativos instaurados pelo sócio *Marcelo José da Costa Petry* a fim de apurar infração ambiental.

(...)

g) documentos e outros elementos de convicção que provariam as infrações penais investigadas podem estar guardados na residência e/ou escritório de *Marco Aurélio da Costa Petry*, face ao fato de que este último teria, no passado, figurado como sócio de direito em empreendimentos cujos sócios de fato seriam *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass*, consoante depoimento de *Hélio Endeler* - *Documento 10*.

(...)

h) *Gerson Corrêa de Mello* e *Arcildo Zuge* dificilmente confessariam os delitos e muito provavelmente não forneceria os dados bancários, fiscais e telefônicos daquele período para análise;

i) por fim, *Wilmar Gobbi* dificilmente admitirá o cometimento de corrupção e tenderá a avisar os demais se for notificado a prestar esclarecimentos, inclusive com a possibilidade de tentar combinar os termos das declarações a serem dadas.

Da Imprescindibilidade das Medidas Cautelares.

Por tudo que foi exposto, fundamental que medidas cautelares sejam utilizadas de forma concatenada.

A busca e apreensão é necessária para fazer prova das infrações penais relatadas pelas pessoas ouvidas no procedimento investigatório criminal.

Entretanto, para que haja efetividade e se evite que provas, documentos e outros elementos de convicção possam ser eventualmente destruídos, as medidas cautelares de interceptação telefônica e telemática deverão preceder a busca e apreensão.

Além disso, as interceptações telefônica e telemática ainda se tornam extremamente relevantes para o momento em que forem notificados *Wilmar Gobbi* e outras pessoas que eventualmente possam ter alcançado vantagem indevida para *Marcelo José da Costa Petry*, *Luciano Poglia* e *Charles Valdir Hass*, e das diligências ostensivas na busca de provas, face à possibilidade real de que os envolvidos se comuniquem e tracem estratégias de autoproteção para frustrar os atos de investigação.

De resto, como cediço, atos de corrupção são perpetrados às sombras, sem fornecimento de recibos ou comprovantes do suborno e com o uso de subterfúgios pelos autores para não serem alcançados, mostrando-se, até o presente momento, as interceptações telefônica e telemática instrumentos valiosos e eficazes na comprovação desse tipo de infração penal.

Some-se a isso que o afastamento do sigilo de dados telefônicos, bancários, fiscais, bursátil e do mercado segurador são imprescindíveis para apuração da verdade real e, no momento, capazes de elucidar os fatos em sua plenitude e estabelecer os vínculos entre os requeridos *Marcelo José da Costa Petry*, *Charles Valdir Hass*, *Luciano Poglia* e *Wilmar Gobbi* e provar os crimes atribuídos aos investigados.

Ainda é importante estabelecer os vínculos entre *Luciano Poglia*, *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* com terceiras pessoas envolvidas em ilícitos e, especialmente, provar que, nos dias das audiências na Promotoria de Justiça de Nonoai, o Promotor de Justiça sequer estava na cidade ou no prédio da Instituição e os atos formais foram presididos e conduzidos pelo servidor do Ministério Público, com o apoio e colaboração criminosa de *Charles Valdir Hass* e *Marcelo José da Costa Petry*, constituindo a quebra de sigilo de dados telefônicos em o instrumento adequado para esse desiderato.

As mesmas providências mostram-se relevantes para analisar como e de que forma *Gerson Corrêa de Mello* e *Arcildo Zuge* estavam articulados com *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* nas abordagens e apreensão de mercadorias irregulares e/ou ilícitas.

Enfim, a utilização excepcional dessas medidas e ferramentas de investigação (busca e apreensão, interceptação telefônica e telemática, afastamento do

sigilo de dados telefônicos, bancários, fiscais, bursátil e do mercado segurador) viabilizará a coleta e a preservação da prova, análise de vínculos entre as partes, a contextualização de diálogos e textos com atuações processuais e administrativas, a compreensão da movimentação financeira dos investigados e do CONSEPRO, do acréscimo patrimonial sem lastro e eventualmente do uso de bolsa de valores para aplicação de dinheiro mal havido.

Portanto, as medidas postuladas revelam-se imprescindíveis à investigação, principalmente quando se busca apurar a práticas dos delitos de peculato, corrupção passiva, corrupção ativa e falsidade ideológica - todos apenados com pena de reclusão.

Do Pedido

Ante o exposto, o Ministério Público requer:

(...)

Afastamento de Sigilo Telemático.

1) seja deferida a quebra de sigilo telemático dos investigados Marcelo José da Costa Petry, Charles Valdir Hass e Luciano Poggia;

2) seja deferida a interceptação dos e-mails abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas:

Investigado: Marcelo José da Costa Petry

E-mail: (...)@mp.rs.gov.br;

E-mail: (...)@hotmail.com.

Investigado: Charles Valdir Hass

E-mail: (...)@hotmail.com;

E-mail: ch(...)@hotmail.com.

Investigado: Luciano Poggia

E-mail: (...)@mp.rs.gov.br;

E-mail: (...)@hotmail.com.

3) seja determinado ao respectivo Provedor de e-mail que - no prazo máximo de 10 (dez) dias - encaminhe o conteúdo das comunicações ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida (replicação), da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo

e e-mails apagados, bem como os lps de acesso (origem e destino), os logs, os dados cadastrais do usuário da respectiva conta, a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs.mp.br;

4) sejam expedidos os respectivos ofícios/mandados individualmente por provedor de e-mail, de forma a preservar o sigilo das informações e angariar celeridade à implementação das medidas investigatórias.

(...)

A medida constritiva restou assim deferida pelo Desembargador relator do feito (fls. 80/97):

Vistos

Requer o Ministério Público, através do Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições, o deferimento de medidas cautelares de *interceptação telefônica e telemática, afastamento do sigilo bancário, fiscal, bursátil, de dados telefônicos e do Mercado Segurador*, além de *busca e apreensão* em diversos locais.

São investigados no procedimento, pela suposta prática de diversos crimes, todos punidos com pena de reclusão, *Marcelo José da Costa Petry* (Promotor de Justiça), *Luciano Poglia* (Assistente da Promotoria de Justiça), *Charles Valdir Hass* (Comerciante), *Wilmar Gobbi*, *Arcildo Zuge* e *Gérson Corrêa de Mello* (os dois últimos Policiais Militares).

O pleito ministerial, da lavra do insigne Procurador-Geral de Justiça, é muito bem fundamentado e narra de forma minuciosa os fatos, com a participação de cada um dos agentes, tendo sido instruído com diversos documentos e oitiva de testemunhas, que confirmam a possível ocorrência da prática de crimes gravíssimos (corrupção passiva e ativa, peculato e falsidade ideológica), havendo razoáveis indícios de autoria ou participação de todos os investigados nas infrações penais.

Segundo consta da inicial e demais documentos, em que se baseia a fundamentação da presente decisão, o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry*, exercendo as funções na Comarca de Nonoai, teria estabelecido relações próximas com *Charles Valdir Hass* pequeno comerciante e Presidente da CONSEPRO. *Arcil Zuge*, Policial Militar Rodoviário Estadual, *Gerson Corrêa de Mello*, Policial Militar então Comandante da Unidade da Brigada Militar no município, e *Luciano Poglia* servidor do Ministério Público, dando início a uma série de possíveis infrações penais, dentre as quais destaco

Primeiramente, Marcelo teria se associado a Charles Hass, tornando-se sócio de fato em diversos empreendimentos. Posteriormente, teria passado a desenvolver a atividade empresarial se valendo do cargo de Promotor de Justiça, inclusive, iludindo e convencendo pessoas a ceder aos seus propósitos comerciais Vários

depoimentos, colhidos no procedimento investigatório e destacados na inicial, dão indícios dessa prática (fls. 4 a 9).

Há fortes indícios, também, da prática do crime de falsidade ideológica, porquanto, segundo a investigação, o promotor *Marcelo* e *Luciano Pogli*, assistente da Promotoria, em acordo de vontades e unidade de desígnios, teriam, diversas vezes, inserido declaração falsa em termos de audiência extrajudicial e de ajustamento de conduta produzidos em expedientes instaurados para apurar infração ambiental. Para tal, policiais militares realizavam fiscalizações ambientais. Após a identificação de eventuais infratores *Luciano Pogli*, com a anuência de *Marcelo* os notificava. Nas datas aprazadas, *Luciano Pogli*, na Promotoria Justiça de Nonoai, teria presidido, de fato, as audiências com as apontadas pelos órgãos responsáveis como perpetradoras de infração contra o meio ambiente, proposto acordos, estabelecido condições e filiado Termo de Ajustamento de Conduta com os notificados sem a presença do Promotor de Justiça *Marcelo*, mas inserido nos documentos que este presidiu todos os atos. A declarações de fls. 10 a 15 revelam indícios suficientes dessa prática.

As quantias acordadas nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) seriam sempre destinadas ao CONSEPRO, que era dirigido pelo investigado *Charles Hass*. Nesse aspecto, os TAC's beneficiariam *Charles* e *Marcelo*, irrigando as contas da CONSEPRO.

Fato que chama a atenção, é o expediente instaurado contra *Wilmar Gobbi*, havendo fortes indícios da ocorrência dos crimes de falsidade ideológica e corrupção. Segundo aponta o Ministério Público: (...)

(...)

Outros fatos envolvendo a possível prática dos crimes de peculato e corrupção (fls. 49), dizem respeito ao ajuste que *Marcelo* teria feito com *Arcildo Zuge* (policia), ocasião que teriam usado, por várias vezes, o posto da Polícia Rodoviária Estadual, onde este último trabalhava, para a abordagem de veículos que transportavam produtos irregulares e/ou ilícitos. *Marcelo* ainda teria acordado com *Gerson Corrêa de Mello*, comandante da unidade local da Brigada Militar, e com *Charles Valdir Hass*, seu sócio de fato e dirigente do CONSEPRO, de participarem das abordagens e das apreensões das mercadorias. *Marcelo*, *Arcildo Zuge*, *Gerson Corrêa de Mello* e *Charles Valdir Hass*, este inclusive usando colete do Ministério Público e arma, teriam realizado diversas abordagens de veículos no posto policial rodoviário estadual e apreendido mercadorias, que teriam sido levadas para depósitos pertencentes a *Charles Valdir Hass* e, dali, segundo informações carreadas aos autos, muitas tiveram destino ignorado, com indício de desvio.

Menciona o Procurador-Geral de Justiça, que os sinais exteriores de riqueza de *Marcelo José da Costa Petry* e *Charles Valdir Hass* no período em análise respaldariam os indicativos de que os referidos investigados teriam obtido vantagem ilícita em função do exercício do cargo de Promotor de Justiça pelo

primeiro, pois teria havido aparente evolução patrimonial, de forma rápida e incompatível com os rendimentos ordinários e formais dos investigados.

Como se vê, os fatos investigados são gravíssimos, apontando o Procurador-Geral de Justiça dificuldades para apuração dos supostos crimes, o que toma, ao meu ver, imprescindível o deferimento das medidas cautelares requeridas. Assim mencionou:

(...)

Portanto, com base nas informações e documentos trazidos, tenho que as medidas postuladas revelam-se imprescindíveis à investigação principalmente quando se busca apurar a práticas dos delitos de peculato, corrupção passiva, corrupção ativa e falsidade ideológica - todos apenados com pena de reclusão.

Assim, defiro o pedido, nos moldes postulados:

(...)

Afastamento de Sigilo Telemático

1) Defiro a quebra de sigilo telemático dos investigados Marcelo José da Costa Petry, Charles Valdir Hass e Luciano Poggia;

2) Defiro a interceptação dos e-mails abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

Investigado Marcelo José da Costa Petry

E-mail: (...)@mp.rs.gov.br;

E-mail: (...)@hotmail.com.

Investigado: Charles Valdir Hass

E-mail (...)@hotmail.com;

E-mail: ch(...)@hotmail.com:

Investigado: Luciano Poggia

E-mail: (...)@mp.rs.gov.br.

E-mail: (...)@hotmail.com

3) Determino que o respectivo Provedor de e-mail - no prazo máximo de 10 (dez) dias - *encaminhe o conteúdo das comunicações ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida* (replicação), da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo e e-mails apagados, bem como os IPs de acesso (origem e destino), os logs, os dados

cadastrais do usuário da respectiva conta a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs.mp.br.

4) Expeçam-se os respectivos ofícios/mandados individualmente por provedor de e-mail, de forma a preservar o sigilo das informações e angariar celeridade à implementação das medidas investigatórias.

(...)

Em posterior requerimento, o *Parquet* assim pautou a quebra do sigilo dos correios eletrônicos (fls. 107/124):

(...)

Assim que a prorrogação da interceptação telefônica e telemática, e a inclusão de novos terminais telefônicos, atinentes aos investigados *Marcelo Jose da Costa Petry*, *Charles Valdir Hass* e *Luciano Poglia* não só é necessária como se revela de enorme e evidente interesse para o sucesso da investigação, com a devida apuração dos fatos sindicados.

E, no que pertine à *prorrogação da interceptação dos e-mails e a interceptação de novo e-mail*, ambos utilizados pelo investigado *Marcelo José da Costa Petry*, podem ser utilizados os mesmos fundamentos do pedido de prorrogação e inclusão de novos terminais telefônicos. Afinal, as mensagens anotadas em relatório anexo apontam para comportamentos dos investigados em que se vislumbra a prática, em tese de ilícitos penais e a utilização de outro e-mail.

Inclusive, deve ser pontuado que, em e-mail trocado com terceiro não identificado, o investigado *Marcelo José da Costa Petry* declarou ter vendido participação em "usina", propriedade sempre negada pelo primeiro investigado quando instado em expedientes que tramitaram nas instâncias do Ministério Público.

Por fim, necessário que novas ferramentas de investigação sejam utilizadas para provar os fatos objeto da apuração, haja vista revelarem os procedimentos investigatórios, as interceptações telefônicas e telemáticas encontros entre os investigados e terceiros para a consecução de negócios e outras atividades aparentemente de cunho ilícito. Ferramentas eficazes são a captação ambiental, acústica, de imagem e som, e o registro de localização, em relação as quais se pede a Vossa Excelência autorização para o uso.

Ante o exposto, o Ministério Público requer:

(...)

Interceptação Telemática (e-mail).

1. seja deferida a prorrogação da interceptação dos e-mails abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo

respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas:

Investigado Marcelo José da Costa Petry

E-mail: (...)@mp.rs.gov.br;

E-mail: (...)@hotmail.com.

2. seja defenda a interceptação do e-mail abaixo referido pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas:

Investigado Marcelo José da Costa Petry

E-mail: ma(...)@hotmail.com.

3. seja determinado ao respectivo Provedor de e-mail que - no prazo máximo de 10 (dez) dias - encaminhe o conteúdo das comunicações do e-mail: ma(...)@hotmail.com, *ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida* (replicação). da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo e e-mails apagados, bem como os IPs de acesso (origem e destino), os logs, os dados cadastrais do usuário da respectiva conta, a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs.mp.br;

4. sejam expedidos os respectivos ofícios/mandados individualmente por provedor de e-mail, de forma a preservar o sigilo das informações e angariar celeridade à implementação das medidas investigatórias.

(...)

Por sua vez, o Desembargador relator deferiu o requestado nestes termos (fls. 126/134):

Vistos

O Ministério Público, através do Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições, requer a prorrogação da interceptação telefônica e telemática em relação aos investigados *Marcelo José da Costa Petry, Luciano Poggia, Charles Valdir Hass, Arcildo Zuge, Gerson Corrêa de Mello e Wilmar Gobbi*, a inclusão de novos terminais a serem interceptados, bem como autorização de captação ambiental. Defiro todos os pedidos, nos exatos termos em que postulados.

Fundamentação

O pleito ministerial está devidamente fundamentado e satisfaz os requisitos previstos na Lei n. 9.296/1996. De acordo com os relatórios parciais de

interceptação telefônica em anexo os diálogos interceptados revelam razoáveis indícios de autoria dos investigados na prática de crimes graves tais como falsidade ideológica, uso de documento falso peculato e outros de natureza ambiental. Portanto, nas circunstâncias, tanto pelas razões já expostas na decisão anterior, como pelos fundamentos ora exibidos pelo *Parquet* tenho que indispensável para investigação a renovação das interceptações telefônica e telemática.

Da mesma forma, impõe-se a interceptação dos novos terminais citados pelo Ministério Público, porquanto, no decorrer da investigação, restou clara a presença de outro colaborador - (...) (Negão) - não identificado anteriormente. Também restou apurado que o investigado *Charles Valdir Hass* faz uso de outros terminais - (...) - os quais devem ser incluídos na interceptação. Da mesma forma, deve proceder-se em relação ao terminal (...) informado pelo investigado *Marcelo José da Costa Petry*.

Quanto ao pleito de captação ambiental, acústica, de imagem e som, e registro de localização, entendo que são medidas adequadas e podem contribuir em muito para a apuração dos fatos investigados.

Assim, defiro:

(...)

Interceptação Telemática (e-mail).

1. Defiro a prorrogação da interceptação dos e-mails abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas:

Investigado Marcelo José da Costa Petry

E-mail: (...)@mp.rs.gov.br;

E-mail: (...)@hotmail.com.

2. Defiro a interceptação do e-mail abaixo referido pelo prazo de 15 (quinze) dias a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas:

Investigado Marcelo José da Costa Petry

E-mail: ma(...)@hotmail.com.

3. Determino ao respectivo Provedor de e-mail que - no prazo máximo de 10 (dez) dias - encaminhe o conteúdo das comunicações do e-mail ma(...)@hotmail.com, ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida

(replicação), da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo e e-mails apagados bem como os IPs de acesso (origem e destino), os logs, os dados cadastrais do usuário da respectiva conta, a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs.mp.br:

4. Expeçam-se os respectivos ofícios/mandados individualmente por provedor de e-mail, de forma a preservar o sigilo das informações e angariar celeridade à implementação das medidas investigatórias.

(...)

Do esmiuçar dos autos, apura-se que, para a decretação de medida constritiva, o órgão ministerial pontuou ser a investigação relativa a crimes punidos com reclusão e declinou o *fumus commissi delicti* como fundamento de cautelaridade para a restrição, com suporte inaugural em declarações e documentos obtidos.

No que tange à correspondência eletrônica do investigado, pertinente trazer a lição de Alexandre de Moraes, em comentário ao artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, ao externar que, “apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta”, sendo “possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179).

Portanto, o sigilo das diversas comunicações não é absoluto, gozando de proteção relativa, cujos limites são traçados na própria Carta Magna. E enalteça-se que, dado o correio eletrônico como forma de comunicação intersubjetiva do indivíduo, a relativização da presunção do sigilo também ocorre desde que diante da falta de outras medidas menos invasivas.

De fato, a providência cautelar de obtenção do teor dos e-mails é uma medida extrema, da qual se lança mão apenas quando outros meios se mostram infrutíferos, ou seja, sua determinação judicial não figura como regra, a ser empregada ao talante do magistrado, mas sim como último recurso, mediante o preenchimento de prévias condições legais e inafastáveis.

No caso em apreço, quanto aos correios eletrônicos do paciente, não se apresentou evidenciado o quadro de imprescindibilidade da providência, cujo efeito pretérito abrangeu lapso temporal superior a 10 (dez) anos - a partir de 1º.1.2004.

Para se afastar a arbitrariedade da constrição, considerando-se que a Lei n. 9.296/1996 não dispôs prazo máximo limite para a providência, apresenta-se clarividente a subordinação do *decisum* judicial à necessidade e à proporção da medida.

Portanto, apenas dispõe-se do método constritivo, entendido como *ultima ratio*, apenas pelo prazo razoável e indispensável para a consecução do arcabouço probatório na persecução penal, nos estreitos limites delineados pelo próprio Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira de intelecção, consoante o sufragado pela jurisprudência, o prazo deve ser regrado essencialmente pelo princípio da proporcionalidade (*vide* Inq n. 2.424/RJ; Relator(a): Min. Cezar Peluso; Julgamento: 26.11.2008; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJe-055 divulg 25.3.2010 public 26.3.2010), mostrando-se inviável a presente busca invasiva absolutamente desarrazoada - pelo ancho prazo de 10 (dez) anos -, pelo o que faz prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública, já que não explicitados e delimitados os motivos da constrição.

Com efeito, na decisão constritiva - ou mesmo na representação do *Parquet estadual* - não se depurou qual o motivo para a devassa no correio eletrônico do paciente pelo exorbitante período, nem mesmo o suporte para a data inaugural, a saber, 1º.1.2004.

Dessa maneira, tenho por extrapolado o marco de razoabilidade fixado por esta colenda Sexta Turma no seguinte julgado:

Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Princípio da razoabilidade (violação).

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo-se, porém, a interceptação “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

2. A Lei n. 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, ‘uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova’.

3. Inexistindo, na Lei n. 9.296/1996, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei n. 9.296/1996 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, evidente violação do princípio da razoabilidade.

4. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

(HC 142.045/PR, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 15.4.2010, DJe 28.6.2010)

Não se descarta que uma denúncia pode reportar-se a fatos longevos, cujo arcabouço probatório somente se aperfeiçoou em data atual. Entretanto, no tocante à providência cautelar prévia, ao necessitar o Estado de dispor do método constritivo dos direitos individuais, deve-se ter em voga a razoabilidade do período de constrição, atribuindo-se racionalidade ao próprio Estado Democrático de Direito, ao albergar valores subjacentes da justiça, obstando-se, desse modo, o arbítrio descomedido.

E não se pode conceber que a determinação de interceptação telefônica já pressuponha a quebra do sigilo também do correio eletrônico, pois há a necessidade de se demonstrar a imprescindibilidade da extensão da constrição inclusive para a modalidade de comunicação dada pelo e-mail, sempre delimitando período temporal sob o manto do brocardo da proporcionalidade, evocando a primazia do moderado, justo e racionalmente compreensivo, a expurgar excessos.

Nessa toada, na hipótese dos autos cuida-se que se decretou a quebra do sigilo das comunicações eletrônicas sem se delinear a pertinência com a pretensa conduta delitiva ou a exata motivação do prazo inaugural, de forma a legitimar a medida extrema.

É de ver, portanto, que a quebra violou o comando constitucional de motivação das decisões judiciais, conforme dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO ao tratar do direito à prova, assim leciona:

(...) é no pronunciamento judicial relativo à *admissão* das provas que se encontra o *núcleo* do direito aqui examinado: é a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelos interessados que caracteriza a observância do direito à prova; por isso, somente através de uma disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e adotadas após o debate contraditório, pode estar satisfeita a garantia. (*Direito à prova no processo penal*, São Paulo, RT, 1997, p. 88).

Nesse panorama, entendo que mostra-se, em verdade, equivocado o drástico afastamento do sigilo dos correios eletrônicos do paciente, para a apuração de supostos comportamentos contrários à lei.

À título ilustrativo, confirmam-se estes precedentes:

Habeas corpus. Interceptações telefônicas. Realização de diligências outras anteriores à quebra do sigilo. Quebra inicial válida. Novas medidas. Inúmeras prorrogações. Duração. Idêntica fundamentação. Empate verificado na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente.

1. Inexiste constrangimento ilegal se a quebra do sigilo das comunicações telefônicas é precedida de investigação prévia, como na espécie - quebra anterior de sigilos fiscal e bancário, informações de instituições financeiras e análise de documentos -, que evidencia a necessidade de se recorrer a tal meio probatório, por ser adequado e proporcional.

2. Como, no âmbito do inquérito policial, não há contraditório, o juiz, sem perder a imparcialidade, deve agir como fiscal único, sendo sua obrigação não o simples endosso de requerimentos feitos pelo Ministério Público ou pela Polícia, mas a análise cuidadosa da pertinência da medida, ainda mais diante da quebra de uma garantia constitucional.

3. Segundo a atual jurisprudência, é possível a renovação da interceptação telefônica por mais de um período de 15 dias (art. 5º da Lei n. 9.296/1996), especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua.

4. As sucessivas prorrogações de prazo devem ser concretamente fundamentadas. Quanto mais graves as imputações, maior deve ser o cuidado do julgador na observância das normas instrumentais que viabilizam o exercício do direito de defesa (Ministro Marco Aurélio por ocasião do julgamento do HC n. 83.515/RS, Relator Ministro Nelson Jobim, Pleno, DJ 4.3.2005).

5. A simples referência a decisões anteriores para autorizar, além da prorrogação, novos monitoramentos não serve como fundamento a autorizar inúmeras prorrogações.

6. Quando são solicitadas novas quebras é porque fatos novos surgiram, novas suspeitas, novos indícios; fatos, suspeitas e indícios evidentemente não existentes por ocasião da primeira decisão ou da decisão anterior. Diante de um novo quadro, uma nova decisão deve ser proferida, expondo claramente como os novos fatos, as novas suspeitas, as novas denúncias autorizam as seguintes diligências. Ante um novo contexto, inviável se considerar a prévia decisão vinculada a outra realidade como suficiente para justificar as quebras requeridas.

7. Na espécie, a decisão que determinou a primeira quebra do sigilo telefônico encontra-se devidamente fundamentada e legalmente amparada. Contudo nada de revelador foi encontrado nessa diligência.

Quando da seguinte decisão (23.7.2009), para autorizar novo monitoramento, o magistrado não utilizou como fundamento as razões presentes no pedido da autoridade policial nem mesmo na manifestação do Ministério Público Federal, a única motivação foi a decisão primeira, que autorizara a quebra inicial. E assim ocorreu sucessivamente, inclusive em relação a pessoas que não estavam sendo anteriormente investigadas.

8. Ordem parcialmente concedida.

(HC 200.059/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14.8.2012, DJe 2.10.2012)

Investigação criminal. Crime de evasão de divisas. Quebra de sigilo fiscal. Decisão sem motivação. Revogação.

1. Pedido e decretação de quebra de sigilo fiscal com o fim de colher mínimos elementos necessários à investigação.

2. Não foi declinado o *fumus commissi delicti*, pelo contrário, decretou-se a quebra a fim de buscá-lo.

3. Manifesta violação do art. 93, IX, da Constituição Federal.

4. Ordem concedida.

(HC 59.257/RJ, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 22.8.2006, DJ 19.11.2007, p. 296)

Habeas corpus. Sucedâneo do recurso ordinário. Inadmissibilidade. Interceptação telefônica. Inquérito civil público. Identificação de indícios razoáveis de prática delitiva. Inauguração de veio investigativo-criminal. Pleito da constrição direcionado ao Juízo criminal. Ilegalidade. Ausência. Fundamentação existente e suficiente. Quebra do sigilo das comunicações. Prazo superior a 15 dias. Possibilidade. Prorrogação automática. Inobservância do dever de motivar as decisões judiciais. Constrangimento ilegal caracterizado. Desentranhamento das provas ilícitas e daquelas delas derivadas.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, *a*, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Esta Corte, interpretando os dispositivos da Lei n. 9.296/1996, entende não ser imprescindível a prévia existência de inquérito policial ou formal, bastando que existam, anteriormente, indícios razoáveis de participação em crime, para lastrear o pedido de interceptação telefônica.

3. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Para que haja o seu afastamento, exige-se ordem judicial

que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada, conforme o inciso IX do art. 93. Hipótese presente no caso concreto.

4. Mostra-se motivada a decisão de interceptação telefônica, para perfeita elucidação dos crimes de peculato e quadrilha, em tese perpetrados por diversos vereadores, tendo-se apontado, no contexto, a imprescindibilidade da prova, que não poderia ser obtida por outros meios, dado o alto poderio das autoridades que delinquiriam justamente no seio da Câmara Municipal.

5. Dispõe o art. 5º da Lei n. 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, que a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

6. A despeito de contrariar a literalidade desse dispositivo legal, a limitação do prazo para a realização de interceptações telefônicas não constitui óbice ao deferimento da medida excepcional por período superior a 15 dias, desde que haja circunstanciada justificação. Precedentes.

7. A prorrogação da quebra de sigilo, não obstante a jurisprudência admitir tantas quantas necessárias, pode ocorrer, mas nunca automaticamente, dependendo sempre de decisão judicial fundamentada, com específica indicação da indispensabilidade da continuidade das diligências.

8. No caso, o magistrado, ao autorizar interceptações do fluxo de comunicações em sistema de telemática originadas e recebidas de determinados números de telefone pelo prazo de 15 dias, prorrogáveis automaticamente por mais 15 dias, e por 30 dias seguidos, não apresentou motivação concreta, caracterizando abusividade, a justificar a declaração de ilicitude de tais provas e daquelas delas derivadas.

9. *Habeas corpus* não conhecido e ordem concedida de ofício, nos termos do dispositivo.

(HC 242.590/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20.5.2014, DJe 21.8.2014)

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

2. Foi por meio da Lei n. 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – “renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

3. Inexistindo, na Lei n. 9.296/1996, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.

4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).

5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei n. 9.296/1996, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, evidente violação do princípio da razoabilidade.

6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

(HC 76.686/PR, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 9.9.2008, DJe 10.11.2008)

Em boa hora, trago o dito pelo parecerista ministerial atuante perante esta Casa de Justiça (fl. 2.272):

(...)

Verificamos que a decisão de quebra do sigilo telemático não se lastreou nos requisitos de cautelaridade, sendo proferida com argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar amparo à quebra de sigilo telemático por um período tão extenso (2004 a 2014), configurando, inegavelmente, invasão da intimidade do ora paciente.

(...)

Por fim, encontrando-se os co-investigados Charles Valdir Hass e Luciano Pogliã em situação análoga à do paciente, cujos sigilos dos respectivos correios eletrônicos foram quebrados na decisão de 22.5.2014 pelo mesmo período construtivo (fls. 80/105), é possível a extensão dos efeitos da ordem.

Ante o exposto, *concedo* a ordem, com extensão a dois co-investigados, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante das decisões, datadas de 22.5.2014 e 11.6.2014, que determinaram o afastamento dos sigilos dos correios eletrônicos do paciente e dos dois co-investigados, nos autos da Medida Cautelar n. 70059867093, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado

do Rio Grande do Sul, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz:

I. Contextualização

Informam os autos que, no âmbito da Operação Revelação – cujo objetivo era apurar a prática dos crimes de falsidade ideológica, corrupção e peculato –, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul representou perante a Corte estadual pela interceptação das conversas telefônicas e telemáticas do paciente, Marcelo José da Costa Petry, que é promotor de justiça daquele órgão.

Em 22.5.2014, o Desembargador Relator da Medida Cautelar n. 70059867093, deferiu, entre outras diligências, a quebra do sigilo dos correios eletrônicos [...]@mp.rs.gov.br e [...]@hotmail.com. Em 10.6.2014, o *Parquet* estadual ajuizou nova representação, sustentando o conluio entre o paciente e João Vianeir Rubin, então Prefeito do Município de Nonoai/RS, para praticar os crimes ambientais previstos nos arts. 44 e 67 da Lei n. 9.605/1998. E em 11.6.2014, o Desembargador relator autorizou a interceptação telemática postulada para abarcar também o e-mail [...]@hotmail.com.

As decisões autorizaram a interceptação telemática dos três referidos endereços eletrônicos para englobar o período de janeiro de 2004 – ano em que teria havido o início das práticas ilícitas reportadas – até a data da efetivação da medida (junho de 2014).

Em 15.12.2014, o Ministério Público ofereceu *denúncia contra o paciente*, juntamente com outros três corréus, pela prática de *corrupção* – art. 333, parágrafo único, c.c. o art. 62, I, ambos do Código Penal.

Neste *mandamus*, o impetrante consigna que o lapso discriminado é excessivo e desarrazoado, a caracterizar indevida devassa na intimidade do acusado, *in verbis*: “o caso em exame denota gravidade ímpar, quíçá inédita na jurisprudência brasileira: o magistrado coator acolheu o inusitado pedido do Ministério Público para interceptar as comunicações telemáticas do paciente de forma retroativa no período de 10 anos anteriores às respectivas autorizações,

avaliando verdadeira devassa, uma abusiva bisbilhotice investigatória desprovida de justa causa” (fl. 6).

Pede seja “reconhecida a ilegalidade de duas decisões que autorizaram, de uma única vez, a quebra do sigilo telemático do paciente desde janeiro de 2004 até junho de 2014” (fl. 6). Confira-se:

[...]

(a) *em sede de liminar*, seja determinado, à autoridade coatora

(a.1) que se abstenha de permitir o uso de qualquer interceptação telemática autorizada na Medida Cautelar n. 70059867093;

(a.2) que expeça ofício ao Ministério Público do Rio Grande do Sul a fim de que todas as comunicações telemáticas do paciente sejam lacradas e imediatamente encaminhadas ao TJRS, assim permanecendo até o julgamento do mérito do presente *writ*; e

(a.3) que suspenda o andamento da ação penal proposta na denúncia oferecida em apenso aos autos da Medida Cautelar n. 70059867093 até o julgamento do mérito do presente *writ*.

(b) *no mérito*, a concessão do *habeas corpus* para que seja reconhecida a nulidade das decisões datadas de 22.5.2014 e de 11.6.2014 proferidas nos autos da Medida Cautelar n. 70059867093 no que se refere à quebra do sigilo telemático das contas de e-mail [...] pelo prazo retroativo e ininterrupto de mais de dez anos, haja vista a flagrante ofensa ao que dispõe o artigo 5º, XII, da CF/1988, e os artigos 1º, parágrafo único, e 5º, *caput*, ambos da Lei n. 9.296/1996. [...]

Indeferida a liminar e prestadas as informações de fls. 2.228-2.266, foram os autos enviados ao Ministério Público Federal, que, em parecer do Subprocurador-Geral da República Mário Pimentel Albuquerque, oficiou pela concessão de ordem de ofício, “tão somente para determinar que o Tribunal de origem apresente fundamentação idônea quanto à necessidade da quebra de sigilo telemático do paciente” (fls. 2.270-2.274).

Manifestou-se a Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul às fls. 2.286-2.351, colhendo-se resposta da defesa às fls. 2.355/2.359.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora, considerando o fato de a constrição da comunicação eletrônica ter abrangido período superior a dez anos, de 2004 a 2014, “sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade”, *concedeu a ordem*, “a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios

eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida”.

Pedi vista dos autos, para sua melhor análise.

II. *A discussão do caso nas instâncias ordinárias*

O *Parquet* estadual, às fls. 10-78, *após discorrer minudentemente sobre os fatos imputados aos acusados*, requereu, perante a autoridade judiciária competente, o afastamento do sigilo de registros telefônicos (dados externos e de conteúdo), de dados telemáticos, bancário, fiscal, bursátil e do mercado segurador.

O Desembargador relator do feito deferiu o pedido nos seguintes termos:

Vistos.

Requer o Ministério Público, através do Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições, o deferimento de medidas cautelares de *interceptação telefônica e telemática, afastamento do sigilo bancário, fiscal, bursátil, de dados telefônicos e do Mercado Segurador*, além de *busca e apreensão* em diversos locais.

São investigados no procedimento, pela suposta prática de diversos crimes, todos punidos com pena de reclusão, *Marcelo José da Costa Petry* (Promotor de Justiça), *Luciano Poggia* (Assistente da Promotoria de Justiça), *Charles Valdir Hass* (Comerciante), *Wilmar Gobbi*, *Arcildo Zuge* e *Gérson Corrêa de Mello* (os dois últimos Policiais Militares).

O pleito ministerial, da lavra do insigne Procurador-Geral de Justiça, é muito bem fundamentado e narra de forma minuciosa os fatos, com a participação de cada um dos agentes, tendo sido instruído com diversos documentos e oitiva de testemunhas, que confirmam a possível ocorrência da prática de crimes gravíssimos (corrupção passiva e ativa, peculato e falsidade ideológica), havendo razoáveis indícios de autoria ou participação de todos os investigados nas infrações penais.

Segundo consta da inicial e demais documentos, em que se baseia a fundamentação da presente decisão, o Promotor de Justiça *Marcelo José da Costa Petry*, exercendo as funções na Comarca de Nonoai, teria estabelecido relações próximas com *Charles Valdir Hass* pequeno comerciante e Presidente da CONSEPRO. *Arcil Zuge*, Policial Militar Rodoviário Estadual, *Gerson Corrêa de Mello*, Policial Militar então Comandante da Unidade da Brigada Militar no município, e *Luciano Poggia* servidor do Ministério Público, dando início a uma série de possíveis infrações penais, dentre as quais destaco

Primeiramente, Marcelo teria se associado a Charles Hass, tornando-se sócio de fato em diversos empreendimentos. Posteriormente, *teria passado a desenvolver a atividade empresarial se valendo do cargo de Promotor de Justiça*, inclusive,

iludindo e convencendo pessoas a ceder aos seus propósitos comerciais. *Vários depoimentos, colhidos no procedimento investigatório e destacados na inicial, dão indícios dessa prática.* (fls. 4 a 9).

Há fortes indícios, também, da prática do crime de falsidade ideológica, porquanto, segundo a investigação, o promotor **Marcelo** e **Luciano Poglia**, assistente da Promotoria, em acordo de vontades e unidade de desígnios, *teriam, diversas vezes, inserido declaração falsa em termos de audiência extrajudicial e de ajustamento de conduta* produzidos em expedientes instaurados para apurar infração ambiental. Para tal, policiais militares realizavam fiscalizações ambientais *Após a identificação de eventuais infratores* **Luciano Poglia**, *com a anuência de* **Marcelo** *os notificava. Nas datas aprazadas,* **Luciano Poglia**, *na Promotoria Justiça de Nonoai, teria presidido, de fato, as audiências com as apontadas pelos órgãos responsáveis como perpetradoras de infração contra o meio ambiente, proposto acordos, estabelecido condições e filiado Termo de Ajustamento de Conduta com os notificados sem a presença do Promotor de Justiça* **Marcelo**, *mas inserido nos documentos que este presidiu todos os atos. A declarações de fls. 10 a 15 revelam indícios suficientes dessa prática.*

As quantias acordadas nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) seriam sempre destinadas ao CONSEPRO, que era dirigido pelo investigado Charles Hass Nesse aspecto, os TAC's *beneficiariam* **Charles** e **Marcelo**, *irrigando as contas da CONSEPRO.*

Fato que chama a atenção, é o expediente instaurado contra **Wilmar Gobbi**, havendo fortes indícios da ocorrência dos crimes de falsidade ideológica e corrupção. Segundo aponta o Ministério Público: [...]

Outros fatos envolvendo a possível prática dos crimes de peculato e corrupção (fls. 49), dizem respeito ao ajuste que Marcelo teria feito com Arcildo Zuge (policia), ocasião que teriam usado, por várias vezes, o posto da Polícia Rodoviária Estadual, onde este último trabalhava, para a abordagem de veículos que transportavam produtos irregulares e/ou ilícitos. Marcelo ainda teria acordado com Gerson Corrêa de Mello, comandante da unidade local da Brigada Militar, e com Charles Valdir Hass, seu sócio de fato e dirigente do CONSEPRO, de participarem das abordagens e das apreensões das mercadorias. Marcelo, Arcildo Zuge, Gerson Corrêa de Mello e Charles Valdir Hass, este inclusive usando colete do Ministério Público e arma, teriam realizado diversas abordagens de veículos no posto policial rodoviário estadual e apreendido mercadorias, que teriam sido levadas para depósitos pertencentes a **Charles Valdir Hass** *e, dali, segundo informações carreadas aos autos, muitas tiveram destino ignorado, com indício de desvio.*

Menciona o Procurador-Geral de Justiça, que os *sinais exteriores de riqueza de* **Marcelo José da Costa Petry** e **Charles Valdir Hass** *no período em análise respaldariam os indicativos de que os referidos investigados teriam obtido vantagem ilícita em função do exercício do cargo de Promotor de Justiça pelo primeiro, pois teria havido aparente evolução patrimonial, de forma rápida e incompatível com os rendimentos ordinários e formais dos investigados.*

Como se vê, **os fatos investigados são gravíssimos, apontando o Procurador-Geral de Justiça dificuldades para apuração dos supostos crimes, o que toma, ao meu ver, imprescindível o deferimento das medidas cautelares requeridas.** Assim mencionou:

A coleta da prova com efetividade, porém, esbarra objetivamente em **diversos obstáculos:**

a) **os Termos de Audiência e de Ajustamento de Conduta** em que **Luciano Pogliã**, por orientação e acordado com **Marcelo José da Costa Petry**, teria apresentado propostas e logrado destinar valores ao CONSEPRO, **estão armazenados na Promotoria de Justiça de Nonoai**, local onde **Luciano Pogliã** ainda trabalha e, por conseguinte, aos documentos tem acesso;

b) **os procedimentos criminais decorrentes de apreensão de mercadorias transportadas irregularmente**, e em que houve Transação Penal, **estão depositados no prédio do Foro de Nonoai**, RS, o que implica dizer que a presença ou qualquer solicitação dos investigadores em uma comunidade pequena como aquela ensejará sérios riscos de que os investigados tomem ciência antecipada da apuração e prejudiquem a coleta dos elementos de convicção;

c) **documentos de prestação de contas do CONSEPRO, outros dados relevantes e informações** sobre a destinação dos recursos recebidos pela Entidade, geralmente **são acautelados de forma provisória**, com o Presidente, face à inexistência de sede própria e ao rodízio na Presidência;

d) **Charles Valdir Hass** foi presidente do CONSEPRO, e **qualquer solicitação dos documentos de prestação de contas da entidade**, de outros dados relevantes, que eventualmente ficaram sob a guarda do investigado, e de informações sobre a destinação dos recursos recebidos para apurar eventual desvio e atuação previamente concertada, entre os requeridos, **também o alertará da investigação e lhe permitirá a oportunidade de eliminar os elementos de convicção** que o comprometam;

e) a mesma situação do item “c” se aplica a **Marcelo José da Costa Petry** e a **Luciano Pogliã**, no caso de eventualmente possuírem algum material que os comprometa penalmente a partir das suas atuações nos procedimentos administrativos que tramitaram na Promotoria de Justiça de Nonoai;

f) a utilização por **Charles Valdir Hass** de interposta pessoa – no caso **Marcos Cezar Carabaglialle** e sua empresa **Naturalis – Consultoria Ambiental Ltda** que, diga-se de passagem, coincidentemente, em trabalho reatado, forneceu o mesmo endereço e telefone da empresa de **Charles Valdir Hass** (fls. 1.707/1.719 do PIC 02/2012) - **Documento 25** - para apresentar projetos e executa-los nos procedimentos administrativos instaurados pelo sócio **Marcelo José da Costa Petry** a fim de apurar infração ambiental. [...]

Portanto, com base nas informações e documentos trazidos, tenho que as **medidas postuladas revelam-se imprescindíveis à investigação** principalmente quando se busca apurar as práticas dos delitos de peculato, corrupção passiva, corrupção ativa e falsidade ideológica - todos apenados com pena de reclusão.

Assim, defiro o pedido, nos moldes postulados: [...]

Afastamento de Sigilo Telemático

1) *Defiro a quebra de sigilo telemático* dos investigados Marcelo José da Costa Petry, Charles Valdir Hass e Luciano Pogliã;

2) *Defiro a interceptação dos e-mails abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias* a contar da efetiva implementação, com o desvio das mensagens, dos dados e arquivos para endereço eletrônico criado pelo respectivo Provedor de e-mail (conta espelho), a ser cumprida no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

Investigado Marcelo José da Costa Petry [...]

3) *Determino que o respectivo Provedor de e-mail - no prazo máximo de 10 (dez) dias - encaminhe o conteúdo das comunicações ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida (replicação), da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo e e-mails apagados, bem como os IPs de acesso (origem e destino), os logs, os dados cadastrais do usuário da respectiva conta a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: guardiao@mprs.mp.br.*

4) *Expeçam-se os respectivos ofícios/mandados individualmente por provedor de e-mail, de forma a preservar o sigilo das informações e angariar celeridade à implementação das medidas investigatórias. [...]* (fls. 80-97) (Destaquei).

O *Parquet* estadual, posteriormente, postulou a quebra do sigilo de outros correios eletrônicos, no que foi atendido pelo Desembargador relator (fls. 126-134).

III. Proteção legal do sigilo das comunicações

O sigilo das comunicações é protegido constitucionalmente (art. 5º, XII, CF) e o sigilo das comunicações na internet, especificamente, no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), que estabeleceu, como valor fundamental, entre outros, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do fluxo de suas comunicações pela internet e de suas comunicações privadas armazenadas. A Lei n. 9.296/1996, nos termos do § 1º do art. 1º, prevê a sua aplicação à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Com a evolução das comunicações eletrônicas, a doutrina, nacional e estrangeira, questiona se “o correio eletrônico deve ser equiparado à

correspondência postal ou, diferentemente, deve ser equiparado às comunicações efectuadas por telefone” (RODRIGUES, Benjamim Silva. *A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 108). A importância do tema está no fato de que, “para sabermos qual o regime jurídico-processual penal a aplicar às comunicações eletrônicas, nomeadamente as levadas a cabo por correio eletrônico, urge delimitar a verdadeira natureza das comunicações eletrônicas” (RODRIGUES, Benjamim Silva. *op. cit.*, p. 108).

Essa dúvida quanto ao regime jurídico a aplicar decorre do fato de a internet permitir não só a comunicação escrita, como a oral, em tempo real. Por isso, vários são os autores, coo os retrocitados, que defendem a necessidade de criar, *ex novo*, um regime específico para as comunicações eletrônicas.

IV. Subsunção dos fatos descritos na impetração à Lei n. 9.296/1996: interceptação ou busca e apreensão?

No caso vertente, a defesa alega a ocorrência de constrangimento ilegal em decorrência de “interceptação telemática pelo prazo ininterrupto e retroativo de mais de dez anos” (fl. 2), esclarecendo que “o diploma legal estabelece o prazo para a adoção da medida de interceptação telefônica/telemática. A propósito, veja-se o disposto no artigo 5º da Lei: [...] 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” (fl. 4, destaques no original).

O verbo *interceptar* tem por sentido, segundo o Dicionário Houaiss, “interromper o curso de; captar ou apreender”. Antônio Geraldo da Cunha (*Dicionário Etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982) esclarece que interceptar, de *intercepto*, cujo étimo é o latim *capere*, significa tomar, captar. O *Dicionário Brasileiro Globo* (44. ed. São Paulo: Globo, 1996, p. 358) define o seu significado como “interromper no seu curso, reter ou deter o que era destinado a outrem”.

No mesmo sentido se alinham diversos juristas. Luiz Flávio Gomes, por exemplo, entende que, no que se refere ao art. 10 da Lei n. 9.296/1996, a palavra interceptar tem o significado de “captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação *enquanto ela está acontecendo*” (GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296/1996*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 24).

Grinover, Fernandes e Gomes Filho também dão o mesmo sentido à referida palavra, *in verbis*:

O que importa salientar, dado o diverso tratamento conferido às interceptações (telefônicas ou ambientais), é que a configuração destas exige sempre a intervenção de um terceiro), ocorrendo a escuta e/ou gravação enquanto a conversa se desenvolve; até porque, etimologicamente (de *inter capio*), *interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa dos outros*. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175)

À evidência, portanto, *não é de interceptação* de conversas telefônicas ou telemáticas *que cuidam os autos*.

O *Parquet* estadual pediu – no que foi atendido pelo Desembargador relator da Medida Cautelar n. 0179272-56.2014.8.21.7000 – fosse “determinado ao respectivo Provedor de e-mail que – no prazo máximo de 10 (dez) dias – [encaminhasse] o *conteúdo das comunicações ocorridas de 01 de janeiro de 2004 até a data de efetivação da medida* (replicação), da caixa de rascunho, da lixeira, eventuais arquivos encaminhados ou recebidos em anexo e e-mails apagados, bem como os IPs de acesso (origem e destino), os logs, os dados cadastrais do usuário da respectiva conta, a lista de contatos, por meio eletrônico (CD/DVD) para o Juízo e, também, para o e-mail: *guardiao@mprs.mp.br*” (fl. 70).

De fato, *cuida-se de quebra de sigilo* de comunicações telemáticas, *mas não de interceptação*, porque a sua *captação não era atual* – afinal, elas *não* foram colhidas durante o seu percurso –, e, sim, referente a *arquivos das mensagens existentes* no período de 1º.1.2004 até a data de efetivação da medida [junho de 2014]. Demonstra-o, aliás, o próprio ato decisório, em cujos itens 1 e 2 diferenciam a decisão de deferir a “*quebra de sigilo telemático*” da “*interceptação dos e-mails*” abaixo referidos pelo prazo de 15 (quinze) dias ...”

Ou seja, embora não se tenha assim nominado o pedido, quanto às mensagens armazenadas pelo provedor da web, a medida implementada judicialmente, e que ora se hostiliza neste *writ*, *muito mais se aproxima, na sua essência, à busca e apreensão* de documentos virtualmente armazenados em provedor de internet, devendo, pois, regular-se pelo disposto no art. 240 do Código de Processo Penal:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

[...] f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; [...]

V. Idoneidade da fundamentação da medida

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, ao discorrerem sobre os requisitos da *busca e apreensão*, alertam que, dada a sua natureza de *providência cautelar*, são exigidos para sua perfeita efetivação os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, “com base em elementos concretos, justificadores da suspeita razoável de ser a medida necessária para a apreensão de fatos relevantes da causa” (*As nulidades no Processo Penal*. 12 ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 163-164).

Decerto que a quebra do sigilo de comunicações de um cidadão importa em sacrifício à sua intimidade e que muitos estados têm usado esse meio de obtenção de provas de forma geral e irrestrita, em resposta à criminalidade mais sofisticada ou ao terrorismo. *Mas não me parece ser esse o caso dos autos, como será demonstrado adiante.*

O que demanda exame, ao escopo de aferir a legalidade da medida cautelar, é se a autoridade judicial fundamentou devidamente sua decisão, apontando o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, nos limites que a proporcionalidade e a razoabilidade impõem, ante as peculiaridades do caso.

V.1. Fundamentação e fatos concretos atribuídos ao paciente

A Ministra Relatora, ao apresentar seu substancioso voto, *aduz não ter havido fundamentação* quanto à *necessidade* da medida de quebra do sigilo telemático do paciente, asserindo, como já destacado, que a decisão judicial foi prolatada “sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade”,

Com meu costumeiro respeito, *o conteúdo do processo mostra, neste particular, realidade totalmente diferente à que foi traduzida no voto de Sua Excelência*. Em verdade, *a fundamentação no ato hostilizado se mostra indubitavelmente presente*. Senão vejamos:

Vejamos.

O Desembargador relator, na decisão de fls. 80-105, especificamente nas fls. 80-84 *esmiuçou os fatos imputados ao paciente*.

Salientou que o pedido ministerial, da lavra do Procurador-Geral de Justiça, havia sido *muito bem fundamentado*, pois narrava “**de forma minuciosa os fatos, com a participação de cada um dos agentes**”, tendo sido instruído com diversos documentos e oitiva de testemunhas, que confirmam a possível ocorrência da prática de crimes gravíssimos (corrupção passiva e ativa, peculato e falsidade ideológica), havendo razoáveis indícios de autoria ou participação de todos os investigados nas infrações penais”.

Discorreu sobre as relações próximas entre o paciente e Charles Valdir Hass, Arcil Zuge, Gerson Corrêa de Mello e Luciano Poglia, destacando a associação com Charles Hass em diversos empreendimentos, se valendo do cargo de Promotor de Justiça, iludindo e convencendo pessoas a ceder aos seus propósitos comerciais, *tudo instruído com vários depoimentos*.

Relatou que o paciente e o assistente da Promotoria, em acordo de vontades e unidade de desígnios, teriam, diversas vezes, inserido declaração falsa em termos de audiência extrajudicial e de ajustamento de conduta produzidos em expedientes instaurados para apurar infração ambiental, a fim de perceber, indiretamente, as quantias acordadas nos Termos de Ajustamento de Conduta.

Narrou a prática dos crimes de peculato e corrupção do paciente com Arcildo Zuge, ocasião que teriam usado, por várias vezes, o posto da Polícia Rodoviária Estadual, para a abordagem de veículos que transportavam produtos irregulares e/ou ilícitos, que “teriam sido levados para depósitos pertencentes a Charles Valdir Hass e, dali, segundo informações carreadas aos autos, muitas tiveram destino ignorado, com indício de desvio”.

Mencionou os sinais exteriores de riqueza do paciente e Charles Valdir Hass a respaldar os indicativos de que os referidos investigados teriam obtido vantagem ilícita, de forma rápida e incompatível com os rendimentos ordinários e formais dos investigados.

V.2. Fundamentação quanto à imprescindibilidade da medida

Também não compartilho da opinião da Ministra Relatora, quando afirma não ter havido motivação do ato judicial sobre a *necessidade da medida* de quebra do sigilo das comunicações telemáticas do paciente.

A fundamentação, quanto a isso, é igualmente explícita e idônea.

Com efeito, o Desembargador relator, *em decisão de 25 laudas* (fls. 80-105), *esclareceu, especificamente às fls. 84/85 – em que transcreveu e incorporou ao decisum o arrazoado ministerial –, o porquê de ser imprescindível o deferimento das medidas cautelares* requeridas, *in verbis*:

[...] *Como se vê, os fatos investigados são gravíssimos, apontando o Procurador-Geral de Justiça dificuldades para apuração dos supostos crimes, o que toma, ao meu ver, imprescindível o deferimento das medidas cautelares requeridas. Assim mencionou:*

A coleta da prova com efetividade, porém, esbarra objetivamente em diversos obstáculos:

a) os Termos de Audiência e de Ajustamento de Conduta em que *Luciano Poggia*, por orientação e acordado com *Marcelo José da Costa Petry*, teria apresentado propostas e logrado destinar valores ao CONSEPRO, estão armazenados na Promotoria de Justiça de Nonoai, local onde *Luciano Poggia* ainda trabalha e, por conseguinte, aos documentos tem acesso;

b) os procedimentos criminais decorrentes de apreensão de mercadorias transportadas irregularmente, e em que houve Transação Penal, estão depositados no prédio do Foro de Nonoai, RS, o que implica dizer que a presença ou qualquer solicitação dos investigadores em uma comunidade pequena como aquela ensejará sérios riscos de que os investigados tomem ciência antecipada da apuração e prejudiquem a coleta dos elementos de convicção;

c) documentos de prestação de contas do CONSEPRO, outros dados relevantes e informações sobre a destinação dos recursos recebidos pela Entidade, geralmente são acautelados de forma provisória, com o Presidente, face à inexistência de sede própria e ao rodízio na Presidência;

d) *Charles Valdir Hass* foi presidente do CONSEPRO, e qualquer solicitação dos documentos de prestação de contas da entidade, de outros dados relevantes, que eventualmente ficaram sob a guarda do investigado, e de informações sobre a destinação dos recursos recebidos para apurar eventual desvio e atuação previamente concertada, entre os requeridos, também o alertará da investigação e lhe permitirá a oportunidade de eliminar os elementos de convicção que o comprometam;

e) a mesma situação do item “c” se aplica a *Marcelo José da Costa Petry* e a *Luciano Poggia*, no caso de eventualmente possuírem algum material que os comprometa penalmente a partir das suas atuações nos procedimentos administrativos que tramitaram na Promotoria de Justiça de Nonoai;

f) a utilização por *Charles Valdir Hass* de interposta pessoa – no caso *Marcos Cezar Carabaglialle* e sua empresa *Naturallis – Consultoria Ambiental*

Ltda que, diga-se de passagem, coincidentemente, em trabalho reatado, forneceu o mesmo endereço e telefone da empresa de Charles Valdir Hass (fls. 1.707/1.719 do PIC 02/2012) - Documento 25 - para apresentar projetos e executa-los nos procedimentos administrativos instaurados pelo sócio Marcelo José da Costa Petry a fim de apurar infração ambiental. [...] (fls. 84-85)

Faço observar que esse longo e relevante trecho da decisão judicial não constou da transcrição do voto da Ministra Relatora, embora tenha integrado a transcrição da representação do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, linhas antes.

Saliento que, *a par da explícita fundamentação constante* – como visto – *do voto do Desembargador-Relator da providência cautelar requerida pelo Ministério Público, a representação a que a decisão judicial faz expressa alusão, contém 9 itens (letras a a i – fls. 57-60), cada qual contendo, em detalhes, os motivos pelos quais era indispensável a utilização de outros meios*, além dos que já haviam sido empregados – basicamente com o depoimento de diversas testemunhas – para a *obtenção de prova documental*, mais imune, portanto, a questionamentos, *acerca das inúmeras ilicitudes penais* atribuídas ao paciente.

Há, pois, *um capítulo inteiro da representação do Ministério Público, intitulado das dificuldades de apuração dos fatos de corrupção ativa e passiva, peculato e falsidade ideológica, necessidade de utilização de outras ferramentas de investigação, necessidade de sigilo da investigação*, de modo que ***soa absolutamente fora do contexto fático constante dos autos afirmar que a decisão judicial*** – *que, insisto, apoia-se expressamente na representação ministerial* – ***não indica os fundamentos necessários para autorizar as providências cautelares*** hostilizadas neste *writ*.

V.3. Proporcionalidade da medida cautelar

A proporcionalidade é intrínseca à própria narrativa da autoridade judicial, ao deferir *medida cautelar com o objetivo de carrear provas de crimes aparentemente cometidos em interregno que supera 10 anos*.

Forçoso concluir pela proporcionalidade da medida, haja vista que *os únicos dados* – de acordo com a justificativa judicial apresentada, com apoio no que asseriu o representante do Ministério Público – *que poderiam documentalmente comprovar crimes tão antigos, que se prolongaram por tempo demasiado, eram os dados contemporâneos aos atos ilícitos, i.e., os constantes de correspondências arquivadas por provedores de internet entre 2004 e 2014*.

A Ministra relatora afirmou que, “no tocante à providência cautelar prévia, ao necessitar o Estado de dispor do método constritivo dos direitos individuais, deve-se ter em voga a razoabilidade do período de constrição, atribuindo-se racionalidade ao próprio Estado Democrático de Direito, ao albergar valores subjacentes da justiça, obstando-se, desse modo, o arbítrio descomedido”.

Perfeito o posicionamento, o qual subscrevo. E é precisamente a hipótese ora em exame, porquanto, *justamente pelos atos delitivos haverem se protraído ao longo de 10 anos*, não diviso outro modo de obter a prova documental desses atos que não por meio da questionada intervenção cautelar probatória, por todo o período que teria perdurado o comportamento criminoso imputado ao Promotor de Justiça.

Impõe não desconsiderar *as dificuldades de obtenção de provas* relativas a atos de *agente político que, em tese, possui todas as possibilidades* para, num piscar de olhos, eliminar qualquer vestígio de seus atos, *pelo ilimitado acesso e pela disponibilidade que naturalmente detém sobre o escritório da promotoria, conforme bem evidenciado nas razões do pedido ministerial, acolhidas expressamente pelo Desembargador estadual.*

Destaco, a propósito, específico trecho da representação – integralmente transcrita e *adotada* per relationem na *decisão* da autoridade judiciária competente – em que se afirma:

Some-se a isso que o afastamento do sigilo de dados telefônicos, bancários, fiscais, bursátil e do mercado segurador são *imprescindíveis para apuração da verdade real e, no momento, capazes de elucidar os fatos em sua plenitude e estabelecer os vínculos* entre os requeridos **Marcelo José da Costa Petry**, **Charles Valdir Hass**, **Luciano Poglia** e **Wilmar Gobbi** e provar os crimes atribuídos aos investigados.

Ainda é importante estabelecer os vínculos entre **Luciano Poglia**, **Marcelo José da Costa Petry** e **Charles Valdir Hass** com *terceiras pessoas*, envolvidas em ilícitos e, especialmente, *provar que, nos dias das audiências na Promotoria de Justiça de Nonoai, o Promotor de Justiça sequer estava na cidade e no prédio da Instituição e os atos formais foram presididos e conduzidos pelo servidor do Ministério Público, com apoio e colaboração criminosa de Charles Valdir Hass e Marcelo José da Costa Petry, constituindo a quebra de sigilo de dados telefônicos em o instrumento adequado para esse desiderato.*

As mesmas providências mostram-se relevantes para *analisar a como e de que forma* **Gerson Correa de Mello** e **Arcildo Zuge** estavam articulados com **Marcelo José da Costa Petry** e **Charles Valdir Hass** nas abordagens e apreensão de mercadorias irregulares e/ou ilícitas.

Enfim, a utilização excepcional dessas medidas e ferramentas de investigação (busca e apreensão, interceptação telefônica e telemática, afastamento do sigilo de dados telefônicos, bancários, fiscais, bursátil e do mercado segurador) viabilizará a coleta e a preservação da prova, análise de vínculos entre as partes, a contextualização de diálogos e textos com atuações processuais e administrativas, a compreensão da movimentação financeira dos investigados e do CONSEPRO, do acréscimo patrimonial sem lastro e eventualmente do uso de bolsa de valores para aplicação de dinheiro mal havido. (fls. 86/87)

Vejam, eminentes pares, o quão justificadas foram as medidas cautelares questionadas. Digo que *poucas vezes vi, em processos submetidos a julgamentos desta Corte, explicações tão convincentes acerca da necessidade das providências sob exame*. Amiúde nos deparamos, *v.g.*, com interceptações telefônicas em que quase nada se diz sobre a sua indispensabilidade e sobre a inexistência de outros meios menos invasivos a adotar. No caso presente, *fez-se toda uma análise inicial sobre os indícios de autoria delitiva*, reportando-se aos depoimentos colhidos durante a investigação *para, em seguida, apresentar os motivos pelos quais seria necessário a quebra dos sigilos* de dados telefônicos e telemáticos, sobretudo para estabelecer os vínculos subjetivos que comprovariam, definitivamente, as práticas ilícitas noticiadas.

V.4. Razoabilidade da apreensão de correspondências eletrônicas contemporâneas aos noticiados fatos ilícitos

Não se me afigura justificável que, em investigação de delitos de corrupção e peculato, a justiça criminal seja refratária à obtenção de provas mais confiáveis do que a testemunhal, sempre sujeita a subjetivismos e incertezas.

O que haveria de ilegal em se buscar e apreender o registro escrito de mensagens eletrônicas havidas no passado, se são elas, supostamente, a materialização dos vínculos e das condutas ilícitas investigadas?

É inusitado observar que *não se questiona a busca e apreensão de “documentos, livros contábeis, equipamentos de informática (desktops, notebooks, netbooks e tablets), mídias eletrônicas (CDs, DVDs, pendrives e HDs externos e internos) e outros elementos de convicção que possam ter vinculação com a presente investigação”* (fl. 87), mas se acoima de ilegal a obtenção das mensagens eletrônicas armazenadas nesses mesmos computadores e mídias.

Onde residiria, essencialmente, a diferença entre apreender correspondências ou mensagens copiadas em mídias eletrônicas e apreendê-las em caixas virtuais de servidor da internet?

E o que é mais invasivo à intimidade de alguém: examinar todo o conteúdo de discos (HDs) de computadores, laptops, notebooks, tablets, pendrives, de que pode resultar a visualização e coleta de fotografias, cartas, registros pessoais etc - bastando, para tanto, que se determine a busca e apreensão desses componentes de informática - ou examinar apenas as correspondências eletrônicas conservadas, tal qual se fosse um arquivo físico, nas caixas de mensagens (entrada, rascunho, lixeira, itens enviados e recebidos) do provedor de email?

Imagine-se, por hipótese, que todas essas correspondências houvessem sido impressas e guardadas em uma pasta. Não poderiam ser elas objeto de busca e apreensão, na forma legal prevista? Obviamente que poderiam. *Por que, então, reputar ilegal sua apreensão enquanto se encontram, virtualmente, armazenadas em um arquivo digital, em meio eletrônico?*

Se crimes objeto de qualquer investigação distam no tempo, onde haveria limitação - a não ser o prazo prescricional - para se buscarem as correspondentes evidências de seu cometimento? Na espécie, demonstrou-se, por depoimentos colhidos nos autos, que os ilícitos poderiam ter sido perpetrados a partir do ano de 2004, repetindo-se ao longo do tempo em que o referido promotor de justiça esteve lotado no município de Nonoai (RS). Logo, nada mais lógico e natural que se busquem provas contemporâneas às práticas delitivas.

Não vejo a decantada irrazoabilidade na pretensão de buscar-se, *em passado contemporâneo aos fatos criminosos imputados ao paciente* provas documentais consubstanciadas em correspondências virtuais. A esse respeito Benjamim Silva Rodrigues, ao analisar o *princípio da proibição de excesso em matéria de sigilo de correspondência*, lembra que a observância dos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade da medida, que autoriza a sua apreensão, implica que o *direito fundamental ao segredo seja limitado de acordo com o necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*.

Aduz que, “no que respeita à necessidade da medida, no seguimento da *Jurisprudência do Tribunal Europeu, tem-se entendido, sobretudo em matéria de intervenção telefônica, mas com igual validade para as medidas de apreensão de correspondência*, que a ingerência pela autoridade pública tem de constituir uma medida adequada e tolerada numa sociedade democrática e, por outro lado, necessária para a defesa da segurança pública, ordem e prevenção dos crimes, para a protecção dos direitos e liberdades fundamentais” (SILVA RODRIGUES, Benjamim. *A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 60-61).

Enfatiza que “[se] deve entender que a apreensão e abertura da correspondência é o único meio para descobrir a existência do crime e os seus elementos constitutivos ou, no mínimo, porque se trata do meio de obtenção de prova menos lesivo e invasivo dos direitos fundamentais envolvidos. Por outro lado, é inerente à idéia de necessidade o facto de só esse meio dar garantias de se atingir o desiderato último da investigação criminal” (*Ibidem*, p. 61).

Por fim, entende – e aqui, certamente, *o correio eletrônico tem similaridade com a correspondência e não com a comunicação de voz* – que, em matéria da fixação do prazo, “*coloca-se de forma distinta daquilo que ocorre em matéria de interceptação e gravação de comunicações telefônicas e outras a elas equiparadas. De facto, importa distinguir as diligências que se esgotam com a simples apreensão ou captação da comunicação concreta, pois, relativamente a essas, tornar-se-á desnecessário fixar qualquer prazo*” (*Ibidem*, p. 62 - destaques não originais).

Tais conclusões afastam, a meu sentir, a incidência dos limites temporais estabelecidos na Lei n. 9.296/1996 para as conversas telefônicas, que, como salientado, *se diferenciam sobremodo das correspondências por email já realizadas*, nas quais não há mais “comunicação de voz”, *diferenciando-se das correspondências em geral apenas porque chegam ao destinatário não por meio físico, mas virtual*.

V. 5. Direito à prova

Vejo, assim, com preocupação a *possível obstrução a que o titular da ação penal*, por meio do devido processo legal – decisão, suficientemente motivada, de autoridade judiciária competente – *produza prova sobre os fatos que legitimamente investiga. Como salientado por Pierobom de Ávila*,

Assentado o pressuposto do princípio da busca da verdade, uma verdade processualmente limitada, mas teleologicamente dirigida a uma maior aproximação possível com a realidade dos fatos submetidos à apreciação judicial, decorre a consequência de que as partes envolvidas no litígio devem ter o direito de produzir as provas necessárias a influenciar a formação da convicção do juiz. (...) O direito de acesso ao Poder Judiciário, expresso no direito de ação e de defesa, traz implícito em si o direito à prova como direito à prestação jurisdicional justa, adequada aos fatos objeto do litígio (PIEROBOM DE ÁVILA, Tiago André. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87, destaquei)

Bem pontua referido autor, após destacar que a produção da prova pela defesa vem expressamente previsto no Pacto de São José da Costa Rica, que:

Além da defesa, não há dúvidas de que a acusação também possui um direito à produção da prova necessária à apuração dos fatos. Segundo Magalhães Gomes Filho [Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1997, p. 84], não há razão para negar esse direito aos titulares da ação penal, pois [...] se a Constituição (art. 129, I) ou a lei (art. 30, CPP) lhes confere a iniciativa da persecução, obviamente também está lhes atribuindo os poderes de investigação em todas as atividades processuais, sobretudo aquelas destinadas à demonstração dos fatos em que se funda a acusação; outra coisa não se traduz dos princípios da igualdade e do contraditório (op. cit., p. 88, destaquei)

VI. Dever estatal de agir

O caso em exame diz respeito a acusações graves contra um membro do Ministério Público estadual. Uma autoridade a quem o sistema normativo nacional atribui poderes amplos de investigação, de promoção da ação penal pública, de postulação e de fiscalização sobre quase todos os setores da vida social, *máxime por se tratar de agente ministerial atuante em pequena cidade do interior do Estado do Rio Grande do Sul*, onde, notoriamente, sobrelevam a autoridade e o prestígio, perante a comunidade, de quem ostenta o honroso título de Promotor de Justiça.

As responsabilidades, em situação tal qual a narrada, são *diretamente proporcionais às prerrogativas e poderes que derivam do cargo*, quer por previsões legal (Lei Orgânica dos Ministérios Públicos estaduais) e constitucional (arts. 127 e seguintes da C.R. de 1988), quer pelas facilidades que uma autoridade dessa envergadura detém na condução de todas as questões de interesse da comunidade local.

Assim, é de compreender-se o empenho e a atenção dada ao caso pelos órgãos de cúpula do Ministério Público gaúcho. Acusações de corrupção, de peculato e de falsidade ideológica, supostamente praticadas no exercício do cargo e em razão dele, por quem jurou obediência às leis e à Constituição do país, atraem, naturalmente, todos os esforços tendentes a esclarecer os fatos, de modo a, se comprovados, punir os responsáveis, quer no âmbito funcional-disciplinar, quer no âmbito penal.

Agir de outro modo seria contraditório aos fins de uma República e frustraria as legítimas expectativas sociais em relação à Instituição justamente incumbida da persecução penal de autores de crimes em geral. Não esgotar todos os meios legais e legítimos de investigação quando o conjecturado autor

dos crimes é um fiscal da ordem jurídica é comprometer não apenas o nome da Instituição mas também a sua credibilidade.

Não dividido, assim, com o discurso que procura igualar uma determinação judicial expedida pela autoridade competente, exaustivamente motivada e apoiada em prévia investigação, a uma “devassa” ou a “bisbilhotice desprovida de justa causa”, como, eloquentemente, asseveram os combativos e nobres impetrantes.

A bem da verdade, o STJ já assentou que, havendo a demonstração da necessidade da medida, deve ser autorizada a quebra do sigilo de dados armazenados em computador, como se depreende do REsp n. 625.214/SP, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 8.3.2007, no qual obtemperou, *in verbis*:

[...]

In casu, ao que se tem, a providência requerida pela Procuradoria da República, mostra-se imprescindível à devida elucidação dos fatos, mormente porque ante os elementos já coligidos nos autos estão presentes indícios da prática de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Com efeito, afora as irregularidades constatadas na ação falimentar - em que se declarou a falência da empresa Gallus Agropecuária Ltda, de propriedade dos ora recorridos, com a imputação, inclusive, de diversos crimes falimentares, tais como inexistência de livro obrigatório, escrituração atrasada, desvio de bens, omissão na escrituração e fraude falimentar -, a própria *notitia criminis* apresentada pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, apontando “grande número de investidores lesados pelas atividades da sociedade gerida pelos apelados, havendo mais de 500 (quinhentos) protestos contra a Gallus Agropecuária Ltda.” (fl. 729), autorizam, por sem dúvida, a pleiteada quebra do sigilo dos dados insertos no computador dos investigados.

E não há falar, por outro lado, em ausência de fundamentação do requerimento de quebra de sigilo, que apontou existirem nos computadores apreendidos “outras informações relevantes, às quais ainda não se teve acesso, por não ter sido efetuada a necessária perícia” (fl. 391), sendo certo, ademais, que não se pode furtar o Parquet de buscar os elementos de prova suficientes à formação de sua opinio delicti, ainda mais em casos tais como o dos autos, em que se mostram fortes os indícios de crime contra o sistema financeiro nacional, tipificados nos artigos 1º e 16 da Lei n. 7.492/1986, consistentes na operação de instituição financeira sem a devida autorização do Banco Central, sendo, pois, inadmissível que sob uma garantia individual prevista na Constituição da República permaneçam acobertados estes graves delitos.

Gize-se, em remate, que não se está a pretender uma “devassa” na vida dos investigados, eis que se deixou bem certo na representação ministerial que a perícia está relacionada à apuração de crimes contra o sistema financeiro nacional. [...] Destaquei.

Confira-se a sua ementa:

Recurso especial. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Inquérito policial. Quebra de sigilos de dados em CPU de computador. Necessidade da medida demonstrada. Recurso parcialmente conhecido e provido.

1. A apreciação de violação de dispositivos constitucionais é matéria estranha ao âmbito de cabimento do recurso especial (artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal).

2. A proteção do sigilo de dados, ainda quando armazenados em computador, não tem caráter absoluto. Precedentes do STJ e do STF.

3. Havendo indícios da existência de crime, tanto quanto a demonstração da necessidade da medida, deve ser autorizada a quebra do sigilo de dados armazenados em computador.

4. Recurso parcialmente conhecido e provido.

(REsp n. 625.214/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 29.6.2007)

No mesmo sentido, o seguinte julgado do plenário do *Supremo Tribunal Federal*, exarado nos autos do RE n. 418.416 em 10.5.2006, em que o relator, Ministro *Sepúlveda Pertence*, ressalta que “a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da **comunicação** ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’, ainda quando armazenados em computador”. Confira-se a sua ementa:

(...)

IV - Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso.

1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.1994, Galvão, DJU 13.10.1995), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a conseqüente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental.

2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial.

3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve “quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial”.

4. A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação “de dados” e não dos “dados em si mesmos”, ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.1995, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270).

V - Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, § 2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal).

(RE n. 418.416, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2006)

V.6. *Equilíbrio dos interesses subjacentes à persecução penal*

Não implica isso afirmar que tudo o que se fizer ao propósito de apurar os fatos está legitimado. Não, *no processo penal os meios justificam os fins*, e não o contrário. É mister que o empenho acusatório e o controle jurisdicional se pautem, respectivamente, pela *objetividade da atuação do Ministério Público e pela imparcialidade judicial*, esta sindicável pela demonstração, em fundamentação idônea, de que a decisão judicial encontra lastro legal e que se compatibiliza com o juízo de proporcionalidade.

São, portanto, justos e legítimos os anseios por um *sistema de justiça criminal eficiente, célere*, que cumpra sua *função dúplice de proteção das liberdades públicas (de inocentes e culpados) e de responsabilização e punição apenas dos culpados*. Um sistema que consiga a conciliação entre eficiência e garantismo, sob a premissa de que é eficiente o sistema que, sem sacrificar o exercício dos direitos e garantias individuais, consiga atender aos interesses sociais reproduzidos em um processo penal. Em verdade, *no conflito entre o interesse estatal na punição dos culpados (ius puniendi) e o interesse individual na manutenção da liberdade (ius libertatis)*, é o Estado mesmo que está obrigado a garantir ambas as metas apenas aparentemente opostas: assegurar a ordem e a segurança públicas e defender a liberdade (em sentido lato) do indivíduo.

É mister, nesse particular, pontuar que a *dimensão dos direitos fundamentais* inerentes à persecução penal *não se esgota no dever estatal de proteção do acusado*, em geral consubstanciado nos direitos e garantias individuais a que aludem vários dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal. Inserir-se nesse

preceito constitucional outros mandamentos endereçados ao Estado, que podem, eventualmente, resultar na restrição das liberdades públicas, em nome de bens e interesses também protegidos pelo poder estatal, por igualmente interessarem à comunidade.

Essa, aliás, seria a função mais importante do Direito Penal (*lato sensu*) no entender de Luigi FERRAJOLI (*Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 270), que identifica na proibição e na ameaça penais o meio legítimo para proteger os possíveis ofendidos contra os delitos, e no julgamento e inflição de pena, o instrumento de proteção dos réus (e dos inocentes suspeitos) contra vinganças e outras reações, formais ou não, mais severas.

Em igual direção se posiciona Claus ROXIN (*Problemas fundamentais de direito penal*. 2ª ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 76), ao asseverar que “o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo”.

É dizer, quando o Estado adota medida coativa em desfavor do acusado, não se está a negar a proteção de que este goza como sujeito passivo da persecução penal. No dizer de V. GREVI (*Alla ricerca di un processo penale “giusto”*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 13), a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado, as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo.

Daí o porquê de ter-se uma *perspectiva objetiva dos direitos fundamentais*, que não somente autoriza eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também implica a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – *preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito* – os quais passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146).

Por consequência, ao Estado-juiz, como órgão responsável pela jurisdição penal, caberá apreciar qual dos interesses aparentemente contrapostos, o poder punitivo ou o poder de coerção, de um lado, e o direito à liberdade, de outro, há de prevalecer na situação concreta que lhe é colocada a decidir. É dizer, *será tanto*

ilegítima a omissão estatal do dever de proteção da sociedade, por atuação insuficiente dos seus órgãos repressivos, quanto o excesso eventualmente cometido em desfavor do imputado, ao argumento de ser devida a proteção penal efetiva de toda a coletividade.

Em contraponto, dessarte, à *proibição de excesso* dos órgãos e agentes estatais em relação ao indivíduo a quem se imputa a prática de infração penal – releva também dar igual importância à *proibição de proteção insuficiente* de toda a coletividade, pelo mesmo Estado (STRECK. Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Revista da AJURIS, ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180), porquanto ainda na linha do constitucionalista gaúcho, que alude ao ensinamento de João Baptista Machado (*Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra Editora, 1998), “a ideia de Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos” (p. 180).

VI. Conclusão

À vista dessas considerações, Senhor Presidente e eminentes pares, por não identificar ilegalidade no ato judicial objeto da impetração, peço vênica para divergir do voto da Ministra Relatora e, por conseguinte, não conhecer do *writ*.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: O cerne da questão diz respeito à possibilidade de a autoridade coatora ter determinado a quebra do sigilo telemático do paciente de forma retroativa, atingindo os últimos dez anos.

Não nego que o requerimento apresentado pelo Ministério Público estadual, acolhido pela autoridade coatora de forma expressa, inclusive com a reprodução de diversos trechos, apresentou indícios concretos de autoria e materialidade e razões suficientes para as quebras de sigilo autorizadas (telefônico, telemático, bancário, fiscal e outros), bem como para as buscas e apreensão.

Porém, chama a minha atenção a questão específica tratada na presente impetração: a quebra, ou no dizer do Ministro Schietti, a busca e apreensão de *e-mails* presentes na caixa postal do paciente nos últimos dez anos. Não vi – li e reli os pedidos formulados pelo Ministério Público estadual e a decisão impugnada – nenhuma justificativa para esse lapso temporal. Por que dez anos?

Por que não cinco? Por que não três? Tal explicitação parece-me importante, até porque vários dos fatos denunciados e em apuração são recentes, sendo desnecessário, aparentemente, que a investigação retroaja a dez anos atrás. A ausência de justificativa, tanto no pedido formulado pelo *Parquet* estadual quanto na decisão, para uma medida aparentemente desproporcional e incomum faz-me acompanhar a eminente Relatora.

Concedo a ordem, com extensão aos coinvestigados.

HABEAS CORPUS N. 354.789-PE (2016/0109896-2)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Impetrante: Pedro Avelino de Andrade e outros

Advogado: Pedro Avelino de Andrade e outro(s)

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: Sávio Rogério de Souza Neiva Coelho

EMENTA

Habeas corpus. Crimes contra a ordem tributária. Dosimetria da pena. Redimensionamento. Possibilidade. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fundamentação inadequada. Continuidade delitiva. Aplicação de critério objetivo. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *writ*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionabilidade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

3. A culpabilidade analisada sob o vértice da (potencial) “consciência da ilicitude” encontra-se atrelada ao seu sentido estrito, quando associada ao conceito analítico de crime, não sendo, portanto, associada a qualquer valoração afeta às circunstâncias antevistas no art. 59 do Código Penal.

4. Revela-se patente o descompasso da fundamentação utilizada de forma a concluir pela conduta social desabonadora atribuída ao réu, tendo em vista que a intenção de obter lucro facilmente é inerente ao próprio tipo penal, como o próprio magistrado sentenciante, contraditoriamente, assinalou quando da análise dos motivos que conduziram o agente à prática do ilícito.

5. No tocante as ações penais em curso, ainda que sentenciados, porém, sem a cobertura do manto da coisa julgada, diversamente do que fora considerado pelo douto sentenciante, não podem ser consideradas a fim de macular a conduta social, sob pena de flagrante afronta ao corolário da segurança jurídica, bem como ao princípio da não culpabilidade, petrificado na Magna Carta.

6. Com supedâneo no Verbete n. 444 de Súmula desta Corte Superior, tem-se como firme o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados para exasperar a pena-base, seja como maus antecedentes, ou como personalidade, voltada à prática de delitos, fundamento que foi utilizado para a valoração negativa da vetorial em comento.

7. Cumpre gizar que “é pacífica na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de agravamento da pena base com fundamento no elevado prejuízo causado aos cofres públicos resultante dos tributos sonegados, ante a valoração negativa das consequências delitivas já que maior a reprovabilidade da conduta” (AgRg no REsp 1.134.199/PR, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 28.11.2012).

8. Note-se a sutil diferença entre o fato de o Erário ainda não ser sido ressarcido e a relevância do prejuízo causado, sendo certo que apenas frente ao considerável sangramento dos cofres públicos poderá vir a ser considerado como consequência do fato típico que dê azo à majoração da pena-base, haja vista que, apenas inserto neste aspecto, caberia a análise da hipótese em concreto fugir do âmbito das raíais ordinárias seqüelas do delito contra a ordem tributária.

9. Noutros termos, apenas frente ao importe desfalcado das finanças públicas poder-se-ia adentrar no plano das consequências do crime, o que não ocorreu no caso em tela, já que o juízo singular limitou-se a referir que o erário não foi restituído.

10. Não se pode olvidar que “na exasperação da pena pela continuidade delitiva predomina o critério objetivo, segundo o qual a fração de aumento varia de acordo com a quantidade de crimes praticados em continuidade” (AgRg no HC 249.012/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 2.4.2013, DJe 09.4.2013).

11. *Writ* não conhecido. Ordem concedida *ex officio* para, redimensionar a pena do paciente, substituindo-a por duas restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Adv. Célio Avelino de Andrade, pela parte paciente: Sávio Rogério de Souza Neiva Coelho.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Sávio Rogério de Souza Neiva Coelho*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990 c/c art. 71 do Código de Penal, sob a narrativa de ter supostamente deixado de recolher ICMS no valor de R\$ 54.304,37 (cinquenta e quatro mil, trezentos e quatro reais e trinta e sete centavos). Posteriormente, o juízo de origem prolatou sentença condenando o acusado, fixando a pena em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, bem como ao pagamento de 235 (duzentos e trinta e cinco) dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto.

Em face deste *decisum*, o condenado interpôs recurso de apelação, vindo a ser julgado improcedente pela Segunda Câmara Criminal da Corte de Justiça do Estado de Pernambuco, nos termos da seguinte ementa, *ex vi*:

Penal e Processo Penal. Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Pleito de absolvição. Ausência de dolo e do domínio do fato. Insuficiência de provas. Improcedência. Sócio administrador. Provas suficientes. Pleito absolutório que não encontra respaldo na prova dos autos. Depoimentos testemunhais. Prova documental. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime.

1. Sendo devidamente comprovada a autoria e a materialidade do crime contra a ordem tributária, deve ser confirmada a condenação. Hipótese em que o réu, na condição de sócio administrador de uma empresa, deixou de recolher o ICMS, o que importou na redução do imposto devido, lendo omitido operações comerciais como compra e venda de combustíveis;

2. Não há que se falar em ausência de dolo - bem como em ausência de domínio do fato - se o réu, conforme depoimentos testemunhais e prova documental, era o proprietário da empresa à época da sonegação;

3. Recurso improvido. Decisão Unânime.

Ato contínuo, após a oposição de embargos de declaração manejados pelo condenado, a Egrégia Segunda Câmara Criminal Estadual determinou a expedição do mandado de prisão, justificando a medida em razão da modificação de entendimento pela Suprema Corte, nos autos de *Habeas Corpus* n. 126.292, no sentido da possibilidade de início da execução da pena condenatória após a

confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

Diante do que fora decidido pelo Tribunal Estadual, impetrou-se o presente *writ*, em que se extrai das narrativas inaugurais a insurgência quanto à dosimetria, pugnando pela fixação da pena-base no mínimo legal - 2 (dois) anos -, e, nesse contexto, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva.

Face a tais argumentos, pleiteia, pela a fixação da pena-base no mínimo legal com o consequente reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 79/81).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (e-STJ fls. 86/89), opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *writ*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A presente impetração, em argumentação inicial, aduz que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, considerando não ter ocorrido fundamentação idônea na exasperação da pena-base, seja pela valoração negativa da circunstância de *culpabilidade* apenas na consciência da ilicitude, bem como pela má avaliação da *conduta social* pois teria considerado a existência de ações penais em curso contra o réu, o que vai de encontro ao entendimento firmado

no Enunciado n. 444 de Súmula do STJ. Ainda no âmbito do art. 59 do Código Penal, no tocante as *consequências do crime*, o impetrante aduz que o fato de não ter havido ressarcimento ao erário é circunstância própria do tipo penal, daí o por que de não ser possível sua negativa valoração.

Em seguida, tergiversa que não houve justificativa legal para a imposição da fração advinda da continuidade delitiva em seu patamar máximo. Por derradeiro, como pleito sucessivo, requer, se a pena for reduzida para o mínimo legal, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

Passo a analisar as circunstâncias judiciais desfavoráveis assinaladas pelo Juízo de Piso e confirmadas pela Corte Estadual, em face das quais se insurge o impetrante.

De início, vale rememorar o arcabouço fático-probatório que culminou com a condenação do ora paciente, destacando-se, evidentemente, a peça inaugural da ação penal, nas seguintes passagens *in verbis*:

[...] que os denunciados, no período de 26.1.2000 a 19.4.2000 e 8.11.2001 a 22.11.2001, em caráter, preordenado, agindo com integração do domínio final dos fatos na gerência da empresa *JDJ Comercio Petroleo Ltda*, CNPJ n. 01.852.047/0001-46 e Inscrição Estadual n. 18.1.580.002477081, a época localizada na Rodovia BR 101-Sul, km 84,48, neste município, fraudaram a Fazenda Estadual, determinando a omissão de operações mercantis (entrada e saída de mercadorias) em livros e documentos fiscais obrigatórios, importando em redução do valor do ICMS, dando margem aos Autos de Infrações n. 005.01508/00-7 e 005.001647/01-5, anexados aos autos. Referem-se os autos de infrações aos seguintes fatos:

Auto de Infração n. 005.01508/00-7 - Os acusados deixaram de escriturar no Livro Registro Entrada, nos meses de janeiro a abril de 2002, 177.774 litros de álcool hidratado 44.209, litros de gasolina e 43.862 litros de óleo diesel comercializando-os sem comprovação se suas origens, e sem a devida escrituração nos livros fiscais próprios, deixando de recolher o ICMS devido no valor de cinquenta e um mil novecentos e quarenta e quatro reais e vinte e dois centavos, tendo o Fisco aplicado a multa correspondente.

Auto de Infração n. 005.01647/9-5 - os acusados adquiriram e venderam 8.681 litros de álcool e 5.748 litros de óleo Diesel sem comprovação de suas

origens e sem escrituração nos livros fiscais próprios, e portanto não recolhido o ICMS devido no valor de dois mil, trezentos e sessenta reais e quinze centavos, aplicando o Fisco, a multa correspondente.

As fraudes foram observadas no levantamento analítico da movimentação física dos estoques de álcool hidratado, gasolina e óleo diesel, procedido pelo Fisco, cuja documentação comprobatória se encontra em anexo.

Agindo dessa os acusados omitiram informações à Fazenda e operações em livros fiscais de modo a suprimir tributo a ser devidamente pago, bem como não impetrou recurso administrativo nem atendeu a notificação do Ministério Público para prestar informações sobre os fatos embora devidamente intimados (fls. 152 a 157).

A prova da materialidade do crime contra a ordem tributária encontra-se nos autos, representada pelas cópias de folhas dos Livros fiscais Movimentação de Combustíveis (fls. 20 a 30 e 79 a 128), Notas Fiscais (fls. 129 a 138) Termos de Leitura dos Encerrantes e Estoques de Combustíveis (fls. 09 a 50 e 73 a 77) Extratos de Débitos (fls. 02, 66 e 146 a 150) Autos de Infração (fls. 07 e 71), Termos de Ocorrências (fls. 72/73) e, demonstrativos do crédito tributário (fls. 08 e 72).

O mesmo se dá em relação à autoria dos crimes de inserção de elementos inexatos e omissão de operações nos livros e documentos fiscais exigidos por lei, posto que, sendo os denunciados gerentes da empresa, e sócios de fato no período já descrito no item I desta Denúncia e de direito (conforme Contrato Social e suas alterações (fls. 53 a 59) a partir de então, detendo o “domínio do fato”, o poder de determinar, de decidir e de fazer com que seus empregados e contratados executem o ato, sendo tanto autores intelectuais, como executores da conduta típica. Ressalte-se que o acusado *Savio Rogério de Souza Neiva Coelho*, consta no cadastro da Secretaria da Fazenda como sócio da empresa no ano de 2001 (fls. 139), fato a ser confirmado nas demais alterações do contrato a serem requeridas pelo *Parquet* nesta Denúncia.

Em assim procedendo, incorreram os denunciados nas penas do artigo 1º, incisos I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990 e ainda, c/c ainda com o art. 71 (em continuidade delitiva) do Código Penal, motivo pelo qual o Ministério Público oferece a presente denúncia para que, recebida, seja instaurado o processo crime, requerendo as suas citações para os interrogatórios e demais atos da ação penal, intimando-se as testemunhas abaixo arroladas, para comparecer em Juízo em dia e hora a serem designados, prosseguindo-se o feito até prolação da sentença de mérito, de tudo ciente o *Ministério Público*. (grifos no original)

A pretensão punitiva Estatal foi julgada parcialmente procedente pelo juízo de piso, depreendendo com destaque as seguintes passagens do decreto condenatório, *in textus*:

Compulsando os autos, verifico documentação demonstrando que os acusados *Maury* e *Eduardo* eram frentistas, funcionários do acusado *Sávio* em dois postos de gasolina de sua propriedade. As assertivas dos acusados *Maury* e *Eduardo*, bem como as declarações da testemunha Maria Solange confirmam esse fato. Ademais, há sentença prolatada em processo movido na esfera cível desconstituindo a sociedade comercial existente entre os acusados, o que corrobora com a tese exposta de que apenas o acusado *Sávio* era o único e legítimo proprietário do posto de gasolina mencionado na exordial acusatória, de modo que os demais acusados não tinham poder de decisão ou mesmo conhecimento sobre os tributos da empresa, não podendo ser responsabilizados pelos delitos que se apura no presente feito.

Assim, cabia ao acusado *Sávio* a responsabilidade sobre os livros fiscais de sua empresa e o devido recolhimento de tributo, tendo ele omitido informações à Fazenda e operações em livros fiscais, suprimindo tributos, deixando de recolher ICMS no valor de R\$54.304,37 (cinquenta e quatro mil, trezentos e quatro reais e trinta e sete centavos) à época dos fatos, por ter vendido 280.2741 (duzentos e oitenta mil e duzentos e setenta e quatro litros) de combustível sem comprovação de suas origens e sem escrituração nos livros fiscais devidos, delitos estes cometidos no período de 26.1.2000 a 19.4.2000 e 8.11.2001 a 22.11.2001. Ainda, o réu *Sávio* foi responsável pela inserção de elementos inexatos e omissão de operações nos documentos e livros fiscais.

Desse modo, é de se notar que pelos depoimentos das testemunhas, em compasso com a ampla documentação juntada aos autos, além dos demais elementos coligidos ao feito, como os autos de infração, cópia de documentação trabalhista e fotografias, foram parcialmente confirmados os fatos narrados na denúncia, amoldando-se perfeitamente a conduta do acusado *Sávio Rogério de Souza Neiva Coelho* ao tipo penal do art. 1º, I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, c/c art. 71 do Código Penal.

Diante do exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, nos termos do art. 387 do Código do Processo Penal, *julgo* parcialmente *procedente* o pedido insito na denúncia e, por conseguinte, decido da seguinte forma:

a) absolvo os réus *Eduardo Absalão de Lima* e *Maury Agostinho da Silva* da imputação dos crimes do art. 1º, I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, c/c art. 71 do Código Penal, nos termos do artigo 386, IV, do Código de Processo Criminal, estar provado que os réus não concorreram para a infração penal;

b) **condeno SÁVIO ROGÉRIO DE SOUZA NEIVA COELHO, já qualificado, nas penas do artigo 1º, I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, c/c art. 71 do Código Penal.** (grifei)

Com imprescindível relevância, acentua-se a dosimetria consubstancializada pelo Magistrado de Primeiro Grau, erigida *ex vi*:

Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em relação ao réu Sávio Rogério de Souza Neiva Coelho, conforme a seguir:

A *culpabilidade* do réu pela prática do crime descrito no artigo 1º, incisos I e II da Lei n. 8.137/1990 manifestou-se intensa, pois o acusado ostenta alto grau de consciência da ilicitude por seu grau de escolaridade e condição social.

O réu não registra *antecedentes criminais*, pois não há contra si sentença penal condenatória transitada em julgado.

A *conduta social* do réu demonstrou intenção de ganho fácil, enriquecimento desmedido em detrimento do Estado, responsável pelo financiamento e implementação das políticas públicas. Ademais, o acusado demonstra ter *conduta social* extremamente negativa, vez que se vê envolvido em vários delitos, inclusive de homicídio e diversos contra a ordem tributária e econômica; se vê ainda condenado por sentença recorrível nos autos do Processo n. 0028628-12.2004.8.17.0001.

Não há elemento nos autos que possibilite a aferição dos traços psíquicos do acusado, parecendo, no entanto, tratar-se de pessoa com a personalidade do homem comum.

O *motivo* do crime está possivelmente relacionado ao desejo de obtenção de dinheiro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão dos delitos ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Não há *circunstância* a ser levada em especial consideração.

As *conseqüências* foram graves, já que o Erário não foi ressarcido.

Não há comportamento de *vítima* a ser valorado.

Assim sendo, considerando as circunstâncias do art. 59 do CP, *fixo a pena-base*, em desfavor do réu, pelo crime capitulado no *artigo 1º, I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e multa de 141 (cento e quarenta e um) dias-multa*.

Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Estando presente no caso a regra estatuída pelo art. 71, parágrafo único, do CP, frente a existência de crimes distintos, cometidos no período de 26.1.2000 a 19.4.2000 e 8.11.2001 a 22.11.2001, aplico a causa de aumento de pena considerando a culpabilidade, a conduta social do agente e as conseqüências do delito, na razão de 2/3 (dois terços), conforme restou consignada no bojo desta decisão, motivo pelo qual fica o réu definitivamente condenado à pena de 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e multa de 235 (duzentos e trinta e cinco) dias-multa, cada dia-multa no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época do fato e corrigido monetariamente.

Em consonância com o disposto no art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal, o réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto e na unidade penitenciária a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais.

Consoante se depreende da exasperação da pena-base, ao analisar as circunstâncias judiciais do delito, o juízo de piso assinalou-a como “intensa”, considerado seu “alto grau de consciência da ilicitude por seu grau de escolaridade e condição social.”

Contudo, deve-se destacar que *ao* qualificar como “intensa” a culpabilidade, restringiu-se o Juiz de piso à menção de que o réu ostenta elevado nível intelectual e social. Contudo, no caminhar do entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, “tais aspectos são inerentes à culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime. Assim, o fato de o paciente ter condição de conhecer o caráter ilícito da sua conduta constitui um dos pressupostos para a categorização da conduta como criminosa, e não elemento valorativo da sanção contido no art. 59 do Código Penal.” (AgRg no HC 186.097/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 13.3.2012, DJe 2.4.2012).

Noutros termos, tem-se que a culpabilidade analisada sob o vértice da (potencial) “consciência da ilicitude” encontra-se atrelada ao seu sentido estrito, quando associada ao conceito analítico de crime, não sendo, portanto, associada a qualquer valoração afeta às circunstâncias antevistas no art. 59 do Código Penal.

A propósito, analisando a culpabilidade como integrante do conceito analítico de crime e, nesse âmbito, definindo-a como fundamento e limite da pena, a doutrina leciona que “a culpabilidade, como elemento do crime, é um juízo de censura voltado ao fato criminoso (típico e antijurídico), realizado apenas quando o autor for imputável, agir com consciência potencial de ilicitude e com possibilidade e exigibilidade de atuar conforme determina o Direito.” (Nucci, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 52).

Desta feita, no caso em apreço, razão não há para que o Magistrado Primeiro Grau valore negativamente a circunstância judicial atinente à culpabilidade.

No tocante à *conduta social* do apenado, o juízo de piso que fez menção à “intenção de ganho fácil” do réu e, em continuidade, apontou que seria “extremamente negativa, vez que se vê envolvido em vários delitos, inclusive de homicídio e diversos contra a ordem tributária e econômica; se vê ainda condenado por sentença recorrível nos autos do Processo n. 0028628-12.2004.8.17.0001.”

Desse modo, revela-se patente o descompasso da fundamentação utilizada de forma a concluir pela *conduta social* desabonadora atribuída ao réu, tendo em vista que a *intenção de obter lucro facilmente é inerente ao próprio tipo*, porém, equivocadamente mencionada pelo magistrado de piso quando da análise dos *motivos* que conduziram o agente à prática do ilícito (e-STJ fl. 26).

Outrossim, no tocante as *ações penais em curso*, ainda que sentenciados, porém, sem a cobertura do manto da coisa julgada, diversamente do que fora considerado pelo douto sentenciante, *não podem ser consideradas a fim de macular a conduta social*, sob pena de flagrante afronta ao corolário da segurança jurídica, bem como ao princípio da não culpabilidade, petrificado na Magna Carta.

Não se desconhece aqui a corrente doutrinária que defende possibilidade de tais apontamentos serem objeto de valoração do *modus vivendi* do agente ou até mesmo do vetor atinente à **personalidade** (a ser apreciada *in concreto* se é, ou não, desajustada aos regramentos impostos pelo ordenamento jurídico), porém, não sob a ótica aplicada ao caso em apreço, especialmente pelo posicionamento deste Tribunal da Cidadania.

Na espécie, com supedâneo no Verbete n. 444 de Súmula desta Corte Superior, tem-se como firme o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados para exasperar a pena-base, seja como maus antecedentes, ou como personalidade voltada à prática de delitos, fundamento que foi utilizado para a valoração negativa da vetorial em comento.

Ato contínuo, o douto sentenciante asseverou que “as *consequências do crime* foram graves, já que o Erário não foi ressarcido”, momento em que, novamente, foge aos ditames estabelecidos pela jurisprudência desta Corte acerca das circunstâncias judiciais analisadas quando da fixação da pena base.

Nesse tópico, cumpre gizar que “é pacífica na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de agravamento da pena base com fundamento no elevado prejuízo causado aos cofres públicos resultante dos tributos sonegados, ante a valoração negativa das consequências delitivas já que maior a reprovabilidade da conduta” (AgRg no REsp 1.134.199/PR, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 28.11.2012).

Note-se a sutil diferença entre o fato de o Erário ainda não ser sido ressarcido e a relevância do prejuízo causado, sendo certo que apenas frente ao considerável sangramento dos cofres públicos poderá vir a ser considerado como *consequência do fato típico* que dê azo à majoração da pena-base, haja vista que, apenas inserto neste aspecto, caberia a análise da hipótese em concreto fugir do âmbito das raías ordinárias seqüelas do delito contra a ordem tributária.

Noutros termos, apenas frente ao importe desfalcado das finanças públicas poder-se-ia adentrar no plano das conseqüências do crime, o que não ocorreu no caso em tela, já que o juízo singular limitou-se a referir que o erário não foi restituído.

Em vista do exposto, reanalisando as circunstâncias que restaram valoradas negativamente pelo juízo de piso – *culpabilidade, conduta social e conseqüências do crime* –, verifico que a fundamentação encontra-se destoante do que já manifestado por esta Corte noutras oportunidades, padecendo, assim de ilegalidade passível de ser sanada na presente via.

Passo, pois, ao *redimensionamento da pena do paciente*.

Desde logo, mantém-se a condenação aos fatos típicos previstos no art. 1º, I e II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, qual seja, *em 2 (dois) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa*, considerando a capacidade econômica do réu.

Não há circunstâncias que agravem ou atenuem a pena.

Na *terceira fase*, vislumbro que, malgrado deva ser mantida a continuidade delitiva, deve-se adequar aos termos do art. 71, *caput*, do Código Penal, em razão dos distintos períodos em que praticados os delitos (26.1.2000 a 19.4.2000 e 8.11.2001 a 22.11.2001), aplicando-se a causa de aumento da pena, mas não pelos fundamentos utilizados pelo juízo sentenciante, atrelado tão somente aos requisitos subjetivos, pois revolveu as circunstâncias consideradas desfavoráveis ao réu, deixando de sopesar a quantidade de crimes praticados.

Desta feita, considerando a que, na primeira fase as circunstâncias foram restabelecidas ao parâmetro de normalidade, certo é que não influenciarão negativamente nesta etapa.

A orientação deste Colegiado no que pertine à causa de aumento da continuidade delitiva revela-se nos seguintes arestos:

Recurso especial. Estupro de vulnerável. Continuidade delitiva. Patamar de aumento. Número de crimes cometidos. Súmula n. 7 do STJ. Afastamento. Fração de 2/3. Imposição. Recurso provido.

1. Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações.

2. A Corte de origem, conquanto haja delineado e reconhecido a ocorrência de múltiplos (e incontáveis) crimes de estupro de vulnerável, entendeu por bem negar a realidade e, na dúvida, impor o patamar mais brando.

3. O julgador está autorizado a majorar a reprimenda na fração máxima pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar incontestado que os abusos de natureza sexual faziam parte da rotina familiar, como no caso.

4. Na espécie, ficou incontroverso, pela moldura fática exposta, que se distanciaram para muito mais de sete o número de vezes em que o recorrido molestou a vítima, porquanto o próprio Tribunal de origem salientou a omissão dos familiares em revelar os fatos, tendo em vista a influência que ele exercia sobre eles, “o que permitiu que os crimes fossem praticados durante anos, por reiteradas vezes”.

5. Recurso especial conhecido e provido, para reconhecer a violação do art. 71 do Código Penal e restabelecer a sentença condenatória.

(REsp 1.582.601/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26.4.2016, DJe 2.5.2016) (grifei)

Processo Penal e Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Atentado violento ao pudor. Infringência ao art. 212 do CPP. Nulidade relativa. Ausência de prejuízo. Pleito de redução da pena-base no mínimo legal. Impugnação genérica. Ausente flagrante ilegalidade. Continuidade delitiva específica. Violência presumida. Inaplicabilidade do parágrafo único do art. 71 do CP. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do CPP, gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo, o que incorreu na espécie.

3. Em regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

4. Válida a exasperação da pena-base, porquanto o pleito de redução foi formulado de forma genérica, sem a indicação específica da ilegalidade, sobretudo se o Tribunal de origem assevera que foram atendidos os preceitos legais em sua fixação.

5. Não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes sexuais perpetrados mediante violência presumida, mas sim o disposto no art. 71, *caput*, do CP.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento pela continuidade delitiva deve-se dar de acordo com o número de infrações, definindo-se o patamar mínimo 1/6 quando se tratarem de dois delitos.

7. Pena privativa de liberdade reduzida para 9 anos, 4 meses de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.

8. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir da pena imposta.

(HC 159.476/TO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2.2.2016, DJe 15.2.2016) (grifei)

Ademais, não se pode olvidar que “na exasperação da pena pela continuidade delitiva predomina o critério objetivo, segundo o qual a fração de aumento varia de acordo com a quantidade de crimes praticados em continuidade” (AgRg no HC 249.012/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Quinta Turma*, julgado em 2.4.2013, DJe 9.4.2013).

Com efeito, nesta seara, aplico a causa de aumento em seu patamar mínimo de 1/6, fixando a pena definitiva em *2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 116 dias-multa, mantido o quantum aplicado pelas instâncias ordinárias*.

Por conseguinte, em observância ao art. 33, § 2º, do Código Penal, fixo o *regime aberto*, para fins de cumprimento de pena.

Ao final, a teor do art. 44, § 2º, 2ª parte, do Código Penal, impõe-se a *substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direito*, as quais serão definidas pelo Juízo da Execução Penal.

Deve-se, por consequência, rechaçar a pretendida consumação da prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista que, com o novo redimensionamento da pena, atrai-se a observância do prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do que estebelece o art. 109, IV, do Código Penal.

Nessa *quaestio*, a despeito da redução da pena imposta, tem-se que a denúncia foi recebida em 20.1.2006, ao passo que a publicação da sentença condenatória ocorreu em maio de 2013, não se esgotando o aludido prazo prescricional de 8 (oito) anos.

De igual forma, também não se operou até a presente data, devendo ser ressaltado, ainda, para fins de projeções futuras pelas instâncias ordinárias,

que “é firme o entendimento desta Corte de que o acórdão que, ao dar parcial provimento a recurso defensivo, confirma a condenação e reduz a pena aplicada não constitui marco interruptivo da prescrição” (AgRg no REsp 1.336.897/RS, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, *Sexta Turma*, julgado em 3.2.2015, DJe 13.2.2015).

Portanto, analisando eventual prescrição penal retroativa, conclui-se que não se operou o prazo extintivo em nenhum dos marcos interruptivos.

Ante o exposto, *não conheço da impetração. Porém, ex officio concedo a ordem de habeas corpus para, redimensionando a pena do paciente, fixá-la em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, substituindo-a por duas restritivas de direito, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.*

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 356.027-CE (2016/0122923-0)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Impetrante: Marco Aurelio Pinto Florencio Filho e outros

Advogado: Marco Aurelio Florencio Filho e outro(s) - SP255871

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Paciente: Marcos Rogerio Machado de Moraes

EMENTA

Processual Penal e Penal. *Habeas corpus* substitutivo. Crimes de lavagem de dinheiro (arts. 1º, V e VII, § 1º, II e § 2º, I e II, da Lei n. 9.613/1998), formação de quadrilha (atual associação criminosa), uso de documento falso e furto qualificado. Crimes de lavagem de dinheiro. Organização criminosa como crime antecedente. Conduta não tipificada à época dos fatos. Conduta atípica. Crimes contra a administração pública como crimes antecedentes. Inexistência de imputação de crimes contra a administração pública. Conduta atípica. Dosimetria dos crimes remanescentes. Formação de quadrilha (atual

associação criminosa). Pena-base. Exasperada pela personalidade e conduta social. Ausência de fundamento concreto. Réu primário. Motivos do delito. Lucro ilícito. Possibilidade. Finalidade não inerente ao delito de formação de quadrilha, de cunho não patrimonial, cujo bem jurídico protegido é a paz pública. Consequências graves. Falta de fundamentação. Ofensa ao art. 93, IX, da CF/1988 caracterizada. Uso de documento falso. Mera citação da elementar do tipo. Motivação inidônea. Furto qualificado. Paciente experiente na seara do crime, responsável direto pelo sucesso da empreitada criminosa, que participou intensamente em todas as fases do crime. Especial reprovabilidade demonstrada. Exasperação devida. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O crime previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/1998, antes das alterações promovidas pela Lei n. 12.683/2012, previa que os recursos ilícitos submetidos ao branqueamento poderiam ter como fonte quaisquer dos crimes constantes de seus incisos I a VIII.

3. A ausência à época de descrição normativa do conceito de organização criminosa impede o reconhecimento dessa figura como antecedente da lavagem de dinheiro, em observância ao princípio da anterioridade legal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP.

4. Inexistindo sequer menção na sentença condenatória e no acórdão impugnado de prática anterior de quaisquer crimes contra a Administração Pública – os quais se encontram previstos no Título XI do Código Penal, em seus arts. 312 a 359 –, não há afastar, outrossim, do crime de lavagem de dinheiro, previsto no inciso V do art. 1º da Lei n. 9.613/1998.

5. Afirmarções no sentido de que o réu ostenta *personalidade desvirtuada e voltada para o crime*, sendo reprovável sua *conduta social* não têm o condão de justificar a valoração negativa, à míngua de fundamentos concretos para tanto, sobretudo em se considerando tratar-se de réu primário.

6. Legítima a elevação da pena-base, quanto ao crime de formação de quadrilha (atual associação criminosa) pelos *motivos do delito*, em face do *lucro ilícito em detrimento do patrimônio público*, tendo em vista que tal motivação não constitui finalidade inerente ao delito de formação de quadrilha – delito não elencado como delito de cunho patrimonial, e cuja objetividade jurídica é a paz pública.

7. Outrossim, reputa-se indevida a valoração negativa das *consequências do delito*, indicadas simplesmente como socialmente graves, sem maiores esclarecimentos, sob pena de ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

8. A simples utilização de documentos público falsos não constitui motivação válida para ensejar o aumento da pena-base, por constituir elementar do tipo, de uso de documento falso.

9. Por outro lado, mostra-se legítima a exasperação da pena-base em virtude da participação intensa do paciente, experiente na seara criminosa, considerado como um dos responsáveis diretos pela consecução do delito, em todas as suas etapas, fatos que denotam especial reprovabilidade da conduta, ultrapassando as circunstâncias ínsitas ao delito de furto qualificado, sendo imprópria a via eleita, de todo modo, à revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias. Precedentes.

10. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para absolver o paciente dos delitos de lavagem de dinheiro, reduzindo as penas, quanto aos delitos remanescentes, a 11 anos e 6 meses de reclusão e 1.090 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 17.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Marcos Rogerio Machado de Moraes*, em face do *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 1º, V e VII, § 1º, II e § 2º, I e II, da Lei n. 9.613/1998 e art. 155, § 4º, I, II e IV c/c art. 288 e 304 do Código Penal – furto qualificado cometido contra o Banco Central, na Cidade de Fortaleza/CE, em agosto de 2005 – à pena de 49 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 3.160 dias-multa.

Interpostas apelações, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso do paciente, e do corrêu *Antonio Jussivan Alves dos Santos*, para excluir a agravante prevista no § 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998, reduzindo, consequentemente, as penas a 35 anos e 10 meses de reclusão, e 2.160 dias-multa (fl. 254).

O Tribunal *a quo*, por maioria, negou provimento aos embargos de declaração opostos pela defesa do paciente (fls. 297/312). Irresignada, a defesa do corrêu *Antonio Jussivan Alves dos Santos* interpôs embargos infringentes, que foram providos, por maioria, e resultaram na diminuição da sua pena.

Alegam os impetrantes que o paciente sofre constrangimento ilegal, sob os seguintes argumentos:

i) a atipicidade do crime de lavagem de capitais, uma vez que não havia descrição do crime antecedente de organização criminosa à época dos fatos – 8 de agosto de 2005 – definido apenas com a edição da Lei n. 12.850/2013;

ii) a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão, não declinou qual o crime contra a administração pública, crime antecedente para a configuração do crime de lavagem de capitais, foi cometido pelo paciente, sendo que os crimes pelos quais foi condenado – furto qualificado, quadrilha ou bando e uso de documento falso – não estavam previstos no rol taxativo do art. 1º da Lei n. 9.613/1998;

iii) não foram estendidos ao paciente os efeitos do acórdão, proferido nos embargos infringentes, provido em favor do corréu *Antonio Jussivan Alves dos Santos* – que manteve a condenação em apenas um crime de lavagem de capitais, o que resultou na diminuição da sua pena – nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Ressalta, ainda, equívoco na dosimetria da pena, referente ao citado crime, realizada pelo Tribunal *a quo*, tendo em vista o estabelecimento da pena para cada crime de lavagem de dinheiro em 10 anos de reclusão, apesar de a pena mínima para o delito ser de 3 anos de reclusão, sem qualquer motivação, principalmente em razão da exasperação indevida e desproporcional da pena-base;

iv) a pena-base do crime de quadrilha ou bando foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias judiciais da personalidade, da conduta social e das consequências do delito sem fundamentação idônea;

v) a pena pelo crime de uso de documento falso foi aplicada sem qualquer fundamentação;

vi) a pena-base do crime de furto qualificado foi fixada no máximo legal, 8 anos de reclusão, sem fundamentação idônea, pois o motivo utilizado para justificar a exasperação não se enquadra em nenhuma das circunstâncias judiciais.

vii) a pena-base do crime de lavagem de dinheiro foi exasperada de forma desarrazoada sem fundamento idôneo.

Requer, liminarmente, *seja suspensa a execução da sanção penal, através do sobrestamento da Execução Criminal n. 0003982- 44.2010.4.05.8100, em trâmite perante a 12ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Ceará (fl. 97) e, no mérito, a concessão da ordem para que seja: ii.a) afastado do édito condenatório, em relação ao Paciente, o delito previsto no artigo 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998, por ausência de previsão legal, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal; nos artigos 1º e 2º, ambos, do Código Penal; no artigo 9º, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos; e, no artigo 11, da própria Convenção de Palermo; ii.b) afastado do édito condenatório, em relação ao Paciente, o delito previsto no artigo 1º, inciso V, da Lei n. 9.613/1998, por ausência de declinação do tipo penal referente ao crime antecedente contra a administração pública, em respeito ao artigo 5º, incisos XXXIX e LV, da Constituição Federal; ao artigo 1º, do Código Penal; ii.c) estendido o efeito da r. decisão dos Embargos Infringentes opostos pelo réu Antônio Jussivan Alves dos Santos ao Paciente, com fulcro no artigo 580, do*

*Código de Processo Penal, mantendo-se a condenação em apenas um crime de lavagem de dinheiro, diminuindo, assim, a reprimenda aplicada ao Sr. **Marcos Rogério Moraes**, para 16 (dezesesseis) anos e 7 (sete) meses de reclusão; iii) **na dosimetria da pena**, concedida a ordem para que seja fixada ao Paciente a sanção pelo: iii.a) crime de quadrilha ou bando em seu mínimo legal, qual seja, de 01 (um) ano, em respeito aos princípios da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF e artigo 1º, do CP), individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF) e motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da CF), bem como em respeito aos artigos 68 e 59, ambos, do Código Penal; iii.b) crime de uso de documento falso em seu mínimo legal, em respeito aos princípios da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF e artigo 1º, do CP), individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF) e motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da CF), bem como em respeito aos artigos 68 e 59, ambos, do Código Penal; iii.c) crime de furto qualificado em seu mínimo legal, em respeito aos princípios da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF e artigo 1º, do CP), individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF) e motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da CF), bem como em respeito aos artigos 68 e 59, ambos, do Código Penal; iii.d) crime de lavagem de dinheiro em seu mínimo legal, em respeito aos princípios da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF e artigo 1º, do CP), individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF) e motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da CF), bem como em respeito aos artigos 68 e 59, ambos, do Código Penal.*

Indeferida a liminar (fls. 412/414), foram prestadas informações (fls. 418/450), sendo ofertado parecer ministerial pela extinção sem resolução do mérito (fls. 453/461).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Quinta Turma*, DJe de 22.8.2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, DJe de 27.8.2012), assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra *Rosa Weber*, *Primeira Turma*, DJe de 6.9.2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 49 anos e 2 meses de reclusão e ao pagamento de 3.160 dias-multa, no regime fechado, como incurso nos arts. 1º, V e VII, § 1º, II e § 2º, I e II, da Lei n. 9.613/1998 e art. 155, § 4º, I, II e IV c/c art. 288 e 304 do CP.

Em 15.6.2010, o Tribunal de Justiça, por maioria, deu parcial provimento ao apelo da defesa, no sentido de afastar o § 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.643/1998, reduzindo as penas a 35 anos e 10 meses de reclusão e 2160 dias-multa, conforme acórdão assim ementado (fls. 258/260):

Penal e Processual Penal. Delitos de furto qualificado (art. 155 § 4º I, II e IV), formação de quadrilha (art. 288/CP), lavagem de capitais (art. 1º, V e VII, § 1º, II, e § 2º, I e II, Lei n. 9.613/1998) e uso de documento falso (art. 304/CP) furto ao Banco Central do Brasil (Fortaleza-CE). Aventada nulidade da sentença. Afastamento. Magistrado que não é obrigado a apreciar todas as teses defensivas. Autoria e materialidade amplamente comprovadas por depoimentos de testemunhas e confissões extrajudiciais. Pretensão de que as condutas sejam crimes próprios de funcionário público e de desclassificação do crime de lavagem de capitais para o de receptação. Afastamento. Crimes de quadrilha e de uso de documento falso. Consumação. Utilização da circunstância atenuante de confissão na dosimetria da pena de um dos apelantes negativa, eis que completamente desnecessária na condenação do ora recorrente, diante da farta prova dos autos. *Bis in idem* na aplicação da pena do delito de lavagem de capitais. Rejeição, haja vista se tratarem de delitos de lavagem distintos. Exclusão da agravante inculpada no § 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998. Apelos criminais providos em parte.

1. Trata -se de Apelo Criminal, interposto pela Defesa contra a sentença *a quo*, que condenou os ora Apelantes pela prática dos crimes de furto qualificado, formação de quadrilha, ocultação de bens e valores (Lavagem de Capitais) e uso de documento falso, tipificados nos arts. 1º, incisos V e VII, § 1º, II, e § 2º, I e II, da Lei n. 9.613/1998 e art. 155, § 4º, I, II e IV, c/c art. 288 e 304 do Código Penal, à pena de 49 (quarenta e nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão, além de multa de 3.160 (três mil, cento e sessenta) dias-multa (fls. 1.103-1.120).

2. Trata-se da apuração do furto praticado contra o Banco Central do Brasil, em Fortaleza, no valor de R\$164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais), por uma quadrilha composta por mais de 30 (trinta) membros, dentre eles os ora Apelantes. Narrou o Ministério Público Federal na denúncia, em suma, que Antônio Jussivan foi reconhecido como parte integrante da quadrilha que ocupava a casa 1071 da

Rua 25 de Março, bem como sendo uma das pessoas que participou da aquisição dos veículos na Brilhe Car, assim como Marcos Rogério Machado de Moraes, esclarecendo que os irmãos José Elizomarte Fernandes Vieira e Francisco Dermival Fernandes Vieira, proprietários da Brilhe Car venderam os onze veículos a José Charles Machado de Moraes em negociação suspeita, sendo também nebulosa as relações da Brilhe Car com transportadora de José Charles, a J.E Transportes de veículos, que já pertenceu aos irmãos Fernandes Vieira. Diz ainda a denúncia que José Elizomarte, José Charles e o indivíduo conhecido como Paulo Sérgio foram reconhecidos tentando alugar um avião no dia 2.8.2005 (fls. 456/457 do IPL). Diz o Parquet que Tadeu de Sousa Matos, residente em Boa Viagem e motorista de Márcio Ary Machado de Moarias, este irmão de Marcos Rogério e José Charles, foi visto em Madalena/CE com grande quantidade de notas de R\$ 50.00 (cinquenta reais).

3. A respeito da alegativa de nulidade da sentença, pelo fato de a mesma não haver apreciado todas as teses da Defesa, nada mais descabido, pois o magistrado pode se refutar apenas aquelas relevantes para a sua fundamentação. Precedente do STJ: HC 24.992/RJ. 5ª Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. J. em 20.2.2003. DJ 22.4.2003, p. 244.

4. Materialidade e autoria delitivas amplamente comprovadas por depoimentos de testemunhas e confissões extrajudiciais. A condenação dos réus foi plenamente consentânea com a prova colhida nos autos. Os Recorrentes, de fato, participaram diretamente do planejamento, preparação e execução do furto ao Banco Central do Brasil de Fortaleza-CE, bem assim das atividades posteriores de ocultação e divisão do produto do crime.

5. *Descabe se pretender que a conduta prevista no art. 1º, V, da Lei n. 9.613/1998 configure crime próprio de funcionário público, posto ser crime comum e de mera atividade, dispensando a ocorrência de dano para sua configuração. Os delitos praticados que lhe foram antecedentes são crimes contra a Administração Pública e praticados por organização criminosa.*

6. Esta Corte já decidiu, em rejeitando a desclassificação do crime de lavagem de capitais para o de receptação, que: “[...] Há, é certo, grande aproximação entre a receptação e a lavagem de capitais, pois ambas as figuras típicas têm uma mesma finalidade: assegurar a utilização de bens ou valores obtidos por meio de crime antecedente. A receptação visa, no entanto, assegurar a manutenção e a consolidação de bens advindos de crime contra o patrimônio praticado por terceiro, admitindo-se, ainda, que o crime antecedente atinja outros bens jurídicos, a exemplo do descaminho ou do peculato, desde que o seu produto seja coisa passível de valoração econômica, mas sempre ligada à idéia de patrimônio, público ou particular. É crime parasitário de um delito antecedente praticado, em geral, contra o patrimônio. Ocorre que a atividade do receptador é periférica em relação aos agentes do crime patrimonial precedente. No caso do crime de ocultação de bens e valores da lei de lavagem de dinheiro, as atividades

tendentes a assegurar as vantagens materiais estão imbricadas à própria ação antecedente [...]” (TRF-5ª R. - ACr 2005.81.00.014586-0 - (5520/CE) - 2ª T. - Rel. Rogério Fialho Moreira - DJe 22.10.2008 - p. 207).

7. A alegativa de ausência de provas quanto à existência do crime de quadrilha também resvala no vazio, eis que somente uma organização criminosa altamente hierarquizada conseguiria ter levado a cabo empreitada ilícita tão sofisticada e complexa. As provas da associação criminosa entre os Apelantes saltam aos olhos, diante das confissões extrajudiciais e dos depoimentos de várias testemunhas.

8. O delito de uso de documento falso se perpetrou quando os Apelantes se utilizaram de documentos públicos falsos para adquirir bens com o produto do furto do BACEN e consumarem sua fuga.

9. Afasta-se a circunstância atenuante da confissão (art. 65, III, CP) do Apelante *Antonio Jussivan*, posto que a mesma nenhuma importância teve para a sua condenação haja vista as fartas provas já colhidas que o incriminavam.

10. Afasta-se o alegado bis in idem ou duplicidade na pena aplicada pelo delito de lavagem de capitais, haja vista se tratarem de crimes de lavagem distintos. No entanto, revela-se perfeitamente razoável a fixação da pena-base de dez anos de reclusão nessa espécie de crime sem necessidade de aplicação da agravante prevista no § 4º, do art. 1º da Lei 9.613/1998.

11. Afasta-se a Agravante inculpada no § 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998, que majorou a pena-base de 10 (dez) anos de reclusão, fixada com relação aos pelo menos dois crimes de lavagem de dinheiro, para cada um dos réus e relativo a cada um de tais crimes (acréscimo de 2/3 - dois terços), reduzindo-se a pena definitiva de 16 (dezesseis anos) e sete meses de reclusão para cada um dos crimes para 10 (dez) anos de reclusão, razão pela qual fixa-se, para cada réu, e tome definitiva a pena total desse crime em 20 (vinte) anos a ser cumprida em regime fechado, na forma do art. 33 e seguintes do Código Penal e multa de 1.080 (um mil e oitenta) dias multa, sendo cada dia-multa fixado em cinco salários mínimos na forma dos artigos 49, § 1º c/c art. 60, § 1º do Código Penal.

12. Ante a exclusão da Agravante inculpada no § 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998 torna-se definitiva as penas dos réus Marcos Rogério Machado de Moraes e Antônio Jussivan Alves dos Santos em 35 (trinta e cinco anos) e 10 (dez) meses de reclusão e multa de 2.160 (dois mil, cento e sessenta) dias-multa em desfavor de cada um deles, sem prejuízo de novos processos contra os mesmos réus.

13. Apelos Criminais conhecidos e providos em parte.

Na data de 14.9.2010, foi negado provimento aos embargos de declaração opostos pelo corréu *Antonio Jussivan*, sendo opostos novos aclaratórios pelo paciente *Marcos Rogério*, que também restaram desprovidos em 30.11.2010 (fls. 311/312).

Em seguida, o corréu *Antonio Jussivan* opôs embargos infringentes, os quais foram parcialmente providos, em 8.6.2011, para afastar a duplicidade do crime de lavagem de dinheiro com o redimensionamento das penas, diminuindo-as a 16 anos e 7 meses de reclusão, e 40 dias-multa, mantidas as demais cominações (fls. 368/369). Eis a ementa do julgado (fls. 371/372):

Penal e Processual Penal Embargos infringentes. Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Lei n. 9.613/1998, art. 1º Compra e transferência de veículos para outro Estado. Fato típico. Transporte de dinheiro dentro dos veículos. Concurso material. Inexistência. Fato atípico.

1 - Embargos infringentes através dos quais se devolve ao Colegiado a matéria relativa à ocorrência ou não do crime de lavagem de dinheiro, previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/1998, em face das condutas perpetradas por Antônio Jussivan Alves dos Santos, as de: a) com o dinheiro roubado do Banco Central do Brasil em Fortaleza/CE, adquirir carros de luxo usados, transportá-los para São Paulo; e b) fugir com parte do numerário roubado oculto dentro do veículo.

2 - *Aquisição e transporte de veículos para outro Estado a conformarem o crime de lavagem de dinheiro na medida em que, pelas provas dos autos, evidencia-se terem sido obtidos mediante a apresentação de documentos falsos, utilizados para ocultar a verdadeira identidade dos compradores, e pagos em dinheiro, recurso utilizado, outrossim, com a mesma finalidade, de dificultar a identificação dos Réus, sendo levados para outro Estado para fins de comercialização. Indícios que, em conjunto, afastam a possibilidade de consumo do produto do crime para fins de deleite próprio.*

3 - Divergência, quanto à posição perfilhada pelo Relator dos Embargos Infringentes, que se resume à interpretação de fato incontroverso, consistente no transporte do numerário pelo recorrente no interior de veículos. Hipótese que não conforma o tipo penal de lavagem de dinheiro, pois não cuida de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes especificados nos incisos do art. 1º da Lei n. 9.613/1998. *A fuga, pura e simples, com o produto do roubo ou mesmo o transporte desses valores em um automóvel é fato atípico, sem relevância jurídica para fins penais. É episódio naturalístico, que se segue à apropriação do numerário e dele decorre logicamente.*

4 - Embargos infringentes parcialmente providos.

Inadmitidos os recursos especial e extraordinário, foram interpostos recursos de agravo, que não foram conhecidos por esta Corte (fls. 384/391), sendo posteriormente baixados os autos em definitivo ao Juízo de origem (fl. 429).

No tocante ao crime de lavagem de capitais, foram reconhecidos como crimes antecedentes os delitos praticados contra a Administração Pública (art.

1º, V, da Lei n. 9.613/1998) e o de organização criminosa (art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998), tendo a denúncia imputado aos réus os seguintes delitos (fl. 112):

- Antônio Jussivan Alves dos Santos e **Marcos Rogério Machado de Moraes**, os Arts. 155, § 4º, 288 e 304, todos do C.P. e Art. 1º, § 1º, e § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998, com aplicação da regra do Art. 29 do C.P.;

- José Charles Machado de Moraes e Tadeu de Souza Matos, o Art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998;

- José Elizomarte Fernandes Vieira e Francisco Dermival Fernandes Vieira, o Art. 1º, § 1º, II, da referida Lei.

No que diz respeito à tese de atipicidade da conduta quanto ao crime de lavagem de capitais, tendo em vista a inexistência de crime praticado por organização criminosa, constata-se que o crime previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/98 – antes das alterações promovidas pela Lei n. 12.683/2012, que eliminou o rol taxativo dos crimes antecedentes ao branqueamento de capitais – previa que os recursos ilícitos submetidos ao branqueamento poderiam ter como fonte quaisquer dos crimes constantes dos incisos I a VIII, senão vejamos:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo e seu financiamento;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI – contra o sistema financeiro nacional;

VII – praticado por organização criminosa;

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

O Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, tem afirmado a orientação de que o tipo penal do inciso VII, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998, na redação anterior à Lei n. 12.683/2012, não incide aos fatos praticados durante a sua vigência, já que ausente norma tipificadora do conceito de organização

criminosa, por força do princípio da anterioridade da lei penal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e do 1º do CP, que apenas admite a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu:

Ementa: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Lavagem de dinheiro. Organização criminosa. Infração penal antecedente. Quadrilha (atualmente designada “associação criminosa”). Condutas praticadas entre 1998 e 1999, momento que precedeu a edição da Lei n. 12.683/2012 e da Lei n. 12.850/2013. Impossibilidade constitucional de suprir-se a ausência de tipificação do delito de organização criminosa, como infração penal antecedente, pela invocação da Convenção de Palermo. Incidência, no caso, do postulado da reserva constitucional absoluta de lei em sentido formal (CF, art. 5º, inciso XXXIX). Doutrina. Precedentes. Inadmissibilidade, de outro lado, de considerar-se o crime de formação de quadrilha como equiparável ao delito de organização criminosa para efeito de repressão estatal ao crime de lavagem de dinheiro cometido antes do advento da Lei n. 12.683/2012 e da Lei n. 12.850/2013. Recurso de agravo improvido. – *Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF). – As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais.*

(RHC 121.835 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 13.10.2015, Processo Eletrônico DJe-235 divulg 20.11.2015 public 23.11.2015).

Reporto-me aos fundamentos apresentados pelo Ministro *Celso de Mello*, em decisão monocrática proferida nos autos do HC n. 111.021/PE, que bem esclarece a controvérsia, *in verbis*:

[...]

Sendo esse o contexto, passo a analisar a postulação ora em causa. E, ao fazê-lo, observo – no que concerne à alegação de ausência de tipicidade penal do crime de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/1998, art. 1º, VII, na redação anterior à Lei n. 12.683/2012) fundada na circunstância temporal de, à época da conduta denunciada, o delito de organização criminosa ainda não se achar devidamente tipificado –, que o Supremo Tribunal Federal tem acolhido essa tese, eis que o tipo penal do crime de organização criminosa somente surge com o advento da Lei n. 12.850, de 2.8.2013 (art. 1º, § 1º, e art. 2º).

Esse entendimento tem sido manifestado em precedentes desta Corte Suprema (AP 470/MG, Rel. Min. *Joaquim Barbosa* – ADI 4.414/AL, Rel. Min. *Luiz Fux* – HC 96.007/SP, Rel. Min. *Marco Aurélio* – HC 108.715/RJ, Rel. Min. *Marco Aurélio*, v.g.), valendo destacar, entre tais julgados, aquele proferido no exame do RHC 124.082/RJ, Rel. Min. *Dias Toffoli*:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Crimes de formação de quadrilha (CP, art. 288) e de lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V e VII, da Lei n. 9.613/1998). (...). Inviabilidade da denúncia quanto ao delito de lavagem de dinheiro fundado na participação em organização criminosa (art. 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998, com a redação anterior à Lei n. 12.683/2012). Ausência de definição jurídica na legislação pátria à época dos fatos. (...). Definição jurídica não suprida pela Convenção Internacional de Palermo, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto n. 5.015/2004. Precedente. Recurso parcialmente provido. Extensão dos efeitos a corréus (CPP, art. 580).

[...]

4. (...) é atípica a conduta capitulada no art. 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998 – a qual foi imputada ao recorrente –, pois, à época dos fatos narrados na denúncia (1998 a 2005), não havia definição jurídica na legislação pátria para “organização criminosa”.

5. A *Convenção Internacional de Palermo*, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto n. 5.015/2004, não supriu essa omissão, conforme assentado majoritariamente pela Corte no julgamento da AP n. 470/MG.

6. Recurso ordinário parcialmente provido, concedendo-se a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal proposta contra o recorrente no tocante ao art. 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998. (...). (grifei)

Constata-se, desse modo, que, analisada a imputação deduzida contra os pacientes, sob a perspectiva da “organização criminosa” na condição de crime antecedente, mostra-se destituída de tipicidade penal essa conduta precisamente em razão de inexistir, à época dos fatos (período anterior a 2007), definição jurídica do delito de organização criminosa.

Nem se diga, como afirmado no acórdão ora impugnado, que a ausência de lei formal definidora do delito de organização criminosa seria supável pela invocação da Convenção de Palermo, o que bastaria para configurar, no plano da tipicidade penal – segundo sustentado pelo E. Superior Tribunal de Justiça –, a existência do delito de organização criminosa, como infração penal antecedente, considerado o texto normativo da Lei n. 9.613/1998, em sua primitiva redação.

Cumpra ter presente, sempre, que, em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois – não é demasiado enfatizar – a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal.

Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.

O que se mostra constitucionalmente relevante, portanto, como adverte a doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES/VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, vol. 4/122, 2008, RT), é que, “no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (*lex populi* e *lex praevia*, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)” (grifei).

Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, como a própria formulação conceitual de “organização criminosa”, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento, como adverte autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, “Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral”, p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Direito Penal – Parte Geral”, vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “Código Penal Comentado”, p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Tratado de Direito Penal”, vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, “Código Penal Comentado”, p. 205, 2ª ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, “Direito Penal – Parte Geral”, vol. 1/461, item n. 1.3, 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, “Comentário ao Código Penal”, p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, *v.g.*).

Isso significa, pois, que somente lei interna (e não convenção internacional, como a Convenção de Palermo) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação ou à conceituação de organização criminosa.

Sob tal aspecto, assiste razão aos ora impetrantes, considerada, para tanto, a própria diretriz jurisprudencial desta Suprema Corte prevalecente na matéria e tendo em vista, sobretudo, o momento em que alegadamente praticado o crime de lavagem, pois, naquele instante, por ausência de tipificação penal, o delito de organização criminosa não podia ser caracterizado como crime antecedente.

A Sexta Turma do STJ, seguindo a orientação do STF, adotou o entendimento de que a ausência de descrição normativa de organização

criminosa, antes do advento da Lei n. 12.850/2013, conduz à atipicidade da conduta prevista no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998.

Vejamos a síntese do julgado:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Falsidade ideológica. Inépcia da denúncia. Inexistência. Descrição suficiente dos fatos. Ação penal. Falta de justa causa. Não ocorrência. Lavagem de dinheiro de organização criminosa - ocultação de bens. Fatos anteriores as Leis n. 12.683/2012 e n. 12.850/2013. Atipicidade. Reconhecimento. Suspensão condicional do processo. Manifestação do *parquet*. Possibilidade. Recurso parcialmente provido.

1. Não há como reconhecer a inépcia da denúncia se a descrição da pretensa conduta delituosa relativa ao crime de falsidade ideológica foi feita de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes, permitindo a leitura da peça acusatória a compreensão da acusação, com base no artigo 41 do Código de Processo Penal.

2. A alegação de falta de justa causa não relevada, *primo oculi*, demanda inexoravelmente revolvimento de matéria fático-probatória, não condizente com a via angusta do *writ*, devendo, pois, ser avaliada pelo Juízo *a quo* por ocasião da prolação da sentença, após a devida e regular instrução criminal, sob o crivo do contraditório.

3. *Por fatos praticados nos idos de 2006, os recorrentes foram denunciados como incurso no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998, com redação primeva ao disposto nas Leis n. 12.683/2012 e n. 12.850/2013.*

4. *Não obstante anterior entendimento desta Sexta Turma, torna-se inviável a responsabilização criminal, visto a atipicidade da conduta narrada na exordial acusatória, pois, à época dos fatos, carente a descrição normativa do que seria compreendido por organização criminosa, considerado crime antecedente à lavagem de dinheiro. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.*

5. Diante do expurgo do crime de lavagem de capitais, de se possibilitar o oferecimento da suspensão condicional do processo pelo *Parquet*, mostrando-se indevida a imiscuição desta Corte, no presente momento processual, em ato ministerial.

6. Recurso parcialmente provido a fim de se trancar, em relação aos recorrentes, o Processo n. 302.01.2011.000081-1/000000-000, Controle n. 17/2011, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú/SP, somente no tocante ao delito previsto no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998. (RHC 38.674/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24.4.2014, DJe 5.5.2014).

Desse modo, a ausência de descrição normativa do conceito de organização criminosa, à época dos fatos, anteriores à Lei n. 12.850/2013, impede o seu

reconhecimento não só como crime antecedente da lavagem de dinheiro, mas também para caracterizar as hipóteses equiparadas descritas nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, em observância ao princípio da irretroatividade da lei penal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP.

Quanto à alegada atipicidade do crime de lavagem diante da ausência de crime praticado contra a Administração Pública, o Tribunal de origem assim se pronunciou:

7. Descabe se pretender que a conduta prevista no art. 1º, V, da Lei n. 9.613/1998 configure crime próprio de funcionário público, posto ser crime comum e de mera atividade, dispensando a ocorrência de dano para sua configuração. *Os delitos praticados que lhe foram antecedentes são crimes contra a Administração Pública e praticados por organização criminosa (fl. 252).*

Conforme já ressaltado, a conduta praticada pelo paciente ocorreu anteriormente à vigência da Lei n. 12.683/2012, momento em que o rol de crimes antecedentes era taxativo para fins de configuração do crime de branqueamento de capitais.

Na espécie, os delitos imputados na ação penal, quais sejam: furto, uso de documento falso e quadrilha não se encontram tipificados e classificados no rol taxativo previsto à época na Lei n. 9.613/1998, inexistindo sequer menção na sentença condenatória e no acórdão impugnado de prática anterior de quaisquer crimes contra a Administração Pública – os quais se encontram previstos no Título XI do Código Penal, em seus arts. 312 a 359 –, motivo pelo qual não há afastar, outrossim, do crime de lavagem de dinheiro, previsto no inciso V do art. 1º da Lei n. 9.613/1998.

No tocante ao pedido de extensão dos efeitos do acórdão proferido nos embargos infringentes, resta prejudicado seu exame, porquanto afastado o crime de lavagem de capitais.

Quanto à dosimetria da pena dos demais crimes, a sentença condenatória, mantida pelo Tribunal de origem, está assim fundamentada (fls. 230/231):

199 - Passo à fixação da pena dos réus ora condenados, adotando o procedimento trifásico do art. 68 do Código Penal, realçando que todas as ações dos réus foram próprias de organizações criminosas, *lastreadas em poder econômico de origem desconhecida e suspeita, com utilização de dados e informações especiais, valendo-se de pessoas altamente qualificadas, aliados a sofisticação técnica de equipamentos e movimentação de valores que causam*

verdadeira perplexidade por sua ousadia e montante. Percebe-se, ainda, que a criminalidade não convencional como as ações perpetradas pelos réus, além de causar elevado dano financeiro, resultam ainda em dano ao clima moral da sociedade.

Quanto ao Crime previsto no Art. 288 do Código Penal

200 - Fixo, assim, com relação aos réus *Marcos Rogério Machado de Moraes e Antônio Jussivan Alves dos Santos*, no que diz respeito ao crime previsto no art. 288 do Código Penal, *tendo em vista suas personalidades desvirtuada e voltadas ao crime, bem como suas condutas sociais reprováveis, além do único móvel ter sido o lucro ilícito em detrimento do patrimônio público, com graves consequências sociais, entendendo ser o mesmo merecedor da pena máxima, tendo esta como pena base, pelo que fixo a pena em 03 (três) anos de reclusão.*

QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ART. 304 DO CÓDIGO PENAL

201 - Resta evidenciado que os réus *MARCOS ROGÉRIO MACHADO DE MORAIS E ANTÔNIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS* *utilizaram de documentos públicos falsos, pelo menos, quando de suas compras de veículos e fugas, pelo que fixo, para cada um dos réus, a pena de cinco anos de reclusão e multa de 1.000 (um mil) dias multa, sendo cada dia multas fixado em cinco salários mínimos, na forma dos artigos 49, § 1º c/c art.60, § 1º do Código Penal.*

Quanto ao Crime previsto no Art. 155, § 4º do Código Penal

202 - Com relação ao crime de furto qualificado (art. 155 § 4º do Código Penal), percebo que os réus *MARCOS ROGÉRIO MACHADO DE MORAIS E ANTÔNIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS* *tiveram intensa ação em todas as fases de dito crime, constituindo-se indivíduo experiente na senda do crime e responsável diretos pelo inicial sucesso da empreitada criminoso, pelo que fixo a pena base como a máxima, qual seja 08 (oito) anos de reclusão e multa de 1.080 (um mil e oitenta) dias multa, sendo cada dia multas fixado em cinco salários mínimos, na forma dos artigos 49, § 1º c/c art. 60, § 1º do Código Penal. Reconheço, ainda a reincidência específica com relação ao réu Antônio Jussivan Alves dos santos, na forma do art. 61, I c/c art. 63 do Código Penal, ante sua condenação anterior, pelo menos, no Processo n. 95.2463-6 que teve curso junto a 15ª Vara Criminal de Fortaleza.*

Como é consabido, em regra, não se presta o remédio heroico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nos casos de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

A propósito:

Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal ante a personalidade e conduta social do acusado e circunstâncias do delito. Fundamentação idônea. Inexistência de flagrante ilegalidade. Denegação da ordem.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o *exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.*

2. No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em elementos idôneos, não inerentes ao tipo penal supostamente violado.

3. Ademais, é imperioso frisar que não foi anexada à inicial do presente *mandamus* a íntegra da ação penal em apreço, de modo que não é possível verificar se os depoimentos mencionados pelas impetrantes, e que foram utilizados pelo magistrado de origem para fundamentar o exame das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do acusado, não se referiram à pessoa do paciente, mas sim ao seu irmão.

4. Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ônus do qual não se desincumbiram as impetrantes.

5. Ordem denegada (STJ, HC 152.775/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16.8.2011, DJe de 1º.9.2011).

Habeas corpus. Impetração. Art. 121, § 2º, I e III, do Código Penal. (1) Sucedâneo de revisão criminal. Improriedade da via eleita. (2) Júri. Condenação. Julgamento contrário à prova dos autos. Não reconhecimento. Reexame de provas. Ausência de ilegalidade patente. (3) Dosimetria. Pena aplicada. Fundamentação concreta. Ilegalidade não evidenciada. Duas qualificadoras. Reconhecimento da segunda como agravante ou circunstância judicial. Possibilidade. (4) Não conhecimento.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como sucedâneo de revisão criminal.

2. Concluindo o Tribunal de origem que não ocorreu julgamento contrário à prova dos autos, porque, sopesando as provas e fatos dos autos, afirmou que o Júri optou por uma das teses que encontram amparo no processo penal, não há

ilegalidade flagrante a reparar. Aferição, ademais, que demanda revolvimento fático, não condizente com âmbito mandamental e restrito do *habeas corpus*.

3. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o Tribunal de origem aponta motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. *Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.* A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi concretamente fundamentada. E, havendo duas qualificadoras, é possível que uma seja utilizada na primeira ou segunda fase da dosimetria da pena.

4. *Writ* não conhecido (HC 252.449/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27.5.2014, DJe 9.6.2014).

Consoante consta dos autos, verifica-se que a pena-base foi exasperada:

(i) quanto ao crime de **formação de quadrilha** (atual associação criminosa), tendo em vista *suas personalidades desvirtuadas e voltadas ao crime, bem como suas condutas sociais reprováveis, além do único móvel ter sido o lucro ilícito em detrimento do patrimônio público, com graves consequências sociais* (fl. 230).

De fato, as assertivas segundo as quais o paciente ostenta *personalidade desvirtuada e voltada para o crime* (fl. 230), sendo, ainda, reprovável sua *conduta social* não têm o condão de justificar a valoração negativa, à míngua de fundamentos concretos para tanto, sobretudo em se considerando tratar-se de réu primário.

Já no que diz respeito aos *motivos do delito*, compulsando os autos verifica-se que foram considerados desfavoráveis em face do *lucro ilícito em detrimento do patrimônio público* (fl. 230).

Nesse contexto, tendo em vista que tal motivação não constitui finalidade inerente ao delito de formação de quadrilha – sequer elencado como delito de cunho patrimonial, e cuja objetividade jurídica é a paz pública –, tem-se por idôneo o fundamento.

Contudo, relativamente às *consequências do delito*, indicadas simplesmente como socialmente graves, sem maiores esclarecimentos, reputa-se indevida a valoração negativa da vetorial, a teor do disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

(ii) quanto ao crime de **uso de documento falso**, diante do fato de que os réus *se utilizaram de documentos públicos falsos, pelo menos, quando de suas compras de veículos e fugas, pelo que fixo, para cada um dos réus, a pena de cinco anos de reclusão e multa de 1000 (um mil) dias-multa* (fl. 230).

Do mesmo modo, a simples utilização de documentos público falsos não constitui motivação válida para ensejar o aumento da pena-base, por constituir elementar do tipo, de uso de documento falso.

(iii) quanto ao crime de *furto qualificado*, em virtude de sua *intensa ação em todas as fases do dito crime, constituindo-se indivíduo experiente na senda do crime e responsável diret[o] pelo inicial sucesso da empreitada criminosa*.

Tem-se por legítima a exasperação na medida em que indicados fatos que denotam especial reprovabilidade da conduta, ultrapassando as circunstâncias ínsitas ao delito de furto qualificado, sendo imprópria a via eleita, de todo modo, à revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias.

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Direito Penal. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Dosimetria da pena. Majoração da pena-base pouco acima do mínimo legal. Fundamentação idônea. Quantidade da droga apreendida e participação intensa do agente na prática do delito. Precedentes do STJ.

1. A matéria relativa à propriedade da droga apreendida, por demandar incursão no conjunto probatório da ação penal, revela-se incompatível com a célere via do *habeas corpus*, mormente se a instância ordinária restou convicta quanto à autoria do crime.

2. Ao majorar a pena-base, o juízo sentenciante considerou as peculiaridades concretas do delito de tráfico de drogas em questão, tais como a quantidade da droga apreendida e a intensa participação do paciente na prática delitiva - porquanto era o responsável direto pela difusão e transporte da substâncias entorpecente.

3. Tem-se, portanto, satisfatoriamente fundamentada a exasperação da reprimenda inicial, pois tais argumentos não são inerentes ao tipo penal e justificam a fixação da pena-base em 04 (quatro) anos, o que não se mostra desproporcional ou injustificado, pois a sanção cominada in abstracto para o crime é de 03 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada (HC 36.228/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 2.6.2005, DJ 20.6.2005, p. 305).

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Latrocínio. Absolvição por insuficiência de provas. Necessário revolvimento fático-probatório. Inadmissibilidade na via eleita. Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Justificação idônea. Circunstâncias do crime. Reincidência. Aumento na segunda fase. Patamar inferior a 1/6. Constrangimento ilegal não evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico,

adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- Tendo as instâncias ordinárias demonstrado exaustivamente a materialidade e a autoria do delito, é inadmissível, em sede de *habeas corpus*, o conhecimento do pleito de absolvição por falta de provas, ante o necessário revolvimento fático-probatório incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional.

- Em sede de *habeas corpus*, somente nos casos de flagrante ilegalidade, com expressa violação aos artigos 59 e 68 do Código Penal, é que se admite a modificação da dosimetria da pena aplicada pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que a inadmissibilidade de análise de provas na via eleita.

- *Inexiste o alegado constrangimento ilegal referente à dosimetria na primeira fase da fixação da reprimenda, tendo em vista que as instâncias ordinárias, considerando corretamente o art. 59 do Código Penal, aumentaram a pena-base em quantum inferior a 1/6, levando-se em conta que as circunstâncias do delito fogem da normalidade.*

- Não há falar, ainda, em ilegalidade no aumento em razão da reincidência do paciente, tendo em vista que as instâncias ordinárias procederam a exacerbação da pena, na segunda fase da dosimetria, em 2 (dois) anos, fração também inferior a 1/6, inexistindo, assim, qualquer desproporcionalidade no patamar fixado.

Habeas corpus não conhecido (HC 219.376/MG, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 18.3.2014, DJe 12.5.2014).

Passo, assim, ao redimensionamento das penas:

i) Do crime de formação de quadrilha (atual associação criminosa):

Consoante já salientado, tendo em conta que, de quatro circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, apenas uma foi assim considerada mediante fundamento válido, reduzo a pena-base, proporcionalmente, a 1 ano e 6 meses de reclusão, a qual se torna definitiva, à mingua de outras causas modificativas;

ii) Do crime de uso de documento falso:

Inexistindo fundamento válido para justificar o aumento da pena-base, reduzo-a ao mínimo legal, de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, consoante o preceito secundário previsto para o delito do art. 297 do CP, por se tratar de documento público, a qual permanece no mesmo patamar, ausentes

circunstâncias atenuantes, agravantes, minorantes ou majorantes a serem consideradas;

iii) Do crime de furto qualificado:

Sendo legítima a motivação utilizada para a exasperação da pena-base, como já assinado, não há constrangimento ilegal a ser sanado, no particular.

Por fim, diante do concurso material, somam-se as penas, as quais totalizam 11 anos e 6 meses de reclusão e 1.090 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, permanece inalterado o regime fechado, imposto na condenação, por se tratar de pena superior a 8 anos.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*. Concedo, porém, a ordem de ofício para absolver o paciente dos delitos de lavagem de dinheiro, reduzindo as penas, quanto aos delitos remanescentes, a 11 anos e 6 meses de reclusão e 1.090 dias-multa.

HABEAS CORPUS N. 358.417-RS (2016/0147480-9)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: William de Souza Padilha

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Não conhecimento do *writ*. Tráfico de drogas. Inquéritos e ações penais em andamento. Utilização como fundamento para o indeferimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Possibilidade, desde que por fatos posteriores, salvo casos excepcionais. Precedentes do STF. Regime fechado. Réu primário. Pena final superior a 4 anos. Pena-base acima do mínimo. Constrangimento ilegal não evidenciado. HC não conhecido.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constitui circunstância apta, *em princípio*, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas, salvo hipóteses excepcionais. Precedentes.

3. Afastada a aplicação da minorante, não há ilegalidade na fixação do regime fechado, mais gravoso, ainda que primário o réu, condenado à pena reclusiva superior a 4 anos, uma vez fixada a pena-base acima do mínimo legal.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nefi Cordeiro não conhecendo do *habeas corpus*, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro, e do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior não conhecendo do pedido, contudo concedendo a ordem de ofício, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que lavrará o acórdão. Vencidos em parte a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que concediam a ordem de ofício.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento do *habeas corpus*. Votaram com o Sr. Ministro Nefi Cordeiro os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de William de Souza Padilha em face da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu provimento ao recurso ministerial para condenar o paciente como incurso no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 à pena de 6 anos de reclusão em regime inicial fechado, em acórdão assim fundamentado:

3. Na fixação das penas e observando o previsto nos artigos 42 da Lei n. 11.343 e 59 do Código Penal, verifico, de negativo e em desfavor do apelado, o tipo e quantidade de entorpecente que possuía no momento de sua prisão, sessenta e três pedras de crack. Assim, fixo suas penas em seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa.

As penas referidas acima são definitivas, porque inaplicável, na espécie, a redução prevista no § 4º do artigo 33. Além de outros procedimentos criminais, o recorrido registra uma condenação de quatro anos e sete meses de reclusão, regime fechado, e quinhentos e oitenta dias-multa pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, cometido em 16 de novembro de 2013 (alguns meses após o fato em julgamento), com sentença transitada em julgado em 22 de novembro de 2014.

O regime prisional será o fechado e o valor do dia-multa o mínimo.

(...) (fls. 358417).

Opostos embargos de declaração foram rejeitados, *in verbis*:

2. Os embargos de declaração não procedem. Não existe nenhuma contradição entre a decisão da Câmara, rejeitando a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343, porque o embargante tem condenação posterior ao fato denunciado e outros procedimentos criminais, com suas decisões a respeito da reincidência ou maus antecedentes no momento da aplicação da pena.

A lei em seu parágrafo 4º não tem vinculação com a pena, mas com a pessoa do condenado. Ou seja, quando fala em primariedade e bons antecedentes está se referindo à vida passada do condenado até o momento da imposição da punição. E não apenas às condenações transitadas em julgado antes do cometimento do novo delito e que refletem uma reincidência.

Tanto que também excluem o benefício daqueles que se dediquem às atividades criminosas ou integre organização criminosa. Estas circunstâncias, diga-se, são apuradas no momento da condenação e não têm nenhuma vinculação com as penas que serão ou foram impostas ao condenado.

3. Assim, nos termos supra, rejeito os embargos de declaração (fls. 351/352).

Ainda inconformada, a Defesa impetrou o HC n. 338.378/RS perante esta Corte Superior de Justiça, que não conheceu do *writ*, mas concedeu a ordem, de ofício, a fim de, afastados os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - a existência de feitos criminais em curso e de condenação definitiva por fato posterior ao crime em tela -, determinar ao Tribunal de origem que procedesse à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Em cumprimento ao referido acórdão, o Colegiado estadual assim se manifestou:

2. Mantenho a decisão anterior que negou ao apelado o benefício do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343 e que assim ficou ditado no acórdão:

(...)

Acrescento que a certidão de antecedentes, colhida em 25 de fevereiro de 2016, mostra que, em junho de 2014, o Procedimento de Execução Criminal foi encaminhado à Vara de Execução Criminal. Ou seja, o recorrido está cumprindo pena privativa de liberdade, o que impede o cumprimento simultâneo entre aquela condenação e as penas restritivas de direitos.

3. Assim, nos termos supra, mantenho o provimento do apelo ministerial na forma estabelecida no acórdão atacado (fls. 395/396).

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante, em síntese, constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base em um ano com fundamento apenas na quantidade de droga apreendida que, além de desproporcional, é injusta porque 16 gramas de crack não seria excessiva mas sim irrisória.

Pretende, outrossim, o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado em grau máximo aduzindo, para tanto, que a existência de processo criminal não transitado em julgado não configura reincidência, não evidencia a dedicação a atividades criminosas, nem está entre os requisitos legais para a concessão da benesse.

Pretende, ainda, com a redução da pena a patamar inferior a 4 anos, que seja afastado o regime mais gravoso para o início do cumprimento de pena, seja deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e seja reduzida proporcionalmente também a pena de multa fixada.

Requer o deferimento de medida liminar e a concessão da ordem para reduzir a pena-base, aplicar a minorante do tráfico privilegiado, fixar regime aberto, conceder a substituição da pena e adequar a pena de multa fixada.

A liminar foi indeferida às fls. 409/410.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Hilda Marsiaj Pinto, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 419/424).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Destaco, *ab initio*, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Não se vislumbra, *in casu*, manifesta ilegalidade no tocante à primeira fase da dosimetria, porquanto foram adotados elementos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 63 pedras de *crack* (16 g) (fl. 14) -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

O indigitado dispositivo legal determina que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Assim, levando em consideração a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, o Colegiado estadual entendeu ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não-cabimento. Tráfico ilícito de entorpecentes. Fixação da pena-base no mínimo legal. Aumento sustentado na natureza e na quantidade da droga. Confissão espontânea. Supressão de instância. Regime aberto e substituição por pena restritiva de direitos. Ausência dos requisitos legais. *Habeas corpus* não conhecido.

(...)

III - O art. 42, da Lei n. 11.343/2006 determina que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas sejam consideradas na fixação da pena-base. Assim, dada a natureza do entorpecente, no caso o crack, justificável o aumento imposto na pena-base, mormente porque a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias se coaduna com a jurisprudência predominante (Precedentes).

IV - Tendo em vista que a tese apresentada, relativamente à confissão espontânea, não foi apreciada pela autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes).

V - Os pedidos de fixação de regime inicial aberto e substituição por pena restritiva de direitos não podem ser acolhidos, à míngua dos requisitos legais. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 282.966/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23.10.2014, DJe 3.11.2014)

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação confirmada em sede de apelação. Impetração substitutiva de recurso especial. Impropriedade da via eleita. Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Quantidade, natureza e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas. Manifesta ilegalidade. Inexistência. Substituição da pena. Vedação prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006. Óbice legal declarado inconstitucional. Fundamento afastado. Culpabilidade elevada. Vultosa quantidade, natureza e variedade de entorpecentes. Fundamentação idônea. Ilegalidade manifesta. Inexistência. Regime fechado. Matéria não analisada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Patente ilegalidade. Ocorrência. Regime fechado fixado com base na hediondez do delito. Regime aberto possibilidade em tese. Aferição *in concreto* deve ser realizada pelo Juízo das Execuções. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade, a natureza e a variedade das

substâncias entorpecentes apreendidas - 13.551,17 g de de maconha, 950 g de haxixe, 6.325,8 g de cocaína -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

(...)

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 184.904/DF, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 28.5.2013, DJe 6.6.2013)

No mais, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Verifica-se que as instâncias de origem entenderam ser inaplicável o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, diante da existência de feitos criminais em curso e de condenação do paciente, posterior à data do cometimento do delito em testilha.

Ora, não é viável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena amparando-se na pendência de feitos criminais em curso. É que, consoante pacífica jurisprudência deste Sodalício, inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência. Nesse sentido:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de drogas (11 pedras de “crack”, equivalente a 2,618 g - dois gramas, seiscentos e dezoito miligramas). Minorante prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos. Causa especial de diminuição da pena não aplicada pelo magistrado singular, em razão da presença de maus antecedentes. Circunstância que, de fato, impede a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Entretanto, na hipótese, os maus antecedentes foram considerados sem qualquer menção à existência de condenações transitado em julgado. Natureza da droga. Relevância para a fixação do *quantum*. Redução média. Fixação de regime prisional fechado para o cumprimento da pena. Obrigatoriedade, na hipótese de cometimento após a Lei n. 11.464/2007. Mitigação do regime prisional admitida, entretanto, quando aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, for substituída a pena corporal por restritiva de direitos, o que não é a hipótese. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Descabimento. Requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal, não preenchidos. Ordem parcialmente concedida.

1. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades delituosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

2. A sentença condenatória negou ao Paciente a aplicação da minorante prevista art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão de seus maus antecedentes.

3. A existência de maus antecedentes impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça.

4. Na hipótese, contudo, segundo informações do Juízo sentenciante, à época da sentença condenatória, não havia condenação transitada em julgado em desfavor do Paciente, apenas processos ainda em curso. E, segundo o entendimento adotado tanto pelos Tribunais Superiores quanto pelo Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados como maus antecedentes.

5. Afastados os maus antecedentes do Paciente - única condição apontada para negar a aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 -, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

(...)

(HC 180.949/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25.10.2011, DJe 7.11.2011) (grifou-se).

Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Causa de aumento de pena. Interestadualidade. Art. 40, V do mesmo diploma. Configuração. Desnecessidade de efetiva transposição de fronteiras de Estados da Federação. Intenção que não se concretiza. Incidência da majorante. Tráfico internacional. Similaridade. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006. Aplicação negada unicamente em razão da consideração de ação penal em curso como suficiente à caracterização de maus antecedentes. Constrangimento ilegal. Ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes do STJ. Ordem parcialmente concedida, apenas para que o Tribunal aprecie a possibilidade de redução da pena, com a análise dos demais requisitos do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, desconsiderando-se os antecedentes mencionados.

1. Tal qual o tráfico internacional, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual para que fique autorizada a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V da Lei n. 11.343/2006; bastarão, para tanto, evidências de que a substância entorpecente mercadejada tem como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais. Precedente da 5ª Turma: HC 93.223/MS, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJU 13.10.2008).

2. A jurisprudência das Cortes Superiores afirma que há constrangimento ilegal quando Ações e Inquéritos em andamento são considerados como maus antecedentes e personalidade voltada para o crime; dessa forma, a existência de ação penal em curso não caracteriza maus antecedentes criminais para o fim de obstar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006.

3. Parecer do MPF pela concessão parcial da ordem.

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para que o Tribunal *a quo* aprecie a possibilidade de redução da pena do paciente, com a análise dos demais requisitos do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, desconsiderando-se os antecedentes mencionados.

(HC 119.637/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16.4.2009, DJe 25.5.2009) (grifou-se).

Imperioso, por conseguinte, o afastamento do óbice utilizado pelas instâncias ordinárias para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena.

Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a negativa da benesse prevista no § 4º da Lei n. 11.343/2006, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3, sendo imperioso o redimensionamento da pena.

Passo, pois, à nova dosimetria:

Mantenho a pena-base em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira etapa, diminuo a pena em 2/3, ante a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que perfaz a pena de 2 anos de reclusão e 200 dias-multa, a qual torno definitiva.

Embora a reprimenda corporal seja inferior a 4 anos de reclusão, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber, a quantidade e natureza da droga apreendida - 63 pedras de *crack* (16 g) (fls. 14/15), entendo não ser cabível o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sendo razoável, portanto, a fixação do regime inicial intermediário.

Ante o exposto, *não conheço do writ. Concedo, contudo, a ordem, de ofício*, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos de reclusão e 200 dias-multa, a ser cumprida do regime inicial semiaberto.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: A eminente Relatora, *Ministra Maria Thereza de Assis Moura*, apresentou voto, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício para reduzir as penas a 2 anos de reclusão e 200 dias-multa.

Pedi vista para melhor exame dos autos, notadamente em relação à aplicabilidade, ou não, da causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) a fatos criminais pendentes de definitividade.

A Ministra Relatora aplicando, por analogia, a Súmula 444 do STJ, segundo a qual, [é] *vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base*, entendeu que *não é viável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena amparando-se na pendência de feitos criminais em curso e que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção da inocência* (fl. 7).

Quanto ao ponto, em razão do disposto na Súmula 444/STJ, não poderia ser diferente o entendimento diuturnamente exercitado pelas Turmas que integram a Terceira Seção desse Tribunal Superior, ou seja, *inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade* (STJ, HC 206.442/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe de 2.4.2013). Ilustrativamente, o seguinte julgado da Terceira Seção: (Rcl 9.353/DF, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 10.5.2013).

Vê-se, portanto, que fatos pendentes de definitividade (inquéritos ou ações em curso) não servem para a valoração negativa dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ).

No que concerne ao tema central, cumpre esclarecer que para a aplicação do privilégio contido no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, impõe-se ao agente ser *primário*, ter *bons antecedentes* e não se dedicar às *atividades criminosas* ou integrar *organização criminosa*. Nesse sentido: HC 225.040/ES, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7.6.2016, DJe 21.6.2016; HC 347.600/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5.4.2016, DJe 18.4.2016 e; HC 150.679/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel.

p/ Acórdão Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, julgado em 9.2.2010, DJe 7.6.2010.

Assim, em decorrência do disposto na Súmula 444/STJ e do entendimento jurisprudencial acerca dos pressupostos legais do tráfico privilegiado, pode-se afirmar, portanto, que ações penais em andamento não têm o condão de afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, *quando qualificadas/fundamentadas, apenas, nos maus antecedentes ou na reincidência*. Nesse sentido, o seguinte precedente:

Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Causa de aumento de pena. Interestadualidade. Art. 40, V do mesmo diploma. Configuração. Desnecessidade de efetiva transposição de fronteiras de Estados da Federação. Intenção que não se concretiza. Incidência da majorante. Tráfico internacional. Similaridade. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006. Aplicação negada unicamente em razão da consideração de ação penal em curso como suficiente à caracterização de maus antecedentes. Constrangimento ilegal. Ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes do STJ. Ordem parcialmente concedida, apenas para que o Tribunal aprecie a possibilidade de redução da pena, com a análise dos demais requisitos do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, desconsiderando-se os antecedentes mencionados.

[...]

2. A jurisprudência das Cortes Superiores afirma que há constrangimento ilegal quando Ações e Inquéritos em andamento são considerados como maus antecedentes e personalidade voltada para o crime; dessa forma, *a existência de ação penal em curso não caracteriza maus antecedentes criminais para o fim de obstar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006*.

[...] (HC 119.637/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16.4.2009, DJe 25.5.2009 - grifos).

Ocorre que, embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, entendo como circunstância apta, *em princípio*, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas. Esse é o ponto em que, *permissa vênia*, passo a divergir.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos do acórdão impugnado:

As penas referidas acima são definitivas, porque inaplicável, na espécie, a redução prevista no § 4º do artigo 33. Além de outros procedimentos criminais, o recorrido registra uma condenação de quatro anos e sete meses de reclusão,

regime fechado, e quinhentos e oitenta dias-multa pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, cometido em 16 de novembro de 2013 (alguns meses após o fato em julgamento), com sentença transitada em julgado em 22 de novembro de 2014.

Como bem explicitado pela eminente Relatora, de fato, das folhas de antecedentes criminais, contidas às fls. 46/48 dos autos, não consta condenação com trânsito em julgado contra o paciente, mas apenas inquéritos e ações penais em andamento e uma condenação não definitiva por fato posterior.

Nesse contexto, não obstante a condenação não definitiva, porquanto por fato cometido posteriormente à prática do delito *sub examine*, não possa ser utilizada como fundamento para o afastamento da minorante, os inquéritos policiais e as ações penais em andamento *por fatos anteriores* podem ser considerados como tal, como forma de evidenciar *dedicação à atividade criminosa*.

Quanto ao tema, eis a compreensão do *Supremo Tribunal Federal*:

Ementa: *Habeas corpus*. Constitucional. Tráfico de entorpecente. Não incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 por se dedicar o paciente a atividades criminosas. Com a subsistência da pena fixada, fica mantido o regime inicial fechado. Ordem denegada.

1. *Considerados os fatos incontroversos nos autos*, devolvidos ao exame do Superior Tribunal de Justiça (*Paciente respondeu a outra ação por tráfico, a comprovar a reiteração da conduta*, por possuir mochila com tabletes de maconha e balança de precisão, além de cinquenta e seis vasos com cento e quatorze mudas de maconha em sua residência), não se há cogitar de reexame de prova, mas de simples avaliação do conjunto fático-probatório, *sendo correto o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diante desses elementos comprobatórios do fato de o Paciente dedicar-se a atividade criminosa*.

2. (...)

3. Ordem denegada. (HC 134.082, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 17.5.2016, Processo Eletrônico DJe-112 divulg 1º.6.2016 public 2.6.2016 - grifos).

Ementa: Penal e Constitucional. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). *Causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas*. Afastamento: *paciente dedicado a atividades criminosas*. *Extensa ficha criminal revelando inquéritos e ações penais em andamento*. *Ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência*. Dosimetria da pena, substituição

por restritiva de direitos e regime aberto: Questões não examinadas pelo Tribunal *a quo*. Não conhecimento.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “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”.

2. In casu, *a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais*, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. Menezes de Direito, DJe de 20.3.2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14.2.2012, entre outros.

3. Os temas atinentes à dosimetria da pena, à substituição por restritiva de direitos e ao regime aberto não foram examinados no Tribunal *a quo*, por isso são insuscetíveis de conhecimento, sob pena de supressão de instância.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e denegada a ordem nessa extensão. (HC 108.135, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.6.2012, Processo Eletrônico DJe-125 divulg 26.6.2012 public 27.6.2012 - grifos).

Tenho, portanto, que fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas. *Confirmam-se*: HC 353.742/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, **Sexta Turma**, julgado em 5.5.2016, DJe 16.5.2016; HC 258.996/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, **Sexta Turma**, julgado em 7.6.2016, DJe 17.6.2016.

Ainda nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Tráfico de substância entorpecente. Decisão monocrática. Possibilidade. Ausência de violação ao princípio da colegialidade. Fixação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. *Réu que responde a outras ações penais. Dedicação à atividade criminosa. Fundamentação idônea*. Agravo regimental desprovido.

1. De acordo com o art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal, é possível ao Relator dar provimento ao recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade.

2. A existência de outros processos criminais contra o Acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 232.513/AL, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13.8.2013, DJe 23.8.2013 - grifos).

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Penal. Tráfico de drogas. Afastamento da causa especial de diminuição de pena de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Agravante que se dedica a atividades criminosas.

1. Embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação à atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos.

2. A certidão de antecedentes criminais, bem como o fato de já ter sido preso e responder a outra ação penal por crime de roubo, permite concluir que o réu se dedica a atividades criminosas, não preenchendo os pressupostos do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 101.913/CE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 5.2.2013, DJe 15.2.2013 - grifos).

Por fim, quanto ao regime prisional, afastada a aplicação da minorante, não constato ilegalidade na fixação do regime fechado, mais gravoso, conquanto primário o réu, uma vez fixada a pena-base acima do mínimo legal, por se tratar de pena reclusiva superior a 4 anos – 6 anos.

Ante o exposto, com a vênica da ilustre relatora, voto por não conhecer do *writ*.

HABEAS CORPUS N. 366.517-DF (2016/0211302-0)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Impetrante: Alexandre Vieira de Queiroz e outro

Advogado: Alexandre Vieira de Queiroz - DF018976

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Paciente: Benedito Augusto Domingos (preso)

EMENTA

Execução penal. Condenado com idade avançada e com inúmeras patologias. Viabilidade de cumprimento da pena em prisão domiciliar até que o quadro clínico apresente estabilidade ou até que o estabelecimento prisional tenha condições de prestar a assistência médica. Ordem concedida.

1. Em respeito à integridade física da pessoa submetida à custódia do Poder Público, deve-se compreender, como parte do núcleo intangível que permeia esse direito fundamental diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, o dever do Estado de prestar a devida assistência médica àqueles condenados que ostentam idade avançada. O conteúdo de tal garantia deve ser preservado em qualquer circunstância, mostrando-se arredável eventual justificativa tendente a reduzir-lhe o alcance ou a dimensão.

2. Determinadas previsões da Lei de Execução Penal devem ser interpretadas visando a sua harmonização com um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, da CF), de modo a assegurar acesso dos presos às necessidades básicas de vida, não suprimidas pela sanção criminal. Outrossim, não se sustenta a interpretação literal de dispositivo de lei que venha a fomentar, na prática, a manutenção do quadro caótico do sistema penitenciário, com implicações deletérias à integridade física dos presos.

3. A melhor exegese, portanto, do art. 117 da Lei n. 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha.

4. Seguindo a linha de uma interpretação consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais do condenado, entre os quais o direito a atendimento médico minimamente adequado, esta Corte, há um bom tempo, sempre na via da absoluta excepcionalidade e em consonância com o caso concreto, tem permitido a condenados em regime diverso do aberto que usufruam da prisão domiciliar sempre que necessário ao tratamento médico de que careçam e que não possa ser disponibilizado dentro dos presídios.

5. Há, na espécie, nítida singularidade na situação do paciente, que conta com 82 anos de idade e com inúmeras patologias que requerem cuidados médicos, não disponibilizados, satisfatoriamente, pelo estabelecimento prisional em que se encontra recolhido, tornando temerária a manutenção do paciente no cárcere enquanto inalterado o quadro médico ou a insuficiência dos serviços estatais.

6. Ordem concedida a fim de autorizar que o paciente cumpra a pena em prisão domiciliar até que seu quadro clínico permita seu retorno ao estabelecimento prisional, devendo os relatórios médicos acerca da evolução das patologias ser periodicamente encaminhados ao Juízo das execuções criminais, ou até que o estabelecimento prisional tenha condições efetivas de prestar a assistência médica de que ele necessita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr. Alexandre Vieira de Queiroz, pela parte paciente: Benedito Augusto Domingos.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 27.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: ***Benedito Augusto Domingos*** estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, que denegou a ordem lá impetrada (HC n. 0029823-91.2016.8.07.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente, condenado pelo Tribunal *a quo*, em ação penal originária, pela prática de fraude ao caráter competitivo da licitação e por corrupção passiva, encontra-se sob execução provisória da pena.

A defesa pleiteou, perante o juízo da execução, fosse deferida a prisão domiciliar, sob os argumentos de que o grave estado de saúde do paciente, que não recebe tratamento adequado no estabelecimento prisional, e a sua avançada idade (82 anos), justificariam o pedido, argumentos não acolhidos pela Corte de origem.

Neste *writ*, os impetrantes reiteram o pedido, salientando que “a Defesa não está requerendo a prisão domiciliar apenas com fundamento no art. 117, da LEP. Mas também com lastro no art. 318, I, do CPP, notadamente devido ao teor dos Ofícios do Comandante do 19º Batalhão de Polícia Militar; no Laudo oficial do perito do IML; e dos Relatórios médicos acostados aos autos” (fl. 3).

Aduzem que “os Ofícios encaminhados pelo Comandante do 19º Batalhão de Polícia Militar e Diretor do NCPM à Douta Magistrada de primeiro grau, deixam bem claro que a unidade prisional não tem a menor condição de prestar qualquer tipo de tratamento ambulatorial (muito menos o sugerido no Laudo Pericial), bem como relatam as dificuldades para efetuar os deslocamentos para atendimento externo” (fl. 5).

Asserem, ainda, que “A idade, embora seja um fator importante para fins de individualização do cumprimento da pena (art. 318, I, CPP c/c art. 5º, XLVI e XLVIII, CF), no presente caso, deve ser somado, até por cautela, aos problemas de saúde (artigos 40 e 41, VII, da LEP c/c 5º, XLIX, CF). Não é ocioso lembrar que se trata de execução precária, estando a reprimenda ainda sujeita a correções pelos tribunais” (fl. 7).

Por fim, alegam que, “ao contrário do constante na decisão ora guerreada, o ora Paciente não foi condenado a cumprir a pena em regime fechado, mas em regime semiaberto” (fl. 15) e requerem seja deferido ao paciente o cumprimento de pena em prisão domiciliar para tratamento.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal que, em parecer subscrito pela Subprocuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge, manifestou-se pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

Em síntese, o paciente cumpre as penas que lhe foram impostas pela prática dos crimes de *fraude ao caráter competitivo da licitação* (5 anos, 8 meses e 10 dias de detenção) e de *corrupção passiva* (4 anos).

A defesa, em 29.7.2016, pleiteou a concessão da prisão domiciliar, sob o argumento de que o réu necessitaria de cuidados médicos não disponíveis no local onde se encontra, pedido este que foi indeferido pelas instâncias ordinárias. Consequentemente, impetrou este *habeas corpus* que reitera a alegação de fragilidade na saúde do paciente, que conta com 82 anos e necessita de cuidados médicos periódicos não disponíveis na unidade prisional, motivo pelo qual pretende a prisão domiciliar, não apenas com fundamento no art. 117 da LEP, mas também com lastro no art. 318, I, do CPP, notadamente devido ao teor dos Ofícios do Comandante do 19º Batalhão de Polícia Militar; no Laudo oficial do perito do IML e nos Relatórios médicos acostados aos autos (fl. 3).

II. Considerações iniciais

Assinalo, de imediato, a opção do legislador Constituinte pela elevação da dignidade da pessoa humana como um dos pilares, ou fundamentos, da República, conforme se lê logo do art. 1º, III, da Carta Política de 1988, o que, à evidência, repercute diretamente no modo como o Estado pune aqueles que violam as leis penais, assegurando-lhes diversos direitos não atingidos pela sanção criminal, com destaque para o direito a que se respeite a integridade física e moral do condenado.

Esse também é o pensamento positivado em qualquer documento internacional que verse temas de direitos humanos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, por exemplo, estabelece em seu item III que “*todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*” e que “*ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*” (item IV). Tem por objetivo “*reconhecer a dignidade inerente a todos os membros da família humana, que é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*” (GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 19).

De modo semelhante, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/1992) prevê em seu art. 10 que “*toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana*”. Na mesma direção, o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/1992) consagra regras protetivas aos direitos dos presos, determinando em

seu art. 5º, item 1: “*toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral*” e, no item 2 (segunda parte): “*toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano*”.

Em respeito à integridade física da pessoa submetida à custódia do Poder Público, deve-se compreender – como parte do núcleo intangível que permeia esse direito fundamental diretamente ligado à dignidade da pessoa humana – *o dever do Estado de prestar a devida assistência médica àqueles condenados que dela necessitarem, notadamente os presos que ostentam idade avançada e saúde fragilizada*.

O conteúdo de tal garantia deve ser preservado em qualquer circunstância, mostrando-se inaceitável eventual justificativa tendente a reduzir-lhe o alcance ou a dimensão. Luiz Regis Prado afirma que “é justamente na dignidade humana que radica o fundamento material do princípio da humanidade, visto que constitui o último e fundamental limite material à atividade punitiva do Estado” (*Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral – Arts. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 142).

O princípio da humanidade da pena, portanto, mostra-se como uma garantia da ordem material e restritiva na construção e na interpretação de leis penais. A despeito da necessidade de se punirem infratores, “repugna à consciência de todos a inflição de castigos cruéis e ofensivos à dignidade que sempre permanece, em maior ou menor escala, até no pior delinquente” (DOTTI, Rene Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 222).

Não posso, aliás, deixar de considerar que, em recente julgamento realizado pela Suprema Corte (*ADPF n. 347/DF*), o Plenário reconheceu, inspirado em decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC), a existência do ***Estado de Coisas Inconstitucional*** no sistema prisional brasileiro, haja vista a ocorrência de violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. Conclui-se que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam – quando desrespeitados os mínimos direitos que compõem a ideia da dignidade da pessoa humana – eventualmente se constituindo em penas cruéis e desumanas, em desrespeito à Constituição da República e a diversos documentos internacionais (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas constitucionais e legais.

Nessa decisão, evidencia-se a posição do Supremo Tribunal Federal ao balancear os direitos e os princípios constitucionais tutelados, no sentido

de impor obrigações de fazer ao Poder Executivo, no âmbito da política penitenciária, com o propósito de dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, afastados os princípios da separação dos Poderes e da reserva do financeiramente possível (VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão n. 186). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos> Acesso em: 5 out. 2016).

Embora, objetivamente, a decisão proferida pelo STF tenha apenas implementado as audiências de custódia e liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) para utilização em sua finalidade primordial (proibindo a realização de novos contingenciamentos), não há como descartar o reconhecimento de que há um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou pela incapacidade reiterada e persistente do Estado brasileiro em modificar a estrutura e o funcionamento do sistema penitenciário brasileiro. Tal constatação sinaliza a necessidade de o operador do direito não se manter apático diante do abismo existente entre a legislação de execução penal, as imposições constitucionais e a realidade do sistema prisional brasileiro.

Outro importante caso analisado pela Suprema Corte (*RE n. 641.320/RS*), que implicou na edição da *Súmula Vinculante n. 56 do STF*, também serve como relevante vetor de transformação na forma de interpretar a Lei de Execução Penal, de sorte a compatibilizá-la com a realidade brasileira e, nessa perspectiva, com os ditames constitucionais. Com efeito, como assinalou o Ministro *Gilmar Mendes*, “*por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos. A Constituição chega a ser expletiva nesse ponto, ao afirmar o direito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX)*”.

Assim, conclui o referido Ministro, fazendo referência ao *HC n. 93.596* relatado pelo Ministro Celso de Melo, que “*não se revela ‘aceitável que, por (crônicas) deficiências estruturais do sistema penitenciário ou por incapacidade de o Estado prover recursos materiais que viabilizem a implementação das determinações impostas pela Lei de Execução Penal – que constitui exclusiva obrigação do Poder Público – venha a ser frustrado o exercício, pelo sentenciado, de direitos subjetivos que lhe são conferidos pelo ordenamento positivo*”.

Nessa perspectiva, é possível compreender a ideia, inserta no conteúdo desses dois importantes casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal, de que determinadas previsões da Lei de Execução Penal devem ser interpretadas visando a sua harmonização à dignidade da pessoa humana, de modo a não suprimir o acesso dos presos às necessidades básicas de vida, não atingidas pela sanção privativa de liberdade.

Outrossim, não há como permitir a interpretação literal de determinados comandos previstos na Lei de Execução Penal que, ao fim e ao cabo, fomentam, na vida prática, a manutenção do quadro caótico do sistema penitenciário com implicações deletérias à integridade física dos presos. Por isso, as diretrizes extraídas do *RE n. 641.320/RS*, *v.g.*, a saída antecipada de presos como medida para otimizar as vagas nos presídios, não encontram guarida no texto rígido da LEP, mas na necessidade de se obter soluções no enfrentamento desse grave problema vivido pelo sistema prisional, enquanto fenômeno social.

A mesma inclinação deve existir no processo hermenêutico incidente sobre o art. 117 da Lei n. 7.210/1984, que reza o seguinte:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.

A interpretação literal do referido artigo pode levar o operador do direito a conclusão de que somente os presos em regime aberto é que podem, nas hipóteses ali previstas, ser recolhidos em residência particular (prisão domiciliar). Tal compreensão não soa desarrazoada e era a orientação adotada por esta Corte tempos atrás. A propósito, o seguinte precedente de 1989:

Penal. Regime aberto. Cumprimento em prisão domiciliar. *Reunindo o condenado condições para o benefício da prisão albergue, pode o juiz designar, como local de cumprimento da pena, residência particular, ante as peculiaridades de cada caso. Admite-se o regime aberto domiciliar, não somente ao condenado que detenha uma das condições elencadas nos incisos I a IV do artigo 117 da Lei das Execuções Penais, mas, também aquele que tendo obedecido a escala progressiva dos regimes prisionais, estatuída no art. 33 do C. Penal, esteja impossibilitado de cumprir o restante da pena no regime aberto por falta de local apropriado.*

Recurso improvido (REsp n. 11/SP, Rel. Ministro Cid Flaquer Scartezzini, DJ 23.10.1989, destaquei).

Entretanto, a melhor exegese, extraída da evolução e do aperfeiçoamento das instituições na proteção aos direitos e das garantias fundamentais, no decorrer do tempo, bem como dos recentes precedentes da Suprema Corte, permite inferir a *viabilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o recomende*, isto é, desde que no caso examinado haja evidente conflito entre direitos e garantias fundamentais, a impor ao intérprete a necessária ponderação a fim de coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, ainda que nesse mister seja imperativo reduzir proporcionalmente o âmbito de alcance de cada direito ou garantia, sempre em busca da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Nesse particular, portanto, deve o magistrado levar em conta que *o mínimo necessário à manutenção da integridade física do condenado, sob a ótica do atendimento de saúde, integra o núcleo essencial da própria ideia de dignidade da pessoa humana* (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 84-87).

Assim, apoiado em interpretação consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais do condenado, entre os quais o direito a atendimento médico adequado, tal como o exposto até aqui, esta Corte, há um bom tempo, sempre na via da absoluta excepcionalidade e em consonância com o caso concreto, tem permitido aos condenados em regime diverso do aberto que usufruam da prisão domiciliar sempre que adequado ao tratamento médico de que necessitam e que não possa ser disponibilizado dentro dos presídios. Nesse sentido:

Recurso em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Estado de saúde do agente. Gravidade comprovada. Prisão domiciliar. Supressão de instância. Matéria não analisada na origem. Recurso não conhecido. Constrangimento ilegal demonstrado. Excepcionalidade da situação evidenciada. Ordem concedida de ofício.

[...]

2. A prisão domiciliar é prevista na Lei de Execução Penal para os condenados que estejam cumprindo pena no regime aberto, desde que atendam a alguns requisitos, expressamente elencados no artigo 117 do aludido diploma legal, dentre os quais estar o condenado acometido de doença grave.

3. Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento, que em casos excepcionais, é possível a concessão da reclusão em residência para os portadores de doença grave, mesmo que encontre-se no regime fechado ou semiaberto.

4. *In casu*, há nos autos laudo médico que atesta a gravidade de sua enfermidade, bem como sugere a realização de tratamento curativo fora do estabelecimento prisional, em face da ausência de recursos necessários para a restauração da saúde do custodiado no âmbito carcerário.

5. Recurso não conhecido, contudo *habeas corpus* concedido de ofício para autorizar a transferência do recorrente para o regime de prisão domiciliar até que o seu quadro clínico o possibilite a cumprir a sanção impingida em estabelecimento prisional adequado, devendo o Juízo competente delimitar as condições da deferida excepcionalidade (RHC n. 26.814/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 29.3.2010, destaquei).

III. Hipótese dos autos – direito a tratamento domiciliar

No caso, o paciente, custodiado no 19º batalhão da Polícia Militar – NPCM desde 23.3.2016 (fl. 429), com 82 anos de idade, possui o seguinte quadro clínico exposto pela defesa – *devidamente comprovado*, conforme fl. 395 – (fl. 4):

1. Hipertensão Arterial Sistêmica em tratamento, compensada;
2. Osteofitose da coluna lombar e cervical, sintomáticas, em tratamento analgésico;
3. Hipotireoidismo em tratamento, compensado;
4. Dislipidemia mista, em tratamento medicamentoso;
5. Obesidade grau II;
6. Doença aterosclerótica em carótida direita, em tratamento medicamentoso;
7. Histórico de episódios de fibrilação atrial, no momento, sendo prescrito tratamento medicamentoso preventivo de tal arritmia;
8. Má adesão ao tratamento medicamentoso, documentada em prontuário médico, e relatada pelo periciando, antecedendo o cárcere.

Em relação ao atendimento e ao tratamento médico, embora desde o início do cumprimento da pena o Estado tenha viabilizado o atendimento ambulatorial, tal como ressaltou o acórdão impugnado, a própria declaração feita pelo Comandante e Diretor da Unidade prisional, no dia 18.4.2016, esclarece o seguinte (fl. 426):

Desde sua chegada, este comandante constatou que o custodiado em questão foi submetido a escolta emergencial por 02 (duas) vezes, nos dias 09 de abril e 18 de abril do corrente ano. *Também foi verificado a idade avançada do custodiado e um quadro clínico indicando a incidência de várias patologias, com extenso uso de medicamentos. Segue anexa cópia do Relatório Médico do Sr. Benedito datado e assinado pelo Dr. Manoel Solange Fontes Teles.*

Diante do exposto, informo que o Núcleo de Custódia Policial Militar - NCPM, não possui profissionais de saúde que possam oferecer atendimento médico de urgência ou ambulatorial para os custodiados e, ainda, não possui viaturas tipo ambulância ou para transporte médico hospitalar, assim acarretando em um comprometimento na eficácia de possível socorro.

Vale ressaltar que o ano de 2014, o custodiado 3º SGT QPPMC **Lindomar Moura Gomes** - MAT. 14.127-5, apresentou um problema de saúde no interior da cela dos custodiados do regime fechado e, devido a complicadores semelhantes já citados acima, o interno veio a óbito.

Essa informação já havia sido prestada à defesa pelo referido comandante, seis dias antes (11.4.2016), nestes termos (fl. 413):

[...]

Informo ainda que neste batalhão não há pronto atendimento médico durante o dia e a noite e nos casos de atendimento médico hospitalar de emergência, os custodiados são encaminhados a pronto-socorros da rede pública ou de hospitais particulares, quando o custodiado possuir convênio. Não possuímos desfibrilador, não há viaturas tipo ambulância ou viatura para transporte médico hospitalar e por fim este Batalhão não tem condições de prescrever dietas especiais para pessoas que se encontram presas (destaquei).

Tal circunstância é reconhecida pelo Magistrado das execuções, que concluiu (fls. 430-431):

Ora, o próprio Comandante e Diretor da unidade informou que Benedito Domingos está alocado no NCPM desde o dia 23 de março do corrente ano e que durante este lapso temporal precisou de dois atendimentos emergenciais. *Embora tenha afirmado que o Núcleo não teria viatura adequada para prestar socorro, o interno foi efetivamente socorrido, sem quaisquer intercorrências, conforme se vê nos bojos dos boletins de socorro enviados a este Juízo, razão pela qual tais fatos não podem ser invocados para subsidiar eventual transferência.*

Como se vê, há informações claras de que *o ambiente em que o paciente se encontra não possui condições de fornecer-lhe o tratamento de saúde adequado, havendo notícia, aliás, de que outro custodiado em semelhantes condições teria vindo a*

óbito em razão dessa precariedade dos serviços médicos no presídio. Nessa perspectiva, a manutenção da prisão, no local onde se encontra o ora paciente não se coaduna, a meu juízo, com os fins a que a pena se propõe, porquanto o expõe a real perigo de vida.

A solução ora aviltrada poderia ser outra se houvesse, com a concessão da prisão domiciliar, concreto risco à integridade física de terceiros ou à repetição da conduta pela qual o paciente cumpre pena. Porém, dadas a natureza do delito (contra a administração pública) e as condições pessoais do preso, esse risco não se faz presente.

De anotar, por derradeiro, que o paciente já cumpriu mais de 7 meses de sua pena privativa de liberdade, em regime semiaberto, antevendo-se a probabilidade de que, em breve, ingresse no regime aberto, se preenchidos seus requisitos legais.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, voto por conceder-se a ordem pleiteada, a fim de autorizar que o paciente cumpra a pena em prisão domiciliar *até que seu quadro clínico permita seu retorno ao estabelecimento prisional*, devendo os relatórios médicos acerca da evolução desse quadro ser encaminhados ao Juízo das execuções criminais, na periodicidade que determinar, ou *até que o estabelecimento prisional tenha condições efetivas de prestar a assistência médica de que ele necessita.*

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 71.928-MG (2016/0151013-8)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Alcides Cahyo Felliph Chaves Ferreira

Advogado: Charley Teixeira Chaves - MG088259

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Desobediência e resistência. *Bis in idem*. Duplo julgamento pelo mesmo fato delituoso.

Supressão de instância. Ilegalidade flagrante. Recurso não conhecido. Ordem concedida, de ofício.

1. Embora o colegiado do Tribunal de origem não tenha examinado a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior.

2. *In casu*, está evidenciada a nulidade do acórdão condenatório prolatado na Ação Penal n. 2532817-34.2011.8.13.0024, diante da **incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte** para o processamento e julgamento do feito.

3. Por outro lado, tal ação penal examinou exatamente os mesmos fatos posteriormente imputados na Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024 (8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte), caracterizando *bis in idem*.

4. Em princípio, seria o caso de reconhecer a nulidade *ab initio* deste segundo processo - em razão da ocorrência de inadmissível *bis in idem* -, solução que, todavia, é de ser afastada em razão da **incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal**, onde tramitou o primeiro processo.

5. Na hipótese dos autos, como a soma das penas máximas cominadas aos delitos (desobediência e resistência) ultrapassa 2 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial.

6. Assim, no caso concreto, como o Processo n. 2532817-34.2011.8.13.0024 tramitou perante juízo absolutamente incompetente (Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte), deve ser declarado nulo, mantendo-se hígido o segundo processo (Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024, da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte) que, embora tenha sido proposto em momento posterior, corre no juízo efetivamente competente para o julgamento da causa.

7. Recurso não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, em razão da incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, *afastar a coisa julgada, anular e trancar* a Ação Penal n. 2532817-34.2011.8.13.0024, sem prejuízo da continuidade da Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024, da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 30.9.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por *Alcides Cahyo Fellioph Chaves Ferreira* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC n. 1.0000.15.097641-3/000), assim sintetizado:

Habeas corpus. *Restabelecimento da pena restritiva de direito. Pedido deferido em primeiro grau. Perda do objeto da impetração. Nulidade do processo de origem. Inocorrência. Litispendência. Pedido não formulado em primeiro grau. Supressão de instância. Autoria delitiva. Análise incabível na ação direta de habeas corpus.* 01. Não há falar-se em constrangimento ilegal quando o pedido de restabelecimento da pena restritiva de direito já foi deferido, restando prejudicada, em parte, a impetração. 02. Sendo a tese de nulidade proveniente de meras ilações equivocadas do impetrante, não há falar-se em nulidade do processo de origem. 03. Se o juízo *a quo* ainda não se pronunciou acerca de determinado pedido formulado pelo paciente, impedido está o Tribunal de apreciar a ordem impetrada, sob pena de supressão de instância. 04. O revolvimento de matéria de prova não se comporta nas balizas do *Habeas Corpus*, devendo emergir da instrução probatória no curso da ação penal.

Nesta via, o recorrente alega sofrer constrangimento ilegal, por ter sido processado simultaneamente pelos mesmos fatos em duas ações penais distintas.

Aduz que o Processo n. 2782683-90.2012.8.13.0024 da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte é idêntico ao Processo n. 2532817-34.2011.8.13.0024 do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte.

Pretende a anulação do último: a) por violação à ampla defesa e ao contraditório; b) por incompetência do juizado especial para apreciar os fatos delituosos (arts. 329 e 330 do Código Penal); e c) por inadmissibilidade da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem prévia oitiva do condenado.

A liminar foi indeferida (fls. 215/216).

Foram prestadas informações às fls. 221/232, 236/239 e 242/252.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Nívio de Freitas Silva Filho, manifestou-se “pelo desprovimento do recurso ordinário, concedendo-se a ordem de ofício” (fl. 261).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Constata-se, de pronto, que a nulidade apontada - referente ao duplo julgamento do recorrente pelos mesmos fatos - não foi efetivamente apreciada pelo acórdão impugnado, o que até mesmo impediria o seu conhecimento por esta Corte Superior.

Com efeito, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que, ante a ausência de exceção de litispendência perante o juízo de primeiro grau, seria descabida a apreciação da questão em segundo grau, sob pena de supressão de instância.

A jurisprudência desta Corte tem considerado não ser possível o conhecimento de *habeas corpus* quando não apreciada a questão pelo Tribunal *a quo*, sob pena de indevida supressão de instância.

Entretanto, excepciona-se o dito entendimento (impossibilidade de julgar matéria não analisada pela Corte de origem) *quando caracterizado o manifesto constrangimento ilegal.*

In casu, está evidenciada a nulidade do acórdão condenatório prolatado na Ação Penal n. 2532817-34.2011.8.13.0024, diante da incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte para o processamento e julgamento do feito.

Por outro lado, tal ação penal examinou exatamente os mesmos fatos posteriormente imputados na Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024 (8ª

Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte), caracterizando indevido *bis in idem*.

Transcrevo, para que não restem dúvidas, o teor das exordiais (fls. 195/197 e 26/28):

Ação Penal n. 2532817-34.2011.8.13.0024 (Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte).

O Ministério Público de Minas Gerais, através da Promotora de Justiça em exercício perante esta Vara e Comarca, com base no incluso procedimento investigatório, com fulcro no disposto no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, e artigo 24 c/c art. 41 do Código de Processo Penal, vem perante V. Exa. oferecer denúncia contra:

Alcides Cahyo Felliph Chaves Ferreira (...);

Harley Souto Netto (...), *pela prática da seguinte infração penal e respectivo fundamento jurídico:*

I. Noticiam as peças informativas que em 14.2.2011, por volta das 23h30min, na rua Coronel Otavio Diniz, n. 660, bairro Paraíso, nesta urbe, os denunciados, agindo com unidade de desígnios, opuseram-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionários públicos competentes para executá-lo.

II. Segundo se apurou, policiais militares, atendendo à denúncia acerca de algazarras e uso de drogas em via pública, compareceram no local supracitado onde encontraram várias pessoas, dentre elas Mateus Felipe do Nascimento e Guilherme Carlos da Silva Santos, além dos denunciados.

III. Ato contínuo, os milicianos realizaram uma busca pessoal nas referidas pessoas, porém nada de ilícito foi encontrado.

IV. Na sequência, os militares orientaram a todos que procurassem fazer menos barulho, já que eles estavam incomodando a vizinhança. Contudo, os policiais não foram acatados na orientação dada, pois os abordados, em tom desafiador, falaram que continuariam com a bagunça, já que a “rua é pública”. Diante disso, os militares, novamente, tentaram orientar a todos, porém estes além de não atenderem ao referido pedido, passaram a zombar dos policiais, sendo que os agentes Mateus e Guilherme passaram, inclusive, a ameaçar a soldado Mônica, dizendo que eles “conheciam ela e seu marido e também dizendo que sabiam onde ela morava e seus familiares”. Em razão disso, foi dada voz de prisão a Mateus e Guilherme por crime de ameaça.

V. Quando os militares foram realizar a detenção de Mateus e Guilherme, estes ofereceram resistência, desferindo chutes e socos contra os policiais. Os denunciados, em auxílio aos aludidos companheiros e visando impedir o ato legal

de prisão dos mesmos, também investiram contra os milicianos, os agredindo da mesma forma já narrada.

VI. Posteriormente, os policiais conseguiram dominar os infratores, realizando a detenção destes e condução à Depol, onde foram adotadas as medidas pertinentes.

Ante o exposto, tendo Alcides Cahyo Felliph Chaves Ferreira e Harlley Souto Netto incorrido nas iras do artigo 329 do CPB, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo órgão de execução que esta subscreve, requer a V. Exa. sejam os denunciados citados, intimados para audiência de instrução e julgamento, devidamente processados nos termos do artigo 78 e seguintes da Lei n. 9.099/1995, para, ao final, serem condenados nas penas que lhe couber, ouvindo-se no momento processual adequado as testemunhas abaixo arroladas.

(...)

Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024 (8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte).

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por seu Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, amparado no incluso Inquérito Policial autuado na Secretaria deste Juízo sob o n. 0024.12.278268-3, vem oferecer denúncia em desfavor de:

Mateus Felipe Silva do Nascimento (...) e

Alcides Cahyo Felliph Chaves Ferreira (...), pela prática do seguinte fato delituoso:

Consta do incluso Inquérito Policial, que no dia 14 de fevereiro de 2011, por volta das 23:30 horas, na Rua Coronel Otávio Diniz, próximo ao n. 660, bairro Paraíso, nesta capital e Comarca, os denunciados desobedeceram a ordem legal de agentes militares, oportunidade em que, logo após, mediante violência, opuseram-se à execução de ato legal dos mesmos funcionários públicos no exercício daquela função.

Segundo se apurou, populares acionaram a força policial noticiando que, na via pública acima referida, pessoas promoviam algazarra a par de colocar em risco a integridade física de outros transeuntes.

No local, os agentes militares responsáveis pela diligência se depararam com os denunciados e terceiros que se encontravam em sua companhia, oportunidade em que receberam determinação no sentido de cessar o tumulto que ali provocavam.

Inconformados, os denunciados passaram a zombar da força policial, asseverando ostensivamente que não cumpririam aquela determinação, prossequindo nas suas ações e desobedecendo, portanto, a ordem legal que acabavam de receber, a par de ter o primeiro denunciado, *Mateus*, proferido

ameaças contra a Policial Militar *Monica Lincoln Angelo*, que integrava aquela equipe.

À vista do ocorrido, o primeiro denunciado, *Mateus* recebeu voz de prisão, momento em que passou a resistir ao mencionado ato legal, contando, para tanto, com o auxílio do segundo acusado, **Alcides**, que investiu contra os agentes militares no intuito de impedir a referida detenção.

Assim agindo, os denunciados praticaram a dinâmica delituosa tipificada nos arts. 330 e 329, na forma do art. 69, do Código Penal.

Requer o Ministério Público o recebimento da presente denúncia, a citação dos acusados para apresentação de resposta nos termos do art. 396, e seguintes, do Código de Processo Penal, procedendo-se após, a oitiva das testemunhas abaixo arroladas e ao interrogatório dos réus, pugnando, ao final, por sua condenação nas penas que lhe couber.

Constata-se, a partir de uma simples leitura, que, a despeito de pequenas particularidades que as diferenciam, ambas *as denúncias referem-se aos mesmos fatos delituosos* e levaram à instauração de duas ações penais em desfavor do ora recorrente, o que não se pode admitir.

No processo que correu perante o Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte (n. 2532817-34.2011.8.13.0024) o ora recorrente foi absolvido. Contudo, em 6.6.2014 a Turma Recursal Criminal deu provimento ao apelo ministerial para condená-lo à pena de três meses de detenção, substituindo-a por sanção pecuniária equivalente a 2 (dois) salários mínimos (fls. 45/49). *Consta dos autos que o acórdão transitou em julgado em 11.7.2014 (fl. 51).*

Na pendência dessa demanda, foi ajuizada contra o recorrente outra Ação Penal (n. 2782683-90.2012.8.13.0024) *pelos mesmos fatos*, desta feita perante a 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, tendo sido recebida a denúncia no dia 3.12.2013 (fls. 82/84). *Segundo informações obtidas em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal a quo, ainda não foi proferida sentença.*

In casu, a análise das iniciais acusatórias permite inferir que a conduta perpetrada pelo ora recorrente se enquadra em dois tipos penais, em concurso material: a) a desobediência (CP, art. 330), pelo descumprimento de ordem legal emanada pelos agentes policiais de cessar o tumulto; e b) a resistência (CP, art. 329), por ter investido contra os policiais para impedir a prisão de seu comparsa.

Não se descarta que a denúncia perante o Juizado Especial Criminal refere-se apenas ao crime de resistência, mas isso não tem o condão de atrair a sua competência, porquanto, como cediço, “o acusado se defende dos fatos narrados

na denúncia e não da capitulação legal nela contida” (REsp 1.504.724/DF, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 24.11.2015, DJe 7.12.2015).

Assim, mesmo que na segunda ação penal conste capitulação jurídica diversa, tratando-se do mesmo fato, haverá *bis in idem*. Confirma-se, a propósito, a lição de Gustavo Badaró:

Ninguém poderá ser processado duas vezes pelo mesmo fato: *ne bis in idem*. Não poderá haver dois processos iguais, quer simultaneamente, que um após o outro. No primeiro caso caberá a exceção de litispendência; no segundo, a exceção de coisa julgada.

Em regra, dois processos são iguais se houver identidade de partes, de pedido e de causa de pedir. É a teoria dos três *eadem*: *personae, res et causa petendi* (CPC, art. 337, § 2º). No processo penal, contudo, quanto à identidade de partes, pouco importa se o autor é o Ministério Público ou um acusador privado, bastando a identidade de acusado. *De outro lado, com relação à causa de pedir, bastará que haja identidade do fato naturalístico imputado, em seu dado essencial, pouco importando a sua qualificação jurídica*. Ou seja, a mudança do título do crime não atinge a coisa julgada. Por fim, no tocante ao pedido, como ele é sempre genérico - de condenação do acusado às penas previstas em lei -, tal dado não tem maior relevância. **Em suma, há identidade de demandas, no processo penal, quando ambas tiverem o mesmo acusado e for imputado o mesmo fato naturalístico.** (*Processo Penal*, 4ª ed. rev. atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 333/334)

Em princípio, seria o caso de reconhecer a nulidade *ab initio* deste segundo processo - em razão da ocorrência de inadmissível *bis in idem* -, solução que, todavia, é de ser afastada em razão da ***incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal***, onde tramitou o primeiro processo.

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, “no concurso de infrações de menor potencial ofensivo, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou da exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. Se desse somatório resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial” (Rcl 27.315/SP, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Terceira Seção*, julgado em 9.12.2015, DJe 15.12.2015).

Na hipótese dos autos, como a soma das penas máximas cominadas aos delitos (desobediência e resistência) ultrapassa 2 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial.

Sobre o tema, Gustavo Henrique Badaró, em sua tese de Livre Docência em Direito Processual Penal apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, esclarece que “*se a condenação foi proferida por juiz incompetente, ainda que constitucionalmente incompetente, o julgamento será nulo e, como tal, poderá ser rescindido por meio de revisão criminal ou, em determinados casos, por habeas corpus. Provido qualquer um destes remédios, será afastada a coisa julgada e reconhecida a nulidade da sentença condenatória. Depois disso, caso não tenha havido prescrição, será possível a propositura de um novo processo, perante o juiz competente*” (*A garantia do Juiz Natural no Processo Penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 639).

Assim, no caso concreto, como o Processo n. 2532817-34.2011.8.13.0024 tramitou perante juízo absolutamente incompetente (Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte), deve ser declarado nulo, mantendo-se hígido o segundo processo (Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024, da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte) que, embora tenha sido proposto em momento posterior, corre no juízo efetivamente competente para o julgamento da causa.

Ante o exposto, *não conheço* do recurso ordinário em *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para, em razão da incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, *afastar a coisa julgada, anular e trancar* a Ação Penal n. 2532817-34.2011.8.13.0024, sem prejuízo da continuidade da Ação Penal n. 2782683-90.2012.8.13.0024, da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.549.417-MG (2015/0202194-2)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: M E B

Recorrente: M M B

Advogados: Gustavo de Aguiar Ferreira Alves

Alaor de Almeida Castro e outro(s)

Luciano Ayres Furtado

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso especial. Penal. Art. 343 do CP. Mãe e representante legal de vítima de atentado violento ao pudor. Objeto material do crime. Inviabilidade. Testemunha. Conceito. *Analogia in malam partem*. Descabimento. Divergência jurisprudencial. Ausência de similitude fática.

1. Ausente a similitude fática, não se configura a divergência jurisprudencial.

2. A mãe e representante legal da vítima menor de idade não tem legitimidade ativa para cometer o injusto do art. 342 do Código Penal e, por consequência, não pode figurar como objeto do delito do art. 343 do mesmo estatuto, por não se inserir no conceito de testemunha previsto nos dispositivos.

3. Se o próprio legislador, em clara hipótese de interpretação autêntica, definiu ele mesmo o conceito de testemunha (art. 415 do Código de Processo Civil/1973 e art. 288 do Código Civil), não cabe ao julgador se afastar dessa definição, para nela inserir aqueles a que a Lei vedou figurarem como testemunhas, mormente em se tratando de verificação de abrangência de norma incriminadora, em cuja interpretação é vedada a *analogia in malam partem*.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para absolver os recorrentes da imputação de prática do crime do art. 343, parágrafo único, do Código Penal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por maioria, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Maria Thereza de

Assis Moura. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 8.9.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto por *MEB* e *MMB*, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Criminal n. 1.0188.04.028623-2.

Em primeiro grau, foram os recorrentes condenados às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos, e pagamento de 12 dias-multa, como incurso no art. 343 do Código Penal. Tão só as defesas apelaram, porém o Tribunal estadual negou provimento aos recursos (fl. 361):

Apelações criminais. Suborno de testemunha ou corrupção ativa de testemunha com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal. Artigo 343, parágrafo único, do Código Penal. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade demonstradas pelo conjunto probatório. Oferecimento e promessa de vantagens para testemunhas negarem e calarem sobre a verdade em depoimento. Genitoras de vítimas de crime sexual. Não enquadramento nas exceções dos artigos 206 a 208 do CPP. Condição de testemunhas demonstrada. Compromisso legal. Irrelevância. Recursos desprovidos.

Houve a oposição de embargos de declaração defensivos, acolhidos apenas para correção de erro material (fls. 385/390).

Em suas razões alegam os recorrentes, além da divergência jurisprudencial, contrariedade ao art. 343 do Código Penal, *tendo em vista que, se oferta de vantagem houve, o que se admite apenas para argumentar, não foi a nenhum dos agentes indicados no caput do artigo, sendo certo que mãe e representante legal de vítima não se enquadram no conceito de testemunha* (fl. 400).

Argumentam, ainda, que mesmo se as mães e representantes legais das vítimas pudessem se enquadrar no conceito de *testemunha*, não ostentariam

elas tal condição no momento da suposta prática delitiva, ocorrida quando a investigação ainda estava na fase policial. Assim, prosseguem, se não havia processo, seria descabido falar em *testemunha*.

Pedem o provimento do recurso, para com a absolvição dos recorrentes, pela atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Oferecidas contrarrazões (fls. 421/431), admitiu-se o recurso na origem (fls. 433/434).

O Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso (fl. 451):

Recurso especial. Artigo 343, parágrafo único, do Código Penal. Oferecimento de promessa de vantagens, respectivamente, à mãe e à representante legal de menores vítimas de crimes sexuais, destinada a produzir efeito em processo penal. “Condição de testemunha” que emerge do cabedal probatório constante dos autos. Inversão da conclusão a que chegou a Corte *a quo* que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

1. Quanto ao alegado dissídio pretoriano, nota-se que não há identidade entre o caso sob exame e o julgado apontado como paradigma, pois neste, a própria vítima teria sido subornada, diferentemente do aresto recorrido, onde a mãe e a representante legal das menores o foram. Ausente a similitude fática entre os vv.

Arestos recorrido e paradigma, não há que se dar trânsito à irresignação fulcrada na alínea ‘c’ do permissivo constitucional.

2. Emerge do cabedal de provas do caderno processual que tanto a senhora Vania como a Sra. Marilete de Souza ostentaram, nos autos da Ação Penal 25985-8/04 a “condição de testemunha”, suficiente, *quantum satis*, para permitir a imputação dos réus pelo crime do art. 343, parágrafo único, do Código Penal em decorrência da oferta de vantagens para “alterar seus depoimentos”. *Respecta maxima venia*, ir além de tais quadrantes fáticos esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. Parecer pelo conhecimento do apelo nobre pela alínea ‘a’ do permissivo constitucional e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): De início, o dissenso pretoriano não está configurado.

Destarte, no acórdão paradigma, a discussão dizia respeito ao oferecimento de vantagem à própria vítima do delito, ao passo que, no julgado recorrido, se trata da mãe e representante legal da vítima menor de idade. Ausente a similitude fática, não se configura a divergência jurisprudencial.

Assim, prossigo na análise do recurso apenas pela alínea *a* do permissivo constitucional.

Extrai-se do acórdão recorrido (fls. 366/368):

[...] resta indene de dúvida que ambos os acusados cometeram sim o delito tipificado no art. 343, parágrafo único, do CP, vez que cada um deles ofereceu e prometeu vantagens a testemunhas (Marcelo a Vânia, e Mário a Marilete) para negarem ou calarem a verdade em depoimento, com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal que apurava o atentado violento ao pudor cometido por Mauricio, irmão dos acusados.

É o chamado suborno de testemunha ou corrupção ativa de testemunha.

Ora, o fato de os réus “pedirem” às testemunhas para “retirarem a queixa”, ou melhor, a representação apresentada em desfavor de um irmão deles sobre crime sexual envolvendo a filha delas, isso em troca de certas vantagens (emprego, pagamento de telecurso, aparelho celular, compras de roupas e sapatos), nada mais é do que a conduta descrita no tipo penal do art. 343 do CP, com o aumento da pena do parágrafo único do citado artigo.

E nem se diga que Vânia e Marilete não se enquadram no conceito de testemunhas por serem genitoras e representantes legais das vítimas do crime sexual.

Nos termos do art. 202 do CPP, toda pessoa pode ser testemunha, de modo que não se pode excluir senão os sujeitos que o próprio código permite que sejam excluídos nos arts. 206, 207 e 208.

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

Verifica-se que a genitora de vítima não se enquadra em nenhuma das exceções estabelecidas pelo Código de Processo Penal e que testemunha “*é a pessoa que toma conhecimento de algo juridicamente relevante, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade*” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 472).

Assim, com total razão o magistrado sentenciante ao afirmar que as senhora Vânia e Marilete se encontram sob a pecha de testemunha no sentido que lhe deu o CPP.

Ademais, ainda que se entenda que as testemunhas Vânia e Marilete não tenham prestado o compromisso legal nos termos do art. 203 do CPP e que tenham sido ouvidas como informantes (o que a mim não parece, pois elas não se enquadram nas exceções dos arts. 206 a 208 do CPP), ainda assim configurou-se o crime em tela.

[...]

Por fim, diversamente do que tenta fazer crer a defesa, “*Não se exclui o fato cometido durante a tramitação de inquérito policial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, como antes enfatizado. Esse também o entendimento de Damásio de Jesus (Direito Penal – Parte Especial. 13. ed., 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 4, p. 312)*” (Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência/coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stocco. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1680).

[...]

Passo ao julgamento do mérito recursal.

O art. 343 do Código Penal dispõe que:

Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

Discute-se nos autos se, em havendo a prática de crime contra vítima menor de idade, poderia a mãe e representante legal desta, figurar como objeto

material do delito do art. 343 do Código Penal, enquadrando-se no conceito de *testemunha* previsto no tipo penal.

A meu sentir, a resposta passa pela análise do sujeito ativo do crime de falso testemunho, previsto art. 342 do Estatuto Criminal.

Diz o referido art. 342:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

Penso eu que poderá ser objeto material do crime do art. 343 do Código Penal aquela pessoa que tenha legitimidade ativa para praticar o delito previsto no art. 342 do Códex Estatuto, ou seja, o crime de falso testemunho.

Com efeito, a essência dos dois tipos penais está em evitar que aquele tem a obrigação legal de dizer a verdade na instrução de processo, procedimento ou inquérito, não cumpra com essa obrigação, obstaculizando ou impedindo a adequada solução dos litígios.

Vale lembrar que os aludidos delitos constituem exceção pluralística à teoria monista adotada pelo Código Penal. Com efeito, embora haja a convergência entre a vontade do sujeito que oferece a proposta de vantagem e a vontade da testemunha, que a aceita e depõe falsamente, cada qual comete crime distinto.

A propósito:

Penal. Concurso de agentes. Natureza jurídica. Teoria unitária. Exceção pluralística. Falso testemunho. Participação de advogado. Impossibilidade. 1. O ordenamento jurídico pátrio adotou, no concernente a natureza jurídica do concurso de agentes, a teoria unitária ou monista, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime, incidem nas penas a ele cominadas (art. 29, do CP). Entretanto, exceções pluralísticas há em que o próprio Código Penal, desmembrando as condutas, cria tipos diferentes. E, por exemplo, o caso do falso testemunho, hipótese em que a testemunha que faz afirmação falsa responde pelo delito do art. 342 e quem da, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem para que aquela cometa o falso no processo penal, incide nas penas do parágrafo único, do art. 343. Precedente da Corte. 2. Na espécie, a conduta do recorrente (advogado) e atípica, porquanto limitou-se a instruir a testemunha a dizer isso ou aquilo em juízo criminal sem, frise-se, conforme restou consignado pelo acórdão recorrido, dar, oferecer ou prometer qualquer vantagem. 3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 147.394/SP, Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 19.5.1998)

REsp. Penal. Falso testemunho. Testemunha. Influência de advogado. Mera orientação do testemunho. Inexistência de oferta de dinheiro ou outra vantagem. "Participante" e qualquer pessoa que atua no *iter criminis*. "Autor", quem realiza o ato de execução. O "co-autor" co-participa da execução ou concorre para que o autor o faça. O falso testemunho é crime de mão própria. Só o agente indicado no tipo pode ser "autor". Tal delito não se confunde com o crime próprio. Em tese, porém, é admissível a participação, de que é exemplo orientar testemunha para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. O Código Penal do Brasil, em alguns casos, seccionou a unidade jurídica, resultante do concurso de pessoas (CP, art. 29). Exemplos o aborto consentido (art. 124) e o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante (CP, art. 126), a facilitação de contrabando ou descaminho (CP, art. 318) e o contrabando ou descaminho (CP, art. 334), a corrupção passiva (CP, art. 317) e corrupção ativa (CP, art. 333). O mesmo ocorreu com o falso testemunho (CP, art. 342), e o art. 343 (sem *nomen iuris*). Há um crime para cada agente. O delito do partícipe é dar. Oferecer, ou prometer dinheiro ou qualquer vantagem a testemunha para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade. A pena cominada, de outro lado, é a mesma para ambas as infrações. Logicamente, estabeleceu distinção entre a conduta de quem influencia oferecendo, ou não, dinheiro ou outra recompensa. Vale dizer, só incriminou o comportamento de terceiro que oferece a contraprestação resta, por isso, atípica, a conduta, sem dúvida, imoral, contrária à ética, do advogado que se restringe a solicitar que o depoimento se oriente no sentido favorável ao réu.

(REsp n. 9.084/SP, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 17.3.1992)

Nesse contexto, a partir da verificação se as mães das vítimas e, também, suas representantes legais, poderiam ser sujeito ativo do crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), chegar-se-á à conclusão se as condutas praticadas pelos recorrentes enquadram-se no crime do art. 343 do Código Penal.

O art. 206 do Código de Processo Penal estabelece que a testemunha não poderá se eximir da obrigação de depor. Estatui, ainda, que podem se recusar *o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias* (grifo nosso). E, em relação a estes, o art. 208 do mesmo Estatuto dispensou o compromisso, quando tiverem que ser ouvidos.

Os dispositivos, entretanto, nada dizem em relação aos ascendentes ou representantes legais da vítima.

No silêncio da legislação processual penal, é de ser aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil, por força do art. 3º do Código de Processo Penal.



Na época dos fatos, vigia o Código de Processo Civil de 1973, cujo art. 405 assim estabelecia (grifo nosso):

Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as impedidas ou suspeitas.

[...]

§ 2º São impedidos:

I – o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II – o que é parte na causa;

III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor; o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

[...]

§ 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Pela leitura do artigo, verifica-se que a mãe da vítima estaria impedida de atuar como testemunha, pela sua condição de ascendente (inciso I) e, sendo a vítima menor de idade, por ser suas representante legal (inciso III). Caso fosse imprescindível a sua oitiva, não seria deferido o compromisso legal previsto no art. 415 do Código de Processo Civil então vigente.

Outrossim, o artigo 228 do Código Civil também enumera as pessoas que não podem ser admitidas como testemunhas:

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;

III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

Como se verifica, a mãe da vítima e, também, sua representante legal era impedida de depor e, se o fizesse, não prestaria o compromisso. Sem o compromisso, não há enquadramento no conceito de testemunha, devendo ser a pessoa impedida ou suspeita de depor ouvida na condição de informante.

Destarte, o próprio conceito de testemunha então previsto no art. 415 do Código de Processo Civil de 1973 vinculava essa condição ao compromisso de dizer a verdade. Assim, dizia o referido artigo:

Art. 415. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado.

Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade.

Registro, ainda, a existência de precedentes deste Tribunal Superior no sentido de que a circunstância de o compromisso ter sido equivocadamente tomado em relação àqueles que são suspeitos ou impedidos de depor, não os transforma em testemunhas e, tampouco os torna sujeito ativo do crime do art. 342 do Código Penal.

A esse respeito:

Habeas corpus. Falso testemunho (artigo 342 do Código Penal). Paciente que teria prestado falsas declarações em ação de indenização movida por seu irmão. Pessoa impedida de depor como testemunha (artigos 228 do Código Civil e 405, inciso II e § 4º, do Código de Processo Civil). Oitiva como mera informante. Impossibilidade de figurar como sujeito ativo do delito. Atipicidade da conduta. Concessão da ordem.

1. No caso dos autos, a paciente foi acusada de praticar o crime de falso testemunho porque teria narrado "*fatos que não correspondem à verdade, prejudicando a correta distribuição da justiça*" em ação indenizatória movida por seu irmão em face das Lojas Americanas S.A.

2. Não se desconhece a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da imprescindibilidade ou não de a testemunha estar compromissada para a caracterização do crime previsto no artigo 342 do Código Penal, tendo esta Corte Superior de Justiça se orientado no sentido de que o compromisso de dizer a verdade não é pressuposto do delito. Precedentes do STJ e do STF.

3. Contudo, na hipótese em análise, a circunstância de a paciente haver prestado depoimento após ter aceitado o compromisso de dizer a verdade

mostra-se irrelevante para o deslinde da controvérsia, uma vez que ela sequer poderia ser considerada testemunha nos termos da legislação civil pátria, aplicável à espécie pelo fato de a afirmação em tese falsa haver sido fornecida em processo de natureza cível.

4. *Com efeito, de acordo com o artigo 228, inciso V, do Código Civil, e com o artigo 405, inciso I, do Código de Processo Civil, não podem ser admitidos como testemunhas os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.*

5. Entretanto, o § 4º do artigo 405 da Legislação Processual Civil permite que o juiz ouça as pessoas impedidas ou suspeitas de testemunhar, sendo os seus depoimentos prestados independentemente de compromisso, e devendo o magistrado lhes atribuir o valor que possam merecer.

6. No caso em exame, a paciente foi inquirida na qualidade de irmã do requerente da ação indenizatória, motivo pelo qual o fato de haver se comprometido a dizer a verdade do que sabia e lhe foi perguntado não possui qualquer relevo, já que pelo inciso II e pelo § 4º do artigo 405 do Código de Processo Civil estava impedida de testemunhar no caso, só podendo ser ouvida como informante, sem prestar o compromisso previsto no artigo 415 do mencionado diploma legal.

7. O crime disposto no artigo 342 do Código Penal é de mão própria, só podendo ser cometido por quem possui a qualidade legal de testemunha, a qual não pode ser estendida a simples declarantes ou informantes, cujos depoimentos, que são excepcionais, apenas colhidos quando indispensáveis, devem ser apreciados pelo Juízo conforme o valor que possam merecer.

8. *Desse modo, sendo incontroverso que a paciente foi ouvida como informante, justamente pelo fato de ser irmã do autor da ação de indenização na qual o falso testemunho teria sido prestado, não pode ser ela sujeito ativo do citado ilícito.*

9. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo-se a sentença por meio da qual a paciente foi absolvida sumariamente do crime de falso testemunho.

(HC n. 192.659/ES, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19.12.2011)

Penal e Processual. Falso testemunho. Ação penal. Trancamento. Relação de afetividade. Réu marido da depoente. Precedente do STJ.

1 - Para a caracterização do crime de falso testemunho não é necessário o compromisso. Precedentes.

2 - *Tratando-se de testemunha com fortes laços de afetividade (esposa) com o réu, não se pode exigir-lhe diga a verdade, justamente em detrimento da pessoa pela qual nutre afeição, pondo em risco até a mesmo a própria unidade familiar. Ausência de ilicitude na conduta.*

3 - Conclusão condizente com o art. 206 do Código de Processo Penal que autoriza os familiares, inclusive o cônjuge, a recusarem o depoimento.

4 - *Habeas corpus* deferido para trancar a ação penal.

(HC n. 92.836/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17.5.2010).

REsp. Penal. Falso testemunho. Depoimento de irmã buscando favorecer o irmão.

1. Não incide na letra do art. 342, § 1º, do Código Penal - Falso Testemunho - a irmã do acusado, em depoimento no Plenário do Júri, ainda que sob compromisso, buscando obter prova favorável ao irmão. Neste caso, significativo o vínculo familiar. Não se pode exigir, humanamente, e, por isso, também pelo Direito, que a irmã deponha contra o irmão. Cumpre ponderar a fraternidade.

2. Recurso especial do Ministério Público conhecido, mas improvido.

(REsp n. 198.426/MG, Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 14.8.2001)

Nesse contexto, não é possível atribuir interpretação ao conceito de testemunha insculpido nos arts. 342 e 343 do Código Penal, de forma a nele inserir as pessoas que, por força da própria legislação, são proibidas de funcionar como testemunhas e cujo depoimento, quando for imprescindível, ocorrerá sem o compromisso legal.

Se o próprio legislador, em clara hipótese de interpretação autêntica, definiu ele mesmo o conceito de testemunha (art. 415 do Código de Processo Civil/1973 e art. 288 do Código Civil), não cabe ao julgador se afastar dessa definição, para nela inserir aqueles a que a Lei vedou figurarem como testemunhas, mormente em se tratando de verificação de abrangência de norma incriminadora, em cuja interpretação é vedada a analogia in malam partem.

Sobre o tema:

[...]

A aplicação do procedimento analógico no Direito Penal é objeto de tratamento particular. Encontra-se proibida em relação às normas penais em sentido estrito, quais sejam, as que definem infrações e cominam penas (as denominadas normas penais incriminadoras). Não pode a analogia criar figura delitiva não prevista expressamente, ou pena que o legislador não haja determinado. Contra ela vige a regra de reserva legal em relação aos preceitos primário e secundário das normas definidoras de condutas puníveis. O juiz criminal não pode lançar mão do suplemento analógico para admitir infração que não esteja expressamente definida (CP, art. 1º).

[...]

Nessas hipóteses, poder-se-á, quando muito, lamentar a existência de omissões. Mas não poderão elas ser jamais preenchidas pelo intérprete através do suplemento analógico.

É proibida, portanto, a analogia *in malam partem*.

[...]

(JESUS, Damásio de. Direito Penal, Volume 1: parte geral – 33. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 96/97).

Assim, a mãe e representante legal da vítima menor de idade não tem legitimidade ativa para cometer o injusto do art. 342 do Código Penal e, por consequência, não pode figurar como objeto do delito do art. 343 do mesmo estatuto, por não se inserir no conceito de testemunha previsto nos dispositivos.

Conclui-se, portanto, que, não obstante censurável a conduta praticada pelos recorrentes, não se enquadra ela no tipo penal do art. 343, parágrafo único, do Código Penal, impondo-se a sua absolvição.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial e, nessa extensão, *deu-lhe provimento*, para absolver os recorrentes da imputação de prática do crime do art. 343, parágrafo único, do Código Penal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *M. E. B. e M. M. B.* interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*, que negou provimento ao recurso de apelação da defesa, *mantendo, por conseguinte, sua condenação, por corrupção de testemunha (art. 343 parágrafo único, do CP)*, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por penas restritivas de direitos.

Em suas razões, alegam os recorrentes violação do art. 343 do Código Penal, bem como divergência jurisprudencial, na medida em que não teria havido oferecimento de vantagem e, ainda que houvesse, as mães e os representantes legais das vítimas não se enquadrariam no conceito de testemunha.

O relator conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, deu-lhe provimento, a fim de absolver os recorrentes do crime de falso testemunho, sob

o argumento central de que “a mãe e representante legal da vítima menor de idade não tem legitimidade ativa para cometer o injusto do art. 342 do Código Penal e, por consequência, não pode figurar como objeto do delito do art. 343 do mesmo estatuto, por não se inserir no conceito de testemunha previsto nos dispositivos”.

Pedi vista para melhor análise do tema e, desde logo, já adianto que irei divergir pelos fundamentos que se seguem.

I. Esclarecimentos iniciais

De início, faço observar que a legitimidade ativa para a ação penal, é privativa do Estado, sendo o seu exercício atribuído ao órgão do Ministério Público, à exceção das hipóteses legais em que o ofendido pode tomar a iniciativa da persecução. Por sua vez, quem pratica infração penal detém legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual.

Logo, não há que se falar, com a devida vênua, em ilegitimidade para a ação penal, pois esta foi movida pelo órgão a tanto constitucionalmente incumbido e contra a parte a quem se atribui a prática criminosa.

No que toca ao objeto material do crime de falso testemunho e do crime de corrupção ativa de testemunha (arts. 342 e 343 do CP, respectivamente), vale observar que *o objeto material de um crime é a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta delituosa (aquilo que tal ação atinge)*. Segundo Magalhães Noronha, o objeto material do delito “é, pois, *o homem ou a coisa sobre que incide a conduta do sujeito ativo*. Mais adequado seria, talvez, chamá-lo objeto da ação” (*Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1988-1993, v. 1, p. 112).

Logo, há casos em que o sujeito passivo coincide com o objeto material do crime, como ocorre, *v.g.*, com o homicídio; em outros, porém, o sujeito ativo pode não coincidir com o objeto material, como se dá, *v.g.*, com o crime de furto (o sujeito passivo é a vítima e o objeto material, a coisa furtada).

II. Quaestio iuris

Feitas essas breves considerações preliminares, destaco o *punctum saliens* que motivou meu pedido de vista: *a genitora da vítima pode ser considerada testemunha para efeitos do crime previsto no art. 343 do CP (corrupção ativa de testemunha)?*

A fim de responder tal questão, releva sublinhar que os arts. 342 e 343 do CP, relativamente ao conceito de testemunha, se imbricam. Por isso, estou

de acordo com a ideia verbalizada pelo relator de que, se tais conceitos são os mesmos para ambos os delitos, a testemunha a que se refere o art. 343 deve ser considerada também para efeitos do art. 342.

Essa constatação é importante, na medida em que *o delito de corrupção ativa de testemunha é uma exceção à teoria monista* adotada pelo Código Penal (art. 29), porquanto o corruptor – isto é, aquele que dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem – responde pelo crime do art. 343 do CP, enquanto aquele que se deixa corromper o faz como incurso no art. 342, § 1º, do mesmo diploma legal. Então, nada mais coerente que o conceito de testemunha de que trata o art. 343 seja o mesmo daquele previsto no art. 342.

Mas o conceito *ipso iure* de testemunha, que subjaz à diretriz delineada pelo art. 202 do CPP (“Toda pessoa poderá ser testemunha”), compreende *toda pessoa chamada em juízo ou na fase inquisitorial para declarar, positiva ou negativamente, fatos que digam respeito ao delito objeto de apuração ou de processo penal*. Em conformidade com o que já sustentava Mittermaier, se qualifica como testemunha “*o indivíduo chamado a depor segundo sua experiência pessoal, sobre a existência e a natureza de um fato*” (Tratado da Prova em Matéria Criminal. Campinas: Bookseller, 1996, p. 231). Sob esse prisma, *qualquer pessoa, quando chamada a depor em juízo ou em investigação criminal, será testemunha, à exceção* apenas do réu, a vítima e dos peritos, cujas oitivas possuem objetivos, natureza e regramentos distintos.

Sem embargo, a lei processual penal traz algumas especificidades em relação a “ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado” (art. 206 do CPP), *os quais podem recusar-se a depor* e, também em relação às “pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho” (art. 207 do CPP), *que são proibidas de depor*.

No tocante ao *compromisso que a testemunha deve prestar quando chamada a depor, conforme dicção do art. 203 do CPP*, o art. 208 do CPP dispensa as seguintes pessoas de firmá-lo: “[...] doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”. *Elas, portanto, estarão dispensadas de se comprometer a dizer a verdade e serão ouvidas como testemunhas informantes (declarantes)*.

Mas é de se observar que, embora sejam classificadas como informantes ou declarantes, *não perdem a condição de testemunha*.

Nesse contexto, poder-se-ia conjecturar que o fato de não lhes ser imposto o compromisso legal de dizer a verdade implicaria, em tese, possível interferência na prática do crime previsto no art. 342 do CP. *Entretanto, sob nenhuma circunstância, nem sequer teoricamente, influenciaria na prática do delito descrito pelo art. 343 do mesmo diploma.*

De fato, embora o objeto jurídico tutelado em ambos seja o mesmo, isto é, a administração da justiça, mostra-se admissível, *in thesis*, não se exigir, v.g., de uma mãe, em estado de anormalidade pelo sofrimento causado com a imputação criminosa ao filho, que com seu depoimento dê suporte probatório para a acusação. Em tal hipótese, seria até discutível a incidência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

No entanto, *o mesmo raciocínio não ocorre*, sob nenhum ângulo, com o *delito de corrupção ativa de testemunha, cuja interferência na administração da justiça se dá sob a ótica do agente que obtém afirmação falsa de testemunha, mediante o suborno*. Certo é que, independentemente do êxito da empreitada criminosa (efetiva ocorrência do depoimento falso), o crime está consumado com a ação de “dar, oferecer ou prometer” dinheiro, vantagem ou qualquer outra vantagem”, o que implica dizer que o delito, quanto ao resultado, é formal. Aliás, destaca Nelson Hungria que “A dação, oferta ou promessa de dinheiro ou vantagem com o fim de obter falso testemunho ou falsa perícia constitui [...], ainda quando recusada, [...] crime autônomo e consumado” (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 487).

É importante salientar que *a testemunha informante* de que trata o art. 206 do CPP, *embora desobrigada de prestar o compromisso, conforme o art. 208 do CPP, não se desincumbe de descrever os fatos como efetivamente foram percebidos por ela*. Do contrário, serviria a lei de incentivo à inverdade, ao engodo ou à distorção de fatos, em nítida afronta ao próprio objeto jurídico tutelado, que é a administração da justiça.

Alinho-me à maioria dos doutrinadores, entre os quais destaco Nelson Hungria, ao assinalar que “[...] *quando o depoente é daquelas pessoas que podem eximir-se da obrigação de depor [...]*” e “*abre mão da faculdade de não depor, fica sujeita [...] às penas do testemunho falso, caso venha a faltar com a verdade*” (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 482). Nesse sentido, também, Luiz REGIS PRADO (1994, p. 94 *apud* Cezar Roberto Bitencourt. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.137) e Magalhães NORONHA (*Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, p. 368), entre outros.

Tal posição me parece consentânea, *ex auctoritate legis*, com os arts. 342 e 343 do Código Penal, haja vista que *o cometimento do delito não se dá com a quebra do compromisso feito em juízo – compromisso, saliente-se, que não é elementar do crime de perjúrio –*, mas com a violação do dever jurídico de falar a verdade.

A essência do testemunho, portanto, não está no compromisso prestado (que serve apenas para dar maior força ou prestígio probante ao depoimento), mas no dever de dizer a verdade (qualquer testemunha, ainda que informante). É o que se extrai do tipo objetivo previsto no art. 342: “fazer afirmação falsa”, “negar ou calar a verdade”. Segundo Luiz Regis Prado, “a essência da antijuridicidade no falso testemunho é a transgressão da obrigação de dizer a verdade”. E arremata: “Qualquer das pessoas enumeradas ut supra, tanto aquele que não se utilize da faculdade de recusa (art. 206 CPP) como o desobrigado pelo segredo (art. 207), comete falso testemunho, caso venha a falsear a verdade” (Curso de direito penal brasileiro. Parte especial. São Paulo, 2010, v. 3, p. 665-667).

*Pouco importa – mercê da classificação ou do rótulo que seja imprimido à testemunha – a existência ou não de compromisso para que se incorra no crime de falso testemunho, bastando, por isso mesmo, que a descrição contida no depoimento prestado à autoridade judicial não corresponda, intencionalmente, às percepções e aos sentidos experimentados. Isso porque deve existir, segundo Malatesta, “presunção de que os homens percebam e narrem a verdade, presunção fundada, por sua vez, na experiência geral da humanidade, a qual mostra como na realidade, e no maior número de casos, o homem é verídico; verídico, que encontra na verdade, mais facilmente que na mentira, a satisfação de um bem ingênito” (MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 319).*

Mas, ainda que assim não fosse, é dizer, ainda que não se responsabilizassem as testemunhas referidas no art. 206 do CPP pelo crime do art. 342 do CP, *de nenhum modo tal interpretação poderia servir para afastar a responsabilidade daquele que procura (ou logra) interferir na atividade jurisdicional do Estado, por meio de suborno. Como não entender configurado o tipo penal positivado no art. 343 do CP em relação ao agente que promete vantagem a mãe da vítima para que produza prova falsa em juízo?*

Sob essa perspectiva, e com muito mais razão, o crime de corrupção ativa de testemunha não deixa de existir quando o suborno se volta contra a mãe da vítima, como ocorreu no caso (mãe de vítimas de abuso sexual), pela simples constatação de que ela, ao contrário do que ocorre com a mãe do acusado que não deseja ver destituída a liberdade de seu filho, almeja justamente o total esclarecimento dos fatos. A corrupção

da mãe da vítima representa, a meu juízo, notável desvalor da ação, que suplanta, inclusive, eventual suborno a testemunha que não tem vínculos com a vítima.

Por fim, vejo com ressalvas a transposição, *tout court*, de conceitos de testemunha extraídos do direito civil para a seara penal, seja porque o próprio processo penal esgota a definição do instituto, seja porque o espectro de abrangência imprimido ao conceito de testemunha, por ambos os ramos, é absolutamente distinto, sobretudo em virtude da relevância dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Aliás, *os três precedentes apontados pelo relator para reforçar o raciocínio desenvolvido em seu voto não se aplicam ao caso*. O primeiro, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, além de tratar de falso testemunho prestado em ação indenizatória (e não em ação penal como no caso), confirma, no item 2 da ementa, que esta Corte Superior de Justiça se orientou “no sentido de que o compromisso de dizer a verdade não é pressuposto do delito”. O segundo, da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, logo no item 1 da ementa, afirma: “para caracterização do crime de falso testemunho não é necessário o compromisso”. O item 2 do referido precedente, na verdade, apenas reconheceu a incidência de excludente o que, também ocorreu com o precedente citado do Ministro Fernando Gonçalves.

III. Conclusão

Partindo de tais premissas, é possível concluir que os recorrentes, em tese, praticaram o delito do art. 343 do Código Penal, pois, segundo o acórdão (fls. 366):

Diante desse contexto, resta indene de dúvida que ambos os acusados cometeram sim o delito tipificado no art. 343, parágrafo único, do CP, *vez que cada um deles ofereceu e prometeu vantagens a testemunhas (Marcelo a Vânia, e Mário a Marilete) para negarem ou calarem a verdade em depoimento, com o fim de se obter prova destinada a produzir efeito em processo penal que apurava o atentado violento ao pudor cometido por Maurício, irmão dos acusados (destaquei)*.

Ademais, a conclusão que se extrai do aresto recorrido – que afirmou ser *incontroverso terem os recorrentes oferecido ou prometido vantagens a testemunhas*, descrevendo, dessa forma, a prática do crime previsto no art. 343 do CP – não permite, pela via do recurso especial, ser confrontada com a alegação de não ter havido a promessa de vantagem, porquanto exige o reexame de matéria fática (incidência da Súmula n. 7 do STJ).

No que tange à alínea “c”, estou de acordo com o relator quanto à ausência de similitude fática.

Pelos fundamentos expostos, peço vênica para, conclusivamente, *negar provimento ao recurso*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.611.910-MT (2013/0249235-6)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso

Recorrido: A A M T

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso

EMENTA

Recurso especial. Estupro circunstanciado (art. 213, § 1º, do CP). Víctima maior de 14 anos e menor de 18 anos. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Configuração do crime na modalidade consumada. Atipicidade afastada. Recurso provido.

1. Não se verifica a contrariedade ao art. 619 do CPP quando o acórdão recorrido, ainda que de forma equivocada, externa, fundamentadamente, as razões que o levaram à absolvição.

2. O exame da alegada violação do dispositivo infraconstitucional em que se almeja o reconhecimento da tipicidade do delito não demanda revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, mas, sim, reavaliação dos elementos delineados no acórdão.

3. O aresto impugnado informa que o réu abordou de forma violenta e sorrateira a vítima – adolescente de 15 anos – com a intenção de satisfazer sua lascívia, o que ficou demonstrado por sua declarada intenção de “ficar” com a jovem e pela ação de impingir-lhe, à força, um beijo libidinoso – qualificado, na dicção do acórdão, como um “beijo roubado” –, após ser derrubada ao solo e mantida subjugada pelo agressor, que a imobilizou pressionando o joelho sobre seu abdômen.

4. A jurisprudência desta Corte Superior vem, reiteradamente, decidindo que não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência acerca do tema, considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal tão somente o que se entende por relação vaginal ou anal.

5. A análise jurídica empreendida pela Corte de origem, a par de dissociada da jurisprudência dos tribunais superiores, reproduz reprovável discurso sexista, ofensivo à dignidade da mulher – notadamente da que ainda se encontra em formação física e psíquica –, o que não só descumpra o comando constitucional (art. 227, § 4º) que impõe severa punição ao abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente, como também transmuda em mera retórica, desprovida de eficácia, o dever estatal de proteção de que todos são destinatários.

6. Recurso especial provido para reconhecer a violação do art. 213, § 1º, do Código Penal, cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória em todos os seus termos (Processo n. 599-67.2011 da Comarca de Cotriguaçu – MT).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 27.10.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: O *Ministério Público do Estado de Mato Grosso* interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do *Tribunal de Justiça daquele estado* (Apelação Criminal n. 20056/2012).

Consta nos autos que, em 4.7.2011, *Ademir Aparecido Martins Theodoro*, ora recorrido (nascido em 12.10.1992, 18 anos à época dos fatos – ocorridos em 4.7.2011), constrangeu a adolescente F. R. P., mediante violência e grave ameaça, a permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Após regular instrução processual, o recorrido foi condenado, pela prática do crime descrito no art. 213, § 1º, do CP, à pena de 8 anos de reclusão, no regime inicial fechado (fls. 83-95).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual foi provida, a fim de absolver o réu (fls. 156-171).

Foram opostos embargos de declaração pelo Ministério Público, os quais foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial, o recorrente aponta violação, primeiramente, do art. 619 do Código de Processo Penal, dada a obscuridade em que incorreu o acórdão impugnado. Isso porque “[a] conclusão de que se tratou de beijo roubado, com ‘velocidade de um relâmpago’, e de que não se verifica atos executórios são incompatíveis com a premissa firmada pelo Relator, quando narra um ataque a ponto de haver pedidos de clemência da vítima – transcreve a narrativa fática onde a violência e a ameaça são direcionadas contra a dignidade sexual da vítima” (fl. 217).

Aponta, ainda, negativa de vigência ao art. 213, § 1º, do Código Penal, tendo em vista que o Tribunal *a quo* nega as premissas fáticas delineadas nos autos, para entender que não houve a ocorrência do estupro circunstanciado. Nesse sentido, insiste que a conclusão adotada é incompatível com a narrativa, pois descreve todos os elementos do delito em comento, mas se nega a aplicar a respectiva pena. Isso porque ficou comprovada, de forma inequívoca, a violência reveladora da ofensa à dignidade sexual da vítima, não havendo que se falar apenas em “beijo roubado”.

Requer o provimento do recurso, para que seja reformado o acórdão proferido pelo Tribunal local.

O recurso foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal de origem, o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial (fls. 250-260), ao qual dei provimento, a fim de determinar a conversão em recurso especial para melhor exame (fl. 293).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 284-288, pelo *conhecimento e pelo provimento* do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade.

I. Contextualização

A denúncia narra que o recorrido, em 4.7.2011, constrangeu a adolescente F. R. P. (15 anos à época), mediante violência, a permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, *in verbis*:

Consta do incluso inquérito policial, que no dia 04 de julho de 2011, por volta das 08:00 horas, nas proximidades do Fórum, no Setor de Chácaras, Cotriguaçu-MT, o denunciado Ademir Aparecido Martins Theodoro constrangeu a adolescente [F. R. P.] (15 anos de idade - fl. 17), mediante violência física à prática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal.

Infere-se dos autos que o acusado agarrou a vítima pelas costas, imobilizou-a, tapou a sua boca e jogou-a no chão, ocasião em que tirou uma blusa de lã que ela trajava e deu-lhe um beijo, conseguindo inserir a língua na sua boca.

Segundo restou apurado o denunciado Ademir Aparecido Martins Theodoro não logrou consumir o seu intento de estuprar a vítima [F. R. P.] por circunstâncias alheias à sua vontade, ante a aproximação de uma motocicleta que era tripulada por Duarte Baptista Ramos (fl. 11).

A sentença condenatória entendeu que o crime de estupro ocorreu de forma consumada, conforme a transcrição do seguinte trecho:

[...]

Quanto à autoria do delito em tela, extraem-se dos autos elementos probatórios e informativos concludentes de que o acusado é o autor do delito, através dos depoimentos prestados pela vítima [F. R. P.].

Vejamos:

(...) Que distante aproximadamente 150 metros da sua residência diz que o rapaz supramencionado *investiu contra si, pela retaguarda e envolveu seu pescoço com um dos braços, e com a outra mão tapou a sua boca, e na sequência derrubou-lhe no chão*. Diz que o citado rapaz *colocou um joelho sobre seu abdômen e fazendo uso de força física tirou a blusa de lã que trajava*. Que diz ter oferecido resistência e conseguiu libertar-se parcialmente do ataque de Ademir. Que diz ter pegado seu aparelho de telefonia móvel no intuito de telefonar para seus familiares e pedir socorro. Que *novamente*

fazendo uso de força física Ademir Aparecido tomou o aparelho de telefone da sua mão e jogou-o no solo, em seguida agarrou-lhe pelos braços. Que diz ter implorado para que este não lhe fizesse mal grave e injusto que Ademir Aparecido lhe disse que não iria lhe fazer mal e que somente queria “ficar” consigo. Que no calor dos fatos e mesmo agora, diz entender “ficar” como sinônimo de manter relação sexual com cópula vagínica. Que em seguida Ademir o acusado deu-lhe um beijo e conseguiu inserir a língua dele dentro da sua boca. Que na sequência diz ter ouvido o barulho de uma motocicleta que se aproximava, e acredita que a aproximação de terceiros fez com que Ademir Aparecido empreendesse fuga do local e o impedido de consumir seu intento de relacionar-se sexualmente consigo.[...].” ([F. R. P.], fls. 13/14).

[...] Rodoviária o acusado veio se aproximando mais; Que eram 08:00 horas; Que quando ninguém mais podia nos ver, ele começou a pedir informação para mim, perguntando onde morava uma mulher chamada Rose; Que eu disse que não conhecia, nunca tinha visto e que não morava nenhuma Rose lá; Que ele foi insistindo na pergunta e eu dizendo que não sabia; Que quando andamos bastante ele ficou atrás de mim; *Que ele veio por trás de mim, tampou minha boca e começou a mim enforçar*, foi então que me derrubou no chão *subiu em cima de mim e tentou tirar meu casaco*; Que os fatos aconteceram no meio da rua; que quando ele tentou me puxar pra beirada da rua, que foi quando me levantei, *e ele pegou nos meus braços e começou a falar que queria me beijar*; Que eu comecei a chorar e pedir pra ele não fazer nada comigo e ele disse que não ia fazer nada se eu desse um beijo nele; Que ele *então me beijou a força*, nesse momento estavam vindo de moto dois amigos do meu pai, foi a hora que ele me largou e foi embora; Que os ocupantes da moto pararam (sic) e eu falei o que tinha acontecido e me virão do seja de poeira (sic) ;(...) Que ele me beijou a força; Que quando veio a moto ele me falou pra ir pra casa; Que eu vi o acusado na delegacia e o reconheci. [...]. (Fabiana Ramos Pereira, Cd-R fls. 67)

Além dos depoimentos prestados acima transcritos, as demais provas dos autos coadunam com os fatos narrados nos depoimentos da vítima, conforme segue abaixo:

[...]

Necessário ressaltar que as testemunhas de defesa não trouxeram aos autos qualquer informação capaz de demonstrar que o fato não tenha ocorrido e que o autor não seja autor do mesmo, ou que não tenha acontecido da maneira relatada pela vítima, não sendo capazes de desabonar os depoimentos e as provas acostadas aos autos.

Por outro lado, o acusado na fase de inquérito policial confessou a autoria do delito, senão vejamos:

[...]

Diante desse contexto, devo ressaltar que é pacífico na doutrina e na jurisprudência que, nos crimes contra a dignidade sexual, em razão de, via de regra, serem cometidos na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, é de se emprestar grande relevo à palavra da vítima, que deve prevalecer, se firme, coerente e compatível com a realidade dos autos.

Há de ser verdadeira a palavra da vítima, vez que não restou produzida por imaginação fértil ou doentia.

[...]

Comprovou-se também que a adolescente é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos, conforme documento de fls. 25.

Não pairam dúvidas acerca da autoria do crime, que surge pela conjugação de um conjunto harmônico de provas e pelo depoimento da vítima, sendo que no caso de delitos sexuais, onde geralmente são praticados às escondidas, o depoimento da vítima prepondera sobre a palavra do réu (fls. 85-92, destaquei).

O Tribunal de origem, por maioria, deu provimento ao apelo defensivo, para absolver o réu. Para tanto, sustentou, sob a relatoria do Desembargador Manoel Ornellas de Almeida, o insólito argumento de que houve um mero “beijo roubado”, concluindo o seguinte:

[...]

Os autos não contêm provas que possa sustentar o tipo penal preconizado no artigo 213, § 1º do Código Penal. *Essa figura punitiva contempla a conduta do agente que pela conjunção carnal ou por meio de um ato diverso, alcance a libido, que jamais pode ser obtida por um ‘beijo roubado’, única conduta praticada pelo apelante.*

Se nos crimes contra a dignidade sexual a palavra da vítima é de alta relevância, na hipótese dos autos só pode se contemplar na sua versão, ajustada todos os atos do processo, que *ela foi vítima de um beijo roubado com a duração de um relâmpago e diante de sua resistência.* Não há que se interpretar sua versão homogênea nas duas vezes em que foi ouvida, *a possibilidade do famoso “beijo de língua” que também não constitui ato libidinoso, como quer o apelado.*

Pelas provas dos autos, o apelante seguiu a vítima e tentou manter um diálogo falso com ela a fim de praticar uma violência que resultasse na prática do crime de estupro. *Porém, não passou dos atos de preparação sequer para praticar uma tentativa criminosa.*

Ele, após chamar atenção da vítima, perguntando por uma suposta mulher (Rose), *passou a lhe atacar.* No entanto, *atendendo aos seus pedidos de clemência, ele deu-lhe um rápido beijo e deixando-a naquele local,* conforme versão da ofendida (fls. 13); *in verbis:*

Que em horário aproximado das 08h 0min do dia de hoje, 4.7.2011, quando trafegava em via pública desta cidade com destino a sua residência, mais precisamente na Rua Irmãos Perinazzi, proximidades do Fórum desta comarca, diz ter encontrado com um rapaz que somente conhece de vista, e que já foi individualizado como Ademir Aparecido Martins Theodoro. Esclarece que este rapaz andou, por aproximadamente trezentos metros, atrás de si. Que após adentrarem ao setor chácara, local onde não existe casas edificadas, diz que citado rapaz aproximou-se de si e perguntou se sabia onde residia uma pessoa de prenome Rose, esclarece que por três vezes ele lhe inquiriu sobre citada pessoa. Que distante aproximadamente 150 metros da sua residência diz que o *rapaz supramencionado investiu contra si pela retaguarda e envolveu seu pescoço com um dos braços, e com a outra mão tapou a sua boca, e na sequência derrubou-lhe no chão*. Diz que citado rapaz *colocou um joelho sobre seu abdômen e fazendo uso de força física tirou uma blusa de lã que trajava*. Que diz ter oferecido resistência e conseguiu libertar-se parcialmente do ataque de Ademir. Que diz ter pegado seu aparelho de telefonia móvel no intuito de telefonar para seus familiares e pedir socorro. Que *novamente fazendo uso de força física Ademir Aparecido tomou o aparelho de telefone da sua mão e o jogou no solo, em seguida agarrou-lhe pelos braços*. Que diz ter implorado, para que este não lhe fizesse mal grave e injusto. Que Ademir Aparecido lhe disse que não iria lhe fazer mal e que somente queria “ficar” consigo. Que no calor dos fatos e mesmo agora, diz entender “ficar” como sinônimo de manter relação sexual com copula vagínica. Que em seguida Ademir Aparecido Martins Theodoro *deu-lhe um beijo e conseguiu inserir a língua dele dentro da sua boca*. Que na sequência diz ter ouvido o barulho do motor de uma motocicleta que se aproximava, e acredita que a aproximação de terceiros fez com que Ademir Aparecido empreendesse fuga do local e o *impedido de consumir seu intento de relacionar-se sexualmente consigo*.

Que citado motociclista parou ao seu lado e lhe inquiriu sobre o que havia acontecido, diz tê-lo esclarecido que um rapaz havia tentado lhe estuprar. Que diz ter ido rapidamente para a sua casa e narrou os fatos para sua madrastra L. da S. A., esta rapidamente acionou policiais civis e militares desta cidade. Que diz ter tomado conhecimento de que policiais civis detiveram Ademir Aparecido Martins Theodoro. Que já nesta unidade policiais diz ter visualizado Ademir Aparecido Martins Theodoro e afirma com certeza absoluta ser ele a mesma pessoa que lhe atacou em via pública e, *após jogar-lhe sobre o solo, tirou a blusa de lã que trajava sobre suas vestes e beijou-lhe a boca*. Esclarece que não restou com lesionada devido ao ataque sofrido, o qual foi perpetrado por Ademir Aparecido.

É indiscutível a existência de um contato rápido, ocorrido em fragmentos de segundos que não permite a ideia de o apelante ter feito contato com a língua

da vítima. Para que isso acontecesse seria necessária a sua aquiescência e não a resistência que ela revela, pois, a cena nesse aspecto não pode ser presumida. E assim o beijo foi rápido e roubado que não caracteriza ato libidinoso, na própria expressão de Hungria citado por Guilherme Nucci, no parecer da douta Procuradoria de Justiça (fls. 110); in verbis:

[...]

O crime imputado na sentença, para ter tipificação completa, deveria resultar de uma conduta que propiciasse ao agente obter a sensibilidade da conjunção carnal pela prática desse ato diverso. *No caso, o beijo voluptuoso, lascivo ou com longa e intensa carga de libido a exemplo do "beijo técnico" que se vê nas novelas em televisão, não é o "beijo roubado", como registra a versão ditada pela vítima. É inegável que nem todo o ato do homem praticado contra a mulher importa em conduta libidinosa para tipificar o crime.*

É evidente, pois, que a conduta do apelante deveria, por não ter ocorrido conjunção carnal, se equiparar a esse ato de procriação natural. Os doutrinadores, a título de exemplo, citam algumas condutas consideradas equivalentes: o beijo desde que no sentido íntimo; a felação; masturbação, coito anal e outros comportamentos análogos. *Não contempla, todavia, o beijo roubado da vítima que não tem o poder psicológico de provocar a libido para tipificar o delito.* Nesse sentido preleciona Hélio Gomes, in medicina Legal, pág. 438; *in verbis:*

[...]

É a palavra de professor, um dos profissionais mais autorizados a se manifestar sobre a matéria devido à sua dedicação à medicina legal, descrevendo as condutas que não têm suporte nos autos. Se observado o conjunto probatório contido no processo, nota-se que é insustentável imputar a consumação desse crime ao apelante porque ele 'roubou um beijo' da vítima na expressão comum que descreve essa conduta. Nesse sentido os julgados; *in verbis:*

[...]

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para absolver o apelante *mandando-o em paz para o lar.* Expeça alvará de soltura para libertar o réu, se por outro motivo ele não estiver preso (fls. 158-162, destaquei).

II. Art. 619 do Código de Processo Penal

Não verifico a contrariedade ao art. 619 do CPP, pois o acórdão recorrido, ainda que de forma equivocada (como se verá a seguir), externou, fundamentadamente, as razões que o levaram à absolvição.

À vista, portanto, da análise das questões controvertidas pelo acórdão recorrido, não há falar em contrariedade ao art. 619 do CPP. Ilustrativamente:

“Não se evidencia a alegada violação do art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto o fornecimento da prestação jurisdicional se ajustou à pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do *decisum a quo*” (*AgRg no REsp n. 1.531.037/ES*, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, 6ª T., DJe 29.6.2015).

III. Súmula n. 7 do STJ – não incidência

Primeiramente, entendo que *não se aplica o impedimento contido no enunciado da Súmula n. 7 do STJ*.

Pela simples leitura dos trechos transcritos, percebo claramente que são *incontroversos os seguintes elementos*: a) a prática deliberada e intencional de *ato libidinoso* contra a ofendida (beijar-lhe lascivamente a boca, com introdução da língua); b) a *violência* praticada contra a vítima (agarrou-a por trás pelo pescoço, pressionou o joelho sobre abdômen dela, puxou-a pelo braço, tapou-lhe a boca, derrubou-a ao solo e lhe retirou a blusa à força), c) a *menoridade* da ofendida (15 anos à época dos fatos).

Atento à constante aplicação do aludido enunciado sumular nas hipóteses em que o recurso especial ataca acórdão que afirma não haver, ou haver, dolo na conduta do agente para determinado fim ilícito, vejo com muito clareza que, na espécie, *outro não foi o dolo do agente, ao praticar atos como os descritos nestes autos, senão o de satisfazer sua lascívia*.

Vale dizer, em determinados crimes, a conduta do agente pode ensejar dúvida quanto ao fim pretendido e, para a aferição da finalidade, faz-se necessário o exame do arcabouço probatório colacionado aos autos. Entretanto, *neste caso, tenho como certo – após o exame dos elementos do tipo descritos no art. 213, § 1º, do Código Penal – que houve a representação e a vontade de praticar os elementos do aludido tipo sancionador*.

Com efeito, da leitura do pensamento externado pelo Tribunal *a quo* no voto condutor do acórdão objurgado, constato que houve, na verdade, uso de *mera retórica* para que não fosse aplicado o preceito secundário do dispositivo em comento. Isso significa dizer que *a Corte de origem, não obstante haja delineado e reconhecido a ocorrência de todos os elementos contidos naquela figura típica, absolveu o acusado*. Ao assim decidir, o Tribunal Mato-Grossense, a meu ver, *violou o art. 213, § 1º, do Código Penal*, exatamente porque a satisfação da lascívia (devidamente demonstrada no julgado impugnado), aliada ao constrangimento violento sofrido pela vítima, *revela a vontade do ora recorrido de ofender a dignidade sexual da ofendida*.

O Superior Tribunal de Justiça, em casos de similares crimes contra a dignidade sexual, afastou a Súmula n. 7 desta Corte:

[...]

I - Restando devidamente prequestionada a matéria, não se fala em violação ao art. 619 do CPP, vez que não se observa omissão a ser sanada (Precedentes).

II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n. 231 - STJ).

III - Em nosso sistema, o delito de atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.

IV - *De outro lado, não é admissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e se utilizando de argumentos de equidade, tais como ser mais justo e proporcional ao caso concreto, em razão da alegada menor gravidade da conduta, desclassifique o delito de atentado violento ao pudor para contravenção penal.*

Recurso desprovido. (REsp n. 1.105.360/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 17.8.2009, destaquei).

[...]

1. *O exame da alegada violação do dispositivo infraconstitucional em que se almeja o reconhecimento da modalidade consumada do crime não demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, mas, sim, reavaliação dos elementos já delineados.*

2. Considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal somente as hipóteses em que há introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência, acerca do tema.

3. No caso, a conduta realizada pelo recorrido se amolda ao crime de estupro na modalidade consumada, por representar ato libidinoso, considerando que, conforme conduta descrita no aresto, o réu estava em cima da vítima, forçando a penetração vaginal.

4. Recurso especial provido para reconhecer a apontada violação do art. 213, c/c o art. 14, todos do Código Penal, cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória em todos os seus termos (Processo n. 0521.12.004951-0). (REsp n. 1.567.801/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 2.2.2016, destaquei).

A própria conclusão esposada no acórdão atacado deixa claro e bem delimitado todo o contexto fático em que o delito foi perpetrado, *não havendo*,

portanto, que se falar na necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório dos autos. Aplicar-se-ia a Súmula n. 7 desta Corte caso houvesse controvérsia relevante em torno dos fatos ou se imperiosa fosse a revisão probatória, para a confirmação do que foi relatado pela Corte de origem. Na verdade, cuida-se de extrair diversa conclusão jurídica, a partir da incontestada narrativa dos fatos constante do acórdão, de modo a ter como configurada a vontade de agir do art. 213, § 1º, do Código Penal.

Ilustrativamente:

[...]

I - Em nosso sistema, atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.

II - Se, em segundo grau, restou entendido que o acusado praticou atos próprios do ilícito imputado, não cabe a desclassificação fulcrada no princípio da proporcionalidade.

III - A reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial.

IV - Impropriedade da aplicação do princípio da proporcionalidade.

[....]

Recurso provido. [...]. (REsp n. 831.058/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJ de 12.11.2007, destaquei).

IV. Art. 213, § 1º, do Código Penal – reconhecimento do crime de estupro

Conforme dito, as *circunstâncias fáticas do crime foram descritas no acórdão estadual. Não há, pois, necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplique o direito à espécie.*

Delimitou-se no aresto, que reproduziu o depoimento da vítima – e está em harmonia com as demais provas dos autos –, que ela foi abordada de forma violenta pelo réu, quando caminhava na via pública. O aresto impugnado informa que o réu abordou de forma violenta e sorrateira a vítima – adolescente de 15 anos – com a intenção de satisfazer sua lascívia, o que ficou demonstrado por sua declarada intenção de “ficar” com a jovem e pela ação de impingir-lhe, à força, um beijo libidinoso, após ser derrubada ao solo e mantida subjugada pelo agressor, que a imobilizou pressionando o joelho sobre seu abdômen. A agressão sexual somente não prosseguiu porque o recorrido perbeceu a aproximação de indivíduos em uma motocicleta.

Sem embargo, o Tribunal estadual emprega argumentação que reproduz o que se identifica como a *cultura do estupro*, ou seja, a aceitação como natural da violência sexual contra as mulheres, em odioso processo de objetificação do corpo feminino.

Reproduzindo pensamento patriarcal e sexista, ainda muito presente em nossa sociedade, a Corte de origem entendeu que o ato não passou de um “beijo roubado”, tendo em vista a combinação “tempo do ato” + “negativa da vítima em conceder o beijo”, o que se conclui pelas afirmações de o beijo haver sido “a duração de um relâmpago”, além “de sua resistência” (fl. 158, destaquei). O Tribunal seguiu dizendo que o “famoso ‘beijo de língua’ [...] não constitui ato libidinoso” (fl. 158, destaquei).

Vale dizer, concluiu o Tribunal que não houve estupro, haja vista a suposta fugacidade de um tocar de língua na boca (e língua) de alguém que com o ato não consentiu – ato, inclusive, considerado não suficiente a propiciar ao agente “a sensibilidade da conjunção carnal” (fl. 160).

O Tribunal de Justiça do Estado Mato Grosso fia-se, obstinadamente, no momento do beijo e reforça a sua efemeridade quando compara (para afastar o caráter libidinoso) o “beijo roubado” com “o beijo voluptuoso, lascivo ou com longa e intensa carga de libido a exemplo do ‘beijo técnico’ que se vê nas novelas em televisão”. Nesse contexto, destaca que “nem todo ato do homem praticado contra a mulher importa em conduta libidinosa para tipificar o crime” (fl. 160, destaquei).

Importante lembrar que, além do “beijo roubado” e de dizer à vítima que “só queria ficar”, o ora recorrido arrancou, à força, a blusa de lã que a vítima vestia. Ora, outra não pode ser a intenção de alguém, ao retirar, mediante violência, as roupas de outrem, senão a satisfação da lascívia, notadamente dentro do contexto apresentado.

O dito “beijo roubado” deu-se em contexto de indiscutível violência sexual contra a ofendida, pois, conforme a moldura fática delineada pelas instâncias antecedentes, o agente envolveu a vítima por trás, com uma mão laçando o pescoço (ação de enforcamento) e a outra tapando sua boca, derrubou-a no chão e pressionou seu joelho contra o abdômen da ofendida. Dada a óbvia resistência oferecida, não satisfeito, o agressor, ao notar que a adolescente, após desvencilhar-se, tentava fazer uma ligação em busca de socorro, lançou seu aparelho celular ao solo e, novamente fazendo uso de força física, jogou-a no chão, agarrou-a pelos braços, retirou sua blusa e forçou o mencionado beijo de língua. O recorrido desistiu do prosseguimento da investida sexual, porquanto notou a aproximação de duas pessoas em uma motocicleta.

A propósito, deve-se ter em mente que *estupro é um ato de violência* (e não de sexo). Busca-se, sim, a *satisfação da lascívia* por meio de *conjunção carnal ou atos diversos*, como na espécie, mas com intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física.

A jurisprudência desta Corte Superior vem, reiteradamente, decidindo que considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal consumado somente atos invasivos, ou seja, quando há introdução do membro viril (ou equivalente) nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima, não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

Aqui, lembre-se, os atos não foram sequer considerados libidinosos, o que implicou a absolvição do ora recorrido.

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt: “libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem, que envolve também a conjunção carnal” (*Tratado de Direito Penal* 4: Parte Especial – Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52).

Consoante já consolidado por esta Corte Nacional, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o crime de estupro, ao lado da conjunção carnal, inclui “*toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso*” (*AgRg REsp n. 1.154.806/RS*, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 21.3.2012).

No mesmo sentido:

[...]

1. A controvérsia atinente ao inadequado reconhecimento da tentativa do crime de estupro de vulnerável prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. *Nega-se vigência ao art. 217-A, c/c art. 14, II, ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (criança de 7 anos de idade), se reconhece a tentativa do delito, ao fundamento de que a consumação do crime em comento se dá tão somente com a efetiva prática do sexo oral ou anal.*

3. Recurso conhecido e parcialmente provido, a fim de reconhecer a forma consumada do crime de estupro de vulnerável praticado pelo recorrido, readequando a pena para 8 anos de reclusão, mantido o regime semiaberto. (*REsp n. 1.583.349/RJ*, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 2.5.2016, destaqueei)

Como bem pontuado pela Procuradoria Geral da República, “os fatos admitidos pelo TJMT caracterizam-se como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ressaltando-se que a consumação do delito não exige a realização da penetração anal ou a felação” (fl. 287).

Acrescento que toda a violência narrada foi desconsiderada para dar lugar à revitimização da adolescente abusada, bem como ao apoio à cultura permissiva da invasão à liberdade sexual, em regra, contra as mulheres. Em verdade, o ato narrado nos autos não foi punido por não ser considerado grave, o que, a meu ver, atenta contra a razão e o bom senso. Fez-se uma avaliação da realidade na visão do agente e não na da vítima. Se tomada a ofendida como referência, diversa seria a conclusão acerca da efetiva satisfação da lascívia, assim como da efemeridade da violência. Para quem sofre abusos de natureza sexual, as marcas podem ter duração eterna. A propósito, ao final do provimento contido no voto vencedor do acórdão recorrido, o agente é mandado “*em paz para o lar*” (fl. 162), quase como se o isentasse de qualquer responsabilidade pelo “beijo roubado” à vítima, para quem o Tribunal de Mato Grosso não endereçou igual preocupação quanto ao restabelecimento de uma paz certamente de difícil recuperação após o o trauma da experiência.

A retórica perpetrada pela Corte local *desconsidera, totalmente, a vontade da vítima e a submete, em completa passividade, às investidas sexuais dos agentes dos crimes dessa natureza.* Ou seja, ***para o TJMT pouco importaram a ausência do consentimento e a súplica da vítima para o réu cessar as violentas investidas tendentes, sim, à satisfação da lascívia do agressor.***

A prevalência desse pensamento ruboriza o Judiciário e não pode ser tolerada.

O voto vencido, do Desembargador Rui Ramos (vogal), não poderia haver sido mais preciso ao elucidar que:

O bem juridicamente protegido não é somente a liberdade sexual, mas também a dignidade sexual.

Constranger significa tolher a liberdade, forçar ou coagir alguém a satisfazer a lascívia do constrangedor. Por ato libidinoso por sua vez entende-se qualquer contato que propicie a satisfação do prazer sexual, ressaltando-se que a concretização do ato libidinoso, não deixa de envolver uma satisfação mórbida do prazer sexual.

No vertente, o apelante foi condenado pela prática de ato libidinoso consistente em beijo lascivo, conduta descrita na denúncia.

[...]

Diversamente do alegado pelo apelante, todos os elementos configuradores dos delitos contra a liberdade sexual estão presentes. *O ato praticado, sem dúvida, atenta contra o pudor médio, haja vista a moral e os bons costumes que regem nossa sociedade, bem como a declarada resistência oferecida pela vítima. Certamente que o beijo visava satisfazer a lascívia do apelante.*

Cabe ressaltar que nos delitos contra os costumes, quase sempre praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é de grande valor probatório, máxime se coerente e compatível com a realidade dos autos.

Diante, pelo exame de todo o contexto probatório, apesar da negativa do apelante em juízo, constata-se que a autoria dos delitos contra a dignidade sexual, consistente na prática de constranger alguém à prática de ato libidinoso, encontra-se suficientemente demonstrada, inviabilizando a absolvição ou mesmo a pretendida desclassificação (fls. 164-170, destaquei)

Dito de outra maneira, por levar em conta que não houve a prática de atos invasivos por circunstâncias alheias à sua vontade, optou a Corte estadual por absolver o acusado por atipicidade da conduta.

Ao assim fazer, a Corte local negou vigência ao art. 213, § 1º, do CP.

V. Dispositivo

À vista do exposto, *dou provimento* ao recurso para reconhecer a apontada violação do art. 213, § 1º, do Código Penal, cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, *restabelecer a sentença condenatória* em todos os seus termos (Processo n. 599-67.2011 da Comarca de Cotriguaçu – MT).

Em tempo, corrija-se a autuação, tão somente para que conste o nome do recorrido por extenso, tendo em vista que, na espécie, não há motivo legal para a ocultação da identidade do réu. O segredo de justiça a que alude o art. 234-B do Código Penal visa à proteção da vítima, o que, no presente caso, não deixará de ocorrer com a menção ao nome do suposto autor das condutas narradas, como ocorre em relação a quaisquer outros réus.