

Quinta Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.012.561-PR (2016/0294124-1)

Relator: Ministro Felix Fischer
Agravante: P J B F
Advogados: Antônio Augusto Figueiredo Basto - PR016950
Luis Gustavo Rodrigues Flores - PR027865
Adriano Sérgio Nunes Bretas - PR038524
Tracy Joseph Reinaldet dos Santos - PR056300
Matteus Beresa de Paula Macedo - PR083616
Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Operação "Lava-Jato". Execução penal. Colaboração premiada. Aplicação de tornozeleira eletrônica pelo Juízo da Execução, não prevista no acordo. Violação a dispositivos de lei federal. Deficiência na fundamentação. Súmula n. 284 do STF. Possibilidade, ademais, de o Juízo da Execução aplicar, de ofício, o uso de tornozeleira eletrônica, pois tal aplicação é mera fiscalização do cumprimento da pena, e não forma de cumprimento desta (art. 146-B, da Lei n. 7.210/1984). Cumprimento da prisão domiciliar em mais de um domicílio. Não previsão expressa de tal possibilidade no acordo de colaboração premiada. Impossibilidade. Recolhimento domiciliar integral nos finais de semana: cláusula clara e expressa. Interpretação de cláusulas contratuais. Impossibilidade de se rediscutir, em recurso especial, sua interpretação. Óbice na Súmula n. 05/STJ. Dissídio jurisprudencial. Não comprovado. Agravo regimental não conhecido.

I - Deduzida ofensa à lei federal sem a indicação precisa acerca do modo como o dispositivo foi supostamente violado, incide a Súmula n. 284 do STF.

II - Pode o Juízo da execução penal determinar, de ofício, com base no art. 146-B da Lei n. 7.210/1984, o uso de tornozeleira eletrônica no caso de prisão domiciliar, pois tal uso é mera forma de fiscalizar o cumprimento da pena, e não forma de cumprimento da reprimenda.

III - Pretendida rediscussão de cláusulas contratuais previstas em acordo de colaboração premiada, relativas ao local e à forma de cumprimento da prisão domiciliar. Impossibilidade. Não é admitido Recurso Especial para análise de interpretação de cláusula contratual (Súmula n. 05/STJ).

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 11.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de Agravo Regimental interposto por *P J B F*, contra decisão por mim proferida às fls. 1.297-1.302, pela qual se conheceu do Agravo interposto, para o efeito de não se conhecer do Recurso Especial, por ter havido fundamentação deficiente quanto à demonstração de violação aos artigos de lei federal mencionados, com fulcro na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, e por não ser admissível Recurso Especial para interpretação de cláusula contratual, com fundamento na Súmula n. 05 desta Corte de Justiça.

Daí o presente Agravo Regimental, no qual aduz o Agravante que seria inaplicável a Súmula n. 284 do STF por entender que a fundamentação do Recurso Especial está clara e precisa. Refere-se que a Súmula n. 05 desta Corte de Justiça também seria inaplicável, uma vez que a fundamentação seria genérica, desprovida de fundamento específico.

Aponta "dissídio jurisprudencial interpretativo", porque a decisão impugnada não teria feito distinção entre os julgados apontados pelo Agravante.

Requer o Agravante o provimento do presente recurso, para que seja o Recurso Especial julgado procedente (fls. 1.306-1.313).

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à col. *Quinta Turma*.

É relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Pretende o Recorrente, no presente recurso de Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial, a reforma da decisão proferida às fls. 1.297-1.302 (pela qual o Agravo em REsp foi conhecido, não se conhecendo do Recurso Especial), por entender, em suma, que os fundamentos da r. decisão não se sustentam se confrontados com o melhor direito (fl. 1.307).

O recurso não merece trânsito.

O Recurso Especial foi interposto na origem com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF/1988. O Tribunal *a quo*, quando efetuou o juízo de admissibilidade recursal, não admitiu a subida do Recurso Especial a este Tribunal ao argumento de que não foram devidamente especificadas as supostas violações aos dispositivos legais (Súmula n. 284-STF), bem como por incidência da Súmula n. 05 desta Corte, eis que a questão versa sobre interpretação de cláusula contratual, não se admitindo em tal caso o Recurso Especial.

Interposto pela parte o Agravo em Recurso Especial, a decisão pela qual não se admitiu o Recurso Especial foi mantida, sendo então interposto o presente Agravo Regimental. Sucede que, de sua análise, continuo a entender que não há como ser admitido o Recurso Especial.

A parte agravante, em toda sua fundamentação, argumenta que o acordo de colaboração premiada, devidamente homologado judicialmente, não previu o uso de tornozeleira eletrônica pelo colaborador (ora Agravante), nem o recolhimento do colaborador aos finais de semana de maneira integral. Argumenta também que referido acordo não definiu que o recolhimento domiciliar somente poderia ocorrer em um único endereço.

Sucede que o Recurso Especial não foi admitido porque a parte ora Recorrente limitou-se a tentar demonstrar perante esta Corte uma suposta

violação de cláusula constante no acordo de colaboração premiada, não demonstrando, porém, com clareza, a alegada violação aos artigos de lei apontados.

Quanto à alegada violação ao art. 146-B da Lei n. 7.210/1984 (que trata da possibilidade de o juiz aplicar o monitoramento eletrônico no caso de saída temporária ou prisão domiciliar), indaga-se: qual o fundamento da violação deste artigo, já que a norma em questão não trata especificamente da aplicação de monitoramento eletrônico de ofício pelo juiz caso tal aplicação não tenha sido prevista em acordo de colaboração premiada? Evidentemente, justo porque o artigo não trata dessa questão, há deficiência na fundamentação.

Assim, nada tendo o Recorrente discorrido a respeito (limitando-se a argumentar que o acordo de colaboração premiada não previu o uso de tornozeleira eletrônica), é de se concluir que, de fato, há deficiência na fundamentação, sendo o caso de aplicar-se, tal como fez o Tribunal *a quo*, a Súmula n. 284 do STF.

Aliás, quanto à alegada violação a este artigo, é possível concluir, isso sim, que a própria base legal para a aplicação do monitoramento eletrônico está prevista nele, pois ao Recorrente foi justamente estipulada, no acordo, uma espécie de prisão domiciliar, sendo que a aplicação, ou não, de tornozeleira eletrônica, é faculdade do Juízo, já que não se trata de forma de regime de cumprimento de pena, mas mera fiscalização do cumprimento desta.

A impossibilidade de se aplicar o uso de tornozeleira eletrônica só seria cogitável caso isso fosse previsto no acordo de colaboração premiada. Neste sentido, o próprio Recorrente, nas negociações, poderia ter solicitado que constasse em seu acordo cláusula garantindo que não precisasse usar o dispositivo de monitoramento eletrônico, bem como cláusula sobre a possibilidade de cumprir sua pena em mais de uma residência. No entanto, isto não foi feito. E não é porque houve omissão quanto a isto que o Juízo está impossibilitado de adotar medidas para fiscalizar o cumprimento da pena, pois tal possibilidade está justamente prevista no artigo 146-B da Lei n. 7.210/1984. Vale repetir: a estipulação do uso de tornozeleira eletrônica não é forma de cumprimento de pena, mas mera fiscalização do cumprimento desta.

Na verdade, não há lei prevendo a impossibilidade de se aplicar o monitoramento eletrônico caso isto não esteja expressamente previsto em acordo de colaboração premiada, de modo que o presente recurso visa discutir, a rigor, interpretação de cláusula contratual (porque as cláusulas de um acordo de

colaboração premiada são contratuais), o que é vedado pela Súmula n. 05 do STJ.

Dessa forma, acertada a decisão da Corte Regional ao não admitir o Recurso Especial com fundamento nas Súmulas 284/STF e 05/STJ.

Quanto à alegada violação ao art. 317 do CPP, da mesma forma, há deficiência na fundamentação, pois referida norma dispõe que "A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial". Da mesma forma, indaga-se: qual o fundamento da violação deste artigo, já que não trata especificamente da aplicação de monitoramento eletrônico de ofício pelo juiz caso tal aplicação não tenha sido prevista em acordo de colaboração premiada?

Enfim, pelas mesmas razões, o recurso especial não deve ser admitido, pois há óbice pela Súmula n. 284 do STF e 5 do STJ.

Por fim, quanto à alegada violação ao art. 619 do CPP (acerca dos embargos de declaração), tem-se que também não restou demonstrada violação a referido artigo, pois como foi dito na decisão que proferi monocraticamente, "*em relação à alegada violação ao art. 619 do CPP, ao fundamento de que o houve negativa do TRF em sanar as omissões que o Recorrente apontou no sentido de haver violação à segurança jurídica e à inexistência das constrições estipuladas no acordo de colaboração premiada, verifica-se, da mesma forma, que novamente toda a linha de raciocínio do Recorrente é fundada na inexistência de previsão do uso do monitoramento eletrônico sem que isto estivesse expressamente previsto no acordo de colaboração, o que, como já visto, foi expressa e exaustivamente analisado na instância inferior, inclusive em relação à estipulação do recolhimento domiciliar integral nos finais de semana e à admissão de apenas um domicilio para fins de cumprimento da pena*."

Não se desconhece que o recorrente foi peça importante para o deslinde do esquema criminoso envolvendo a Petrobrás, mas como bem consignou o Tribunal Regional, isso não lhe retira do papel de condenado e tampouco a natureza de pena de sua condenação. Já auferiu vantajosos benefícios com o acordo de colaboração premiada, tendo em vista que sua pena original, 18 anos e quatro meses de reclusão em regime fechado, fora substituída por pena privativa de liberdade em regime aberto diferenciado por 10 anos, com recolhimento domiciliar pelo período de 2 anos.

Diante desses benefícios, o mínimo que se espera é que cumpra sua pena conforme determinado pelo Juízo da Execução, o qual pode adotar medidas para fiscalizar o cumprimento da pena, entre elas estipular o monitoramento eletrônico.

O mínimo que se espera, também, é que a pena, embora diminuída face o acordo, tenha caráter retributivo. Neste sentido, querer o Agravante, ao argumento de que o acordo não proibiu expressamente o cumprimento da pena em dois domicílios ao mesmo tempo, optar em cumprir a prisão domiciliar em sua residência no Rio de Janeiro ou em Angra dos Reis é, a bem da verdade, uma afronta ao caráter sancionador e retributivo da pena, além de tentativa, impossível via Recurso Especial, de rediscutir cláusula contratual. Vale o mesmo que foi dito antes: quisesse o Agravante cumprir a pena de tal maneira, isso deveria ter sido negociado e ter constado expressamente no acordo de colaboração premiada. Como isso não ocorreu, agiu correto o Tribunal *a quo* em considerar que o domicílio, de acordo com o Código Civil, é apenas um.

Quanto ao alegado dissídio jurisprudencial apontado pela parte, consigno que o Recurso Especial interposto com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional não serve para analisar eventual dissídio jurisprudencial. A parte deveria ter fundamentado seu Recurso Especial também na alínea "c" do art. 105, III, da Constituição Federal.

O Recurso Especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal também exige a demonstração do dissídio jurisprudencial, através da realização do indispensável cotejo analítico, para demonstrar a similitude fática entre o v. acórdão recorrido e o eventual paradigma (art. 1.029, § 1º, do CPC e 255, § 2º, do RI/STJ), o que não ocorreu na espécie.

Acrescenta-se ainda que não se prestam para o conhecimento do apelo nobre com fulcro no art. 105, III, alínea c, da Constituição Federal, os julgamentos proferidos em mandado de segurança e *habeas corpus*, os quais têm um âmbito cognitivo muito mais amplo do que o recurso especial, destinado exclusivamente à uniformização da interpretação da legislação federal.

No caso, o recorrente utilizou como paradigmas, acórdãos proferidos em *habeas corpus*, inservível no caso como comprovação de divergência jurisprudencial.

Acerca da *quaestio* e a guisa de exemplo, colaciono os seguintes precedentes:

> Processual Civil. Agravo regimental nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Acórdão embargado que não adentrou o mérito do apelo nobre. Incidência da Súmula n. 315/STJ. Julgado *paradigma extraído de* habeas corpus. *Inexistência de dissídio jurisprudencial*.
>
> [...]

3. O julgado indicado como paradigma pela embargante, ora agravante, relativo ao HC 179.567/SP, não é servil à caracterização de dissidência pretoriana, porquanto "*[...] acórdão proferido em* habeas corpus, *por não guardar o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial, não serve para fins de comprovação de divergência jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório*" (AgRg no REsp 1.154.470/MG, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 21.10.2014). Outros precedentes: AgRg nos EAREsp 189.578/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJe 05.08.2014; AgRg nos EDcl nos EAg 1.404.093/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 06.06.2012.

4. Agravo regimental não provido (AgRg nos EAREsp n. 464.963/SP, Corte Especial, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 11.12.2014, grifou-se).

Processual Penal. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Paradigmas proferidos em *habeas corpus* e conflito de competência. Inadmissibilidade. Agravo regimental improvido.

1. Não se admite como paradigma, para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial, acórdãos proferidos em *habeas corpus* e conflito de competência.

2. Agravo regimental improvido (AgRg nos EREsp n. 1.102.270/RJ, *Terceira Seção*, Rel. Min. *Nefi Cordeiro*, DJe de 1º.10.2014).

Por tais razões, a decisão que pela qual se conheceu do Agravo em Recurso Especial, para o efeito de não se conhecer do Recurso Especial, deve ser mantida por seus próprios fundamentos, os quais transcrevo a seguir:

1. P J B F interpõe o presente Agravo em Recurso Especial (AREsp) em face da decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pela qual não se admitiu a subida de Recurso Especial a este Tribunal, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, ao argumento de que não foram devidamente especificadas as supostas violações aos dispositivos legais, limitando-se a expor argumentos gerais quanto à inexistência de previsão no acordo de colaboração premiada das medidas determinadas pelo Juízo (uso de tornozeleira eletrônica; estabelecimento de recolhimento domiciliar integral nos finais de semana; e recolhimento domiciliar unicamente no endereço residencial principal do Apenado), incidindo assim a Súmula n. 284/STF, e também a Súmula n. 05/STJ (eis que a questão versa sobre interpretação de cláusula contratual, não se admitindo em tal caso o Recurso Especial).

Em suas razões (fls. 601/610), sustenta que não é o caso de se aplicar a Súmula n. 284 do STF (eis que houve fundamentação clara e precisa no sentido de apontar os artigos de lei federal violados), nem a Súmula n. 05/STJ (pois a decisão foi genérica, não sendo demonstrados os motivos de fato e de direito para fundamentar a aplicação de tal Súmula).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões ao Recurso às fls. 614/628, requerendo o desprovimento do presente Agravo.

A decisão recorrida foi mantida monocraticamente pela Vice-Presidência do egrégio Tribunal Regional Federal (fl. 631), ascendendo os autos, então, a este Superior Tribunal de Justiça para análise da admissibilidade do recurso.

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 1.290/1.295).

2. Da análise da decisão ora recorrida, verifica-se que embora os fundamentos apresentados pelo Recorrente quando da interposição do Recurso Especial à instância inferior tenham sido analisados de maneira sintética, o egrégio Tribunal Regional Federal abordou, na essência, todos os fundamentos levantados pelo Recorrente, e agiu corretamente ao não admitir a subida do Recurso Especial interposto.

Em suma, referido Tribunal não admitiu o recurso porque considerou não terem sido devidamente especificadas as supostas violações dos artigos de lei federal, limitando-se o Recorrente a expor argumentos gerais quanto à inexistência de previsão no acordo de delação premiada das medidas determinadas pelo Juízo, aplicando-se, assim, a Súmula n. 284 do STF e a Súmula n. 05 do STJ, para não admitir a subida do recurso.

De fato, da detida análise dos autos, infere-se que foi exatamente isto que ocorreu, senão vejamos.

Inicialmente, convém fazer um breve registro da sucessão dos atos processuais que culminaram na interposição do AREsp ora em análise.

Em 05.12.2014 foi homologado pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR acordo de colaboração premiada celebrado pelo ora Recorrente (fls. 61/63), sendo que constou do acordo, como "prêmio", a substituição das penas privativas de liberdade pelo "regime aberto diferenciado", de acordo com a seguinte obrigação e condição (dentre outras que não interessam ao exame do presente recurso): recolhimento domiciliar nos finais de semana e, nos demais dias, no horário compreendido entre as 20:00h e 06:00h.

Posteriormente, adveio a sentença penal condenatória prolatada em desfavor do Recorrente, sendo que o MM. Juiz federal reconheceu que o Recorrente cumpriu os termos do acordo de colaboração premiada, substituindo, assim, tal como previsto no acordo, o regime inicial fechado para o denonimado "regime aberto diferenciado" (fl. 276), compreendendo, dentre outras, a condição de "recolhimento domiciliar nos finais de semana e nos dias úteis, entre as 20:00 às 6:00, com tornozeleira eletrônica, pelo período de dois anos".

Sucede que no acordo de colaboração premiada, devidamente homologado, o uso da tornozeleira eletrônica não estava previsto, e na verdade todos os fundamentos do Recurso Especial que o Recorrente busca ver admitido estão fulcrados nesta questão, tanto é que o próprio Recorrente menciona que tal recurso é manejado para conferir à decisão de homologação de Acordo de Colaboração, na verificada hipótese de integral cumprimento dos seus termos pelo colaborador, os efeitos de coisa julgada, limitando o Magistrado às sanções previstas no pacto firmado entre as partes e por ele homologado.

Como, no ver do Recorrente, não poderia haver a imposição de tornozeleira eletrônica não prevista no acordo de colaboração (nem a estipulação de recolhimento domiciliar integral nos fins de semana e o reconhecimento unicamente do endereço residencial principal do Recorrente como domicílio para efeito do cumprimento da pena), alega que houve violação aos seguintes dispositivos de lei federal: a) art. 146-B da Lei n. 7.210/1984 (que trata do uso do monitoramento eletrônico); b) 317 do CPP (que trata da prisão domiciliar); c) art. 619 do CPP (acerca dos embargos de declaração).

Aduz, também, que a decisão que pela qual se estipulou o uso da tornozeleira eletrônica (bem como se estipulou o recolhimento domiciliar integral nos fins de semana e se reconheceu unicamente o endereço residencial principal do Recorrente como domicílio) deu interpretação diversa ao decidido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.483/PR (no sentido de que é direito subjetivo do colaborador ter a pena aplicada de acordo com o previsto no acordo), bem como no HC do TRF n. 2008.04.00.018252-6/PR (sobre a intangibilidade da coisa julgada).

Pois bem, quando da análise do Recurso de Agravo em Execução (contra a decisão pela qual, em audiência admonitória no dia 29.03.2016, não fora acolhido pedido de cancelamento de implantação de tornozeleira eletrônica, além de se estabelecer recolhimento domiciliar integral nos finais de semana, e recolhimento domiciliar unicamente no endereço residencial principal), o egrégio Tribunal Regional Federal consignou expressamente no respectivo acórdão que a tornozeleira eletrônica não é regime de cumprimento de pena e sim forma de controle do respeito às condições desse regime, cabendo ao Juízo da Execução decidir no caso concreto acerca do método de controle, não estando na esfera de disponibilidade do apenado a escolha de tal método.

Restou mencionado em tal acórdão, também, que segundo art. 70 do Código Civil, o domicílio é só um, devendo nele portanto ser cumprida a pena imposta, e que o acordo deixa claro o recolhimento integral nos finais de semana, não deixando margem para interpretação.

Sucede que, sem apontar claramente no que consistiu a violação aos arts. 146-B da Lei n. 7.210/1984 (que inclusive autoriza a fiscalização por meio de monitoramento eletrônico no caso de prisão domiciliar) e 317 do CPP (que menciona a prisão domiciliar como sendo o recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial), o Recorrente busca novamente modificar os dois pronunciamentos judiciais anteriores (primeiro e segundo graus de jurisdição) no sentido de que a tornozeleira eletrônica não é regime de cumprimento de pena e sim forma de controle do respeito às condições desse regime, cabendo ao Juízo da Execução decidir no caso concreto acerca do método de controle, não estando na esfera de disponibilidade do apenado a escolha de tal método.

Por tais razões, agiu acertadamente o egrégio Tribunal Regional Federal ao negar seguimento ao Recurso Especial, argumentando que não foram devidamente especificadas as supostas violações aos dispositivos legais, limitando-se a expor argumentos gerais quanto à inexistência de previsão no acordo de colaboração premiada das medidas determinadas pelo Juízo, incidindo assim a Súmula n. 284/STF (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia), pois de fato não restou claro no que consistiu a violação a tais dispositivos de lei.

Verifica-se, também, que agiu corretamente o Juízo ad quem ao inadmitir o Recurso Especial com base na Súmula n. 05/STJ (eis que a questão de analisar o cabimento do uso do monitoramento eletrônico, bem como a estipulação do recolhimento domiciliar integral nos fins de semana e a admissão de apenas um único domicílio para cumprimento da pena) versa sobre interpretação de cláusula contratual, não se admitindo em tal caso o Recurso Especial.

Em relação à suposta interpretação diversa que teria sido dada pelo Tribunal Regional Federal ao decidido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.483/PR (no sentido de que é direito subjetivo do colaborador ter a pena aplicada de acordo com o previsto no acordo), bem como no HC do TRF n. 2008.04.00.018252-6/PR (sobre a intangibilidade da coisa julgada), verifica-se, da mesma forma, que em verdade trata-se é de insistência do Recorrente em entender que o Juízo da Execução não poderia adotar o uso do monitoramento eletrônico sem que isto estivesse previsto no acordo de colaboração premiada, quando, como já dito, o acórdão contra o qual foi interposto o Recurso Especial que se almeja a subida a este Tribunal expressamente enfrentou a questão e entendeu possível tal estipulação, sem que isso represente violação ao direito subjetivo do réu/colaborador de receber a pena em consonância com o previsto no acordo de colaboração premiada, ou violação à intangibilidade da coisa julgada.

Por fim, em relação à alegada violação ao art. 619 do CPP, ao fundamento de que o houve negativa do TRF em sanar as omissões que o Recorrente apontou no sentido de haver violação à segurança jurídica e à inexistência das constrições estipuladas no acordo de colaboração premiada, verifica-se, da mesma forma, que novamente toda a linha de raciocínio do Recorrente é fundada na inexistência de previsão do uso do monitoramento eletrônico sem que isto estivesse expressamente previsto no acordo de colaboração, o que, como já visto, foi expressa e exaustivamente analisado na instância inferior, inclusive em relação à estipulação do recolhimento domiciliar integral nos finais de semana e à admissão de apenas um domicilio para fins de cumprimento da pena.

3. Ante o exposto, conheço do presente Agravo em Recurso Especial (no sentido de analisar o mérito de seu cabimento), mas por não restar claramente demonstrada violação aos artigos de lei federal mencionados (Súmula n. 284 do STF), e por não ser admissível Recurso Especial para interpretação de cláusula contratual (Súmula n. 05 do STJ), nego provimento ao Recurso, com base no art. 34, VII do RISTJ, não admitindo a subida do Recurso Especial a este Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*, mantendo a r. decisão agravada por seus próprios fundamentos.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 356.179-MT (2016/0125399-0)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik
Impetrante: Michael Gomes Cruz
Advogado: Michael Gomes Cruz - MT018237O
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Paciente: Eduardo Leroux

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Crime ambiental e associação criminosa. Nulidade do inquérito

policial. Tese não enfrentada pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Inexistência de justa causa, negativa de autoria e ausência de materialidade. Necessidade de análise probatória. Impossibilidade de análise na via eleita. Excesso de prazo na conclusão do inquérito policial. Prisão preventiva revogada. Medidas cautelares diversas da prisão que perduram mais de 2 anos. Ausência de perspectiva objetiva do término do inquérito policial. Constrangimento ilegal evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e deste Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O pedido de reconhecimento de nulidade do inquérito policial decorrente da utilização de provas apresentadas em processo diverso, no qual foi firmada transação penal, não foi deduzido perante o Tribunal de origem, que não teve a oportunidade de se manifestar quanto a essa insurgência. Assim, inviável qualquer exame, por este Superior Tribunal de Justiça, da alegação aqui apresentada, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância

3. É inadmissível o enfrentamento das alegações de ausência de justa causa, bem como de ausência dos indícios da autoria e de materialidade, na via estreita do *habeas corpus*, ante a necessária incursão probatória, que deverá ser realizada pelo Juízo competente para a instrução e julgamento da causa.

4. Constitui entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça que somente configura constrangimento ilegal por excesso de prazo na conclusão do inquérito policial, apto a ensejar o relaxamento da prisão cautelar, a mora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, jamais sendo aferível apenas a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais.

5. *In casu*, o paciente foi indiciado, nos autos do Inquérito Policial, tendo sido decretada sua prisão preventiva em 2.7.2014, substituída por medidas cautelares alternativas, pelo Tribunal de origem, em 8.4.2015. Verifica-se dos autos, ainda, que até a presente

data, o inquérito policial não foi concluído, não havendo sequer sido iniciada a persecução penal contra o paciente. De fato, trata-se de delitos cuja apuração não detém complexidade e cujo excesso de prazo para conclusão do inquérito policial foi reconhecido pelo Magistrado de piso e pelo Tribunal de origem. Assim, afigura-se desarrazoada e desproporcional a manutenção das medidas cautelares diversas da prisão impostas ao paciente por quase três anos sem que se possa atribuir à sua defesa qualquer responsabilidade pela delonga na conclusão do inquérito policial, que ainda não possui perspectiva objetiva de ultimação.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar as medidas cautelares diversas da prisão impostas ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de junho de 2017 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 30.6.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de *Eduardo Leroux*, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento do HC n. 0064613-73.2014.4.01.0000.

Infere-se dos autos que foi decretada a prisão preventiva do paciente em 2.7.2014, após representação da Autoridade Policial nos Autos n. 00449-48.2014.4.01.3606, ante a instauração do Inquérito Policial n. 1.295-31.2015.4.01.3606, que investiga a suposta prática pelo paciente, do delito

tipificado no art. 29, § 1º, inciso III, com a causa de aumento do art. 29, § 4º, inciso I, ambos da Lei n. 9.605/1998 e art. 288 do Código Penal – CP (crime ambiental e associação criminosa) (fls. 151/152).

Em *habeas corpus*, o Tribunal de origem concedeu parcialmente a ordem, determinando a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas. O acórdão ficou assim ementado:

> Processual Penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Crime ambiental e associação criminosa. Art. 29, § 4º, da Lei n. 9.605/1998 e art. 288 do Código Penal. Ausência de violência ou grave ameaça à pessoa. Excesso de prazo para conclusão do inquérito policial e oferecimento da denúncia. Substituição da prisão por medidas cautelares diversas da prisão. Ordem parcialmente concedida.
>
> 1. Nos crimes cometidos contra a fauna, sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão mostra-se suficiente para obstar ou mesmo reduzir a continuidade deiitiva, sobretudo quando a custódia cautelar aproxima-se de 06 (seis) meses, sem conclusão do inquérito policial ou oferecimento da denúncia respectiva.
>
> 2. Ordem concedida em parte (fl. 250).

Posteriormente, a defesa pugnou, junto ao Magistrado de primeiro grau, a revogação das medidas cautelares alternativas impostas às fls. 367/369, tendo o pleito sido indeferido às fls. 568/570.

Irresignada, a defesa impetrou, perante o Tribunal de origem, o HC n. 0060768-96.2015.4.01.0000, que foi indeferido liminarmente, em decisão monocrática proferida pela Desembargadora Relatora às fls. 1.341/1.342.

No presente *mandamus*, a defesa sustenta ilegalidade na manutenção de medidas cautelares diversas da prisão, porquanto a fundamentação das decisões que as mantiveram estariam embasadas em provas extraídas de Termos Circunstanciados referente a outra ação penal, na qual sobreveio a extinção da punibilidade após transação penal. Aduz a nulidade do inquérito policial, instaurado a partir de documentos pertencentes a outro processo, no qual se apurou os mesmos fatos, verificando-se a existência de *bis in idem*. Reafirma a coação ilegal pela ausência de justa causa para a investigação, pois defende a impossibilidade de utilização de provas dos mesmos atos praticados em outro processo transitado em julgado.

Alega não estar caracterizada a materialidade do delito de associação criminosa, pois existem apenas dois indiciados nos autos e a investigação já

perdura há 2 anos e 7 meses, sem que tenha sido identificado o terceiro partícipe. Assevera o excesso de prazo na duração do inquérito policial, considerando as restrições sofridas pelo paciente, ante a imposição das medidas cautelares alternativas.

Aduz que o paciente não participou da ONG que é apontada pelo *Parquet* e pelo Juízo de primeiro grau como a pessoa jurídica utilizada para cometer crimes ambientais.

Afirma que "todas as provas dos autos recaem sobre a *Associação Iprenre de Defesa do Povo Mebngôkre*, fundada em 1993 por indígenas em Colíder/MT, sem relações com os indiciados ou mesmo com a entidade que são sócios fundadores, a *Associação Mebengokre*, fundada em 2004 em Nova Friburgo/RJ" (fl. 3).

Requer, assim, a concessão da ordem, com a revogação completa das restrições impostas ao paciente, por excesso de prazo no encerramento do inquérito policial, ausência de justa causa e materialidade do delito e extinção da punibilidade, bem como o trancamento do inquérito policial, impondo-se a devolução da câmera fotográfica e dos passaportes apreendidos.

O pedido de liminar foi indeferido (1.354/1.355). As informações foram prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 1.369/1.375 e 1.376/1.387). O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 1.391/1.402).

Às fls. 1.406, a defesa formulou pedido de realização de sustentação oral.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a revogação das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, impostas ao paciente nos autos do Processo n. 00449-48.2014.4.01.3606, ante a alegação de excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial, nulidade do inquérito, ausência de justa causa e negativa de autoria.

Inicialmente, é certo que, o pedido de reconhecimento de nulidade do inquérito policial decorrente da utilização de provas apresentadas em processo diverso, no qual foi firmada transação penal, não foi deduzido perante o Tribunal de origem, que não teve a oportunidade de se manifestar quanto a essa insurgência. Assim, inviável qualquer exame, por este Superior Tribunal de Justiça, da alegação aqui apresentada, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

> Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Trancamento do processo-crime. Nulidade da citação. Inépcia da denúncia. Temas não apreciados pela Corte de origem. Supressão de instância. Prisão preventiva. Elementos de convicção a indicar a autoria do crime. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta da conduta. Réu que responde a outras ações penais pela suposta prática de crime de homicídio. Periculosidade do agente. Risco de reiteração delitiva. Aplicação da lei penal. Recorrente que permanece foragido há mais de onze anos. Fundamentação idônea. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.
>
> *1. Em que pesem os esforços do recorrente, verifica-se que os argumentos referentes à nulidade de citação e de inépcia da denúncia, bem como o pleito de trancamento do processo-crime por carência de justa causa para a persecução penal, não restaram deduzidos no* writ *originário e, por consectário, não foram objeto de cognição pela Corte estadual, o que obsta a apreciação de tais matérias por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.*
>
> (...)
>
> (RHC 75.663/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17.03.2017).

> Penal. Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Fraude a licitação e associação criminosa. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Descrição suficiente. Responsabilização penal subjetiva. Não verificado. Ausência de justa causa. Não examinado pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Recurso improvido.
>
> 1. O trancamento da ação penal, é medida excepcional, só admitida quando restar provada, de forma clara e precisa, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade.
>
> 2. Na hipótese, a denúncia descreve de modo suficiente que a recorrente incorreu nas sanções do artigo 288 do Código Penal e artigo 90 da Lei n. 8.666/1993, por 4 [quatro] vezes, cumuladas as sanções na foram do art. 69 do Código Penal, pois na condição de sócia-administradora da empresa Sultractor

> Comércio de Peças para Tratores, juntamente com seu irmão, tinha ciência das fraudes mediante a utilização de sua empresa, por outras empresas, para simular aparente competição nas licitações fraudadas.
>
> 3. Dando-se a atuação de pequena empresa por decisões unificadas de seu gestor, admite-se o nexo causal entre o resultado da conduta constatado pela atividade da empresa e a responsabilidade pessoal e por culpa subjetiva de seu gestor. Precedente.
>
> *4. A alegação de ausência de justa causa por falta de elementos probatórios suficientes não foi analisada pelo Tribunal* a quo *por deficiente instrução do* writ *de origem, não cabendo a esta Corte Superior proceder ao exame originário da tese aventada, sob pena de indevida supressão de instância.*
>
> 5. Recurso em *habeas corpus* improvido (RHC 48.142/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 22.06.2016).

Noutro ponto, é inadmissível o enfrentamento das alegações de ausência de justa causa, bem como de ausência dos indícios da autoria e de materialidade, na via estreita do *habeas corpus*, ante a necessária incursão probatória, que deverá ser realizada pelo Juízo competente para a instrução e julgamento da causa.

A propósito:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. 1. Tese de ausência de indícios de autoria. Impropriedade da via eleita. Necessidade de revolvimento de fatos e provas. 2. Prisão preventiva. Descumprimento de medida cautelar alternativa. Necessidade da custódia para assegurar a aplicação da lei penal. Recorrente que deixou de comparecer aos atos do processo. Constrangimento ilegal não caracterizado. 3. Recurso improvido.
>
> *1. A tese de ausência de indícios de autoria não pode ser examinada pelo Superior Tribunal de Justiça na presente via por pressupor revolvimento de fatos e provas, providência vedada no âmbito do* writ *e do recurso ordinário que lhe faz as vezes.*
>
> (...)
>
> (RHC 72.426/RS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 15.05.2017).

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Furto qualificado. Falsidade ideológica. Associação criminosa. Inquérito policial. *Habeas corpus* preventivo. Ausência de indícios de autoria. Dilação probatória incompatível com a via eleita. Salvo conduto. Ausência de ameaça concreta à liberdade de locomoção do recorrente. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.
>
> *1. Inviável concluir-se pela ausência de provas de autoria e materialidade dos ilícitos pelos quais o recorrente foi indiciado, uma vez que os fatos ainda estão*

> *em apuração, em razão do pedido de novas diligências feito pelo representante do Ministério Público Estadual. Ademais, dada a necessidade de ampla dilação probatória, a providência é sabidamente inviável na via cognitiva estreita do* habeas corpus, *que pressupõe prova pré-constituída do direito alegado.*
>
> 2. A mera suposição de que o MM. Juiz poderá acatar pedido de prisão preventiva feito pela autoridade policial, sequer ratificado pelo Ministério Público, não justifica a presente impetração, porquanto não demonstrado risco iminente e concreto à liberdade de locomoção do recorrente.
>
> 3. Recurso Ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido (RHC 80.843/PA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 10.05.2017).

Passo, portanto, ao pleito de revogação das medidas cautelares impostas.

O Tribunal de origem, ao analisar o *habeas corpus* no qual se buscou a revogação da prisão preventiva do paciente, concedeu a ordem, determinando a imposição de medidas cautelares alternativas, nos termos do seguinte voto:

> Nesse contexto, não vejo como prosseguir com a prisão cautelar do paciente, decorrente unicamente da falta de recolhimento da fiança arbitrada por falta de condições econômicas e, sobretudo, quando já afastada a sua imprescindibilidade.
>
> *Por outro lado, conforme exposto pelo impetrante, entendo que o paciente encontra-se preso preventivamente, sem conclusão do inquérito policial e sem denúncia, por prazo excessivo, aproximadamente 06 (seis) meses, em descompasso com a natureza provisória e excepcional da medida extrema imposta, sem que se tenha noticia de qualquer outro fato que justifique, objetivamente, a manutenção do paciente no cárcere.*
>
> Ante o exposto, *concedo em parte* a ordem de *habeas corpus* para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares, nos termos da liminar anteriormente deferida (fls. 177/178), que ora confirmo, sem a necessidade, no entanto, do recolhimento da fiança arbitrada e da monitoração eletrônica, devendo o paciente manter-se afastado não só da comunidade RIKBATSA, mas de qualquer membro de comunidade indígena (fls. 247/248).

Posteriormente, foi formulado pedido de revogação das medidas cautelares impostas, tendo o Magistrado de primeiro grau indeferido o pleito com base nos fundamentos a seguir expostos:

> Muito embora este Juízo reconheça a demora, na conclusão dos trabalhos de investigação nos autos do inquérito policial correlato à presente medida, certo é que o seu trancamento só se impõe, em situações de evidente constrangimento ilegal ou teratológica questão jurídica, o que, a toda evidência, não é o caso dos autos.

> Com essas considerações expostas, não vejo razão para que se tranque o andamento do inquérito policial, na forma pretendida pela defesa constituída dos investigados, em sua petição que ora se analisa. Nesse sentido, remansa recentíssima jurisprudência do STF:
>
> [...].
>
> *No mesmo viés, entendo que as medidas cautelares substitutivas à prisão preventiva ainda se fazem necessárias, porquanto pesa sobre o autor - embora não se trate de crime violento - fundadas suspeitas de que integre associação criminosa destinada ao comércio de partes de animais silvestres, bem jurídico de suma importância a ser protegido pelo estado brasileiro.*
>
> *Ademais, nada obstante o requerente argumente, em acréscimo, a não identificação de outros participantes dessa associação, o que, aliás, configuraria condição* sine qua non *para a própria existência do delito, as circunstâncias da investigação evidenciam que ele e sua esposa contavam com a participação de outros indivíduos, quiçá, indígenas, que, ao abaterem intencionalmente os animais à pedido dos investigados, estariam aderindo ao núcleo do tipo de associação criminosa, para fins de abate de animais silvestres.*
>
> *Assim sendo, estou firme de que manter as medidas de proibição de contato com silvícolas, de qualquer etnia, e fazer com que o investigado explique suas atividades ao Poder Judiciário, periodicamente, além de evitar que se evada do País, por intermédio da apreensão dos seus passaportes, são medidas necessárias, para que prepondere a defesa da fauna nacional, e até mesmo da incolumidade das comunidades indígenas freqüentadas pelo investigado* ***Eduardo Leroux****.*
>
> Destarte, a meu ver, as medidas diversas da prisão impostas são adequadas e proporcionais ao caso concreto, uma vez que asseguram ao investigado, a um só tempo, com limites, a liberdade de ir e vir, face as circunstâncias ainda exigidas, e preserva o interesse estatal na persecução e combate dos ilícitos em questão (fls. 568/570).

Em nova impetração, na qual a defesa impugnou a decisão que indeferiu o pedido de revogação das medidas cautelares alternativas, o Tribunal de origem, por meio de decisão monocrática da relatora, indeferiu liminarmente a impetração, sob o fundamento da incompetência da Corte de origem. Eis o teor do *desisum*:

> Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Eduardo Leroux*, contra decisão do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Juína/MT que indeferiu pedido de revogação das medidas cautelares impostas ao paciente em substituição à sua prisão preventiva.
>
> Com efeito, o paciente foi preso no dia 14.10.2014 pela suposta prática dos delitos capitulados no art. 29, § 4º, da Lei n. 9.605/1998 e art. 288 do Código Penal,

uma vez que acusado de integrar organização criminosa destinada ao comércio internacional de penas de aves silvestres, ameaçadas de extinção, integrantes da fauna brasileira.

Contra tal decisão foi impetrado o HC 0064613-73.2014.4.01.0000/MT, no qual a Terceira Turma desta Corte, na Sessão do dia 08.04.2015, concedeu parcialmente a ordem impetrada, para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares.

O Superior Tribunal de Justiça, por decisão monocrática de 9.12.2014, da lavra do Ministro Walter de Almeida Guilherme (HC n. 311.507/MT), manteve a decisão liminar desta Relatoria que impôs ao paciente as medidas cautelares diversas da prisão, confirmadas no julgamento do *habeas corpus* pela Eg. Turma deste Tribunal. Não há notícias, no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, a respeito do julgamento final do referido *habeas corpus*.

As informações prestadas pelo Juízo impetrado noticiam que até a presente data o inquérito policial instaurado para apurar as responsabilidades criminais do paciente não foi concluído, asseverando a autoridade apontada coatora que as medidas cautelares impostas ao paciente ainda são necessárias, em razão de "fundadas suspeitas de que integre associação criminosa destinada ao comércio de partes de animais silvestres" (fl. 425).

Às fls. 428/429 indeferi o pedido de liminar, considerando que as medidas impostas ao paciente não restringiam, apenas limitavam, a sua capacidade de locomoção.

O impetrante pediu a reconsideração da decisão, reiterando a afirmação de que o inquérito já se alonga por mais de dois anos, sem conclusão e ainda que está privado de retornar ao seu lar na França, que está proibido de entrar em contato com os indígenas, o que lhe impossibilita de acompanhar os projetos extrativistas, está impedido de exercer suas atividades laborais, de continuar o seu tratamento de saúde na França e suportando injustamente o ônus financeiro e moral de um inquérito que já dura mais de dois anos.

A Procuradoria Regional da República nesta instância também opinou pela manutenção das medidas cautelares já determinadas por esta Relatoria.

Reexaminando a questão posta nos autos, no entanto, entendo que a presente impetração é manifestamente inadmissível. Isso porque o que pretende o Impetrante, na verdade, é a revogação das medidas cautelares impostas não pelo juiz federal de 1ª instância, que delas não tratou, mas por acórdão desta 3ª Turma, confirmado em decisão monocrática pelo Superior Tribunal de Justiça. Sendo o ato impugnado originário de acórdão da 3ª Turma, falece competência a esta Relatoria para examinar o *habeas corpus* dele interposto, que deveria ter sido dirigido ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, c, da Constituição Federal.

> Diante do exposto, indefiro liminarmente o pedido de *habeas corpus*, em razão do seu manifesto descabimento, nos termos do art. 221 do Regimento Interno desta Corte.

Quanto ao ponto, considerando tratar-se de questão debatida perante o Tribunal de origem, verifico a competência desta Corte Superior para a análise da impugnação, salientando especialmente que, nos autos do HC n. 311.507/MT, anteriormente impetrado contra o mesmo acórdão, não houve enfrentamento do mérito, tendo sido indeferida liminarmente a impetração, ante a aplicação da Súmula n. 691/STF.

Importa consignar que constitui entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, que somente configura constrangimento ilegal por excesso de prazo no encerramento do inquérito policial, apto a ensejar o relaxamento da prisão cautelar, a mora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, jamais sendo aferível apenas a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais.

In casu, conforme se verifica dos autos, o paciente foi indiciado, nos autos do Inquérito Policial, tendo sido decretada sua prisão preventiva em 2.7.2014, substituída por medidas cautelares alternativas, pelo Tribunal de origem, em 8.4.2015. Verifica-se dos autos, ainda, que até a presente data, o inquérito policial não foi concluído, não havendo sequer sido iniciada a persecução penal contra o paciente. Observa-se que não há contribuição da defesa para a demora na conclusão das investigações.

De fato, trata-se de delitos cuja apuração não detém complexidade e cujo excesso de prazo para conclusão do inquérito policial foi reconhecido pelo Magistrado de piso e pelo Tribunal de origem. Ademais, em informações prestadas a esta Corte Superior de Justiça, o Magistrado consignou que "o inquérito policial encontra-se em carga para a Polícia Federal, não havendo, neste momento, informações quanto à conclusão das investigações" (fl. 1.372).

Malgrado determinadas peculiaridades do caso que justificariam alguma extrapolação dos prazos ideais, afigura-se desarrazoada e desproporcional a manutenção das medidas cautelares diversas da prisão impostas ao paciente por praticamente três anos sem que se possa atribuir à sua defesa qualquer responsabilidade pela delonga na conclusão do inquérito policial, que ainda não possui perspectiva objetiva de ultimação, considerando que, conforme informações obtidas por telefone junto à Vara Federal da Subseção Judiciária de

Juína, verificou-se que os autos encontram-se com carga para a Polícia Federal desde o dia 5.3.2015.

Nesse contexto, entendo que, não havendo até a presente data, demonstração de indícios de autoria e prova da materialidade suficientes para oferecimento da denúncia, não devem também subsistir as restrições impostas ao direito ambulatorial do paciente. Verifico, portanto o constrangimento ilegal pelo prolongamento injustificado das medidas cautelares alternativas determinadas ao paciente, impondo-se, portanto, sua completa revogação.

Nesse sentido, os precedentes:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Injúria. Perturbação de sossego. Prisão preventiva. Não preenchimento dos requisitos. Ausência de indícios de autoria e prova da materialidade. Excesso de prazo. Recurso provido.
>
> 1. Hipótese na qual o recorrente é investigado da suposta prática de crime de injúria, punido com pena de 1 a 6 meses de detenção, ou multa, bem como contravenção de perturbação de sossego, punido com 15 dias a 3 meses de prisão simples, sendo incabível, em relação a tais figuras típicas, a prisão preventiva.
>
> 2. Não obstante a possibilidade de decretação de prisão cautelar em crimes punidos com pena não superior a 4 anos, nos termos do art. 313, inciso III do Código de Processo Penal, é necessário que o crime envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, o que não se constata no caso dos autos, em que se relatam meros atos de perturbação, implicância e xingamentos.
>
> *3. Ademais, transcorridos 8 meses desde a data da decretação da prisão, não houve ainda o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, sendo forçoso concluir que, se após tal decurso temporal não se acumularam indícios de autoria e materialidade suficientes para a elaboração da inicial acusatória, não estão atendidos também os requisitos do art. 312, parte final, do Código de Processo Penal, ou seja, prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*
>
> *4. Tendo em vista o prazo para conclusão do inquérito policial, caso esteja o indiciado preso - no caso, de 10 dias -, a ausência de encerramento da apuração com a manutenção da prisão constitui, também por esta vertente, constrangimento ilegal.*
>
> 5. É visível a desproporção entre o andamento processual após o lapso temporal transcorrido e as penas eventualmente aplicadas em hipótese de condenação, em especial porque a ação penal tramita em Estado da Federação diverso da residência do recorrente, demandando providências morosas como expedição de cartas precatórias, de modo que a prisão, acaso mantida, pode se estender indefinidamente, o que reforça a necessidade de sua revogação.
>
> 6. Recurso ordinário provido, ratificando-se a liminar anteriormente deferida, para determinar a soltura do paciente, com manutenção das medidas protetivas

anteriormente impostas e sem prejuízo de que a segregação seja novamente decretada em caso de reiteração no descumprimento (RHC 82.059/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09.05.2017, DJe 15.05.2017).

Habeas corpus. Homicídio qualificado tentado. Inquérito policial. Réu preso. Excesso de prazo. Ordem concedida.

1. Não se pode olvidar que os prazos indicados na legislação processual penal para a conclusão dos atos processuais não são peremptórios, de maneira que eventual demora no término da instrução criminal deve ser aferida dentro dos critérios da razoabilidade, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto.

2. O paciente foi preso preventivamente em 25.9.2015, de modo que não justifica a manutenção da sua custódia após passados quase 11 meses sem que haja sido oferecida denúncia, elaborado relatório minucioso pela autoridade policial (art. 10, § 1º, do CPP) ou mesmo concluídas as investigações criminais.

3. Não obstante os fatos apurados sejam dotados de especial gravidade - homicídio qualificado tentado em contexto de brigas entre torcidas organizadas de times de futebol -, certo é que tal circunstância, embora seja hábil a demonstrar a necessidade de um cuidado maior na condução dos trabalhos investigativos e a justificar a ausência de conclusão do inquérito policial, não autoriza a manutenção da custódia preventiva do paciente, que, conforme já mencionado, foi decretada há praticamente 11 meses.

4. Ordem concedida para, confirmada a liminar - que assegurou ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento final deste *habeas corpus* -, reconhecer o excesso de prazo e determinar a sua imediata soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de continuidade das investigações policiais (HC 343.951/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16.08.2016, DJe 29.08.2016).

Habeas corpus. Fraude à licitação e associação criminosa. *Writ* substitutivo de recurso especial. Conhecimento. Impossibilidade. Verificação de eventual coação ilegal à liberdade de locomoção. Viabilidade. Pretensão de trancamento da ação penal. Alegação de que a persecução criminal se encontra consubstanciada em inquérito civil realizado por promotor de justiça. Paciente detentor de foro especial por prerrogativa de função. Debate do tema pelo Tribunal local. Ausência. Coação ilegal manifesta. Inexistência. Alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, em razão da existência de comissão de licitação e parecer técnico. Denúncia que narra o conluio dos integrantes da comissão de licitação, juntamente com o Procurador do Município, que emitiu parecer jurídico favorável. Alcançar conclusão no sentido de que o paciente não teria conhecimento da fraude. Necessidade de reexame de provas. Conclusão a

ser alcançada no decorrer da ação penal. Interrogatório do paciente realizado no início da instrução criminal. Aplicação da regra prevista no CPP ao procedimento previsto na Lei n. 8.038/1990. Possibilidade. Mácula reconhecida. Concessão da ordem de ofício. Necessidade de assegurar novo interrogatório, ao final da instrução. Viabilidade de extensão aos corréus (art. 580 do CPP). *Excesso de prazo da medida cautelar de afastamento do paciente do cargo de prefeito municipal. Medida que já perdura por mais de 1 ano e 5 meses. Coação ilegal verificada.* Concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício.

1. 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 ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso cabível, este Superior Tribunal analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

3. Esta Corte pacificou o entendimento segundo o qual o trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.

4. Evidenciado que o Tribunal estadual não se manifestou sobre a alegada nulidade decorrente de a investigação que ensejou a ação penal ter sido realizada por autoridade absolutamente incompetente, o conhecimento originário do tema por este Superior Tribunal configuraria indevida supressão de instância. Ademais, conforme vem decidindo esta Corte, não se vislumbra ilegalidade na instauração da ação penal consubstanciada em inquérito civil presidido por promotor de justiça, ainda que a autoridade investigada detenha foro especial por prerrogativa de função, desde que este seja respeitado, no momento da propositura da ação penal, pela autoridade com atribuições para tanto. Precedentes.

5. Inviável o acolhimento do pleito de trancamento da ação penal, baseado na alegação de ausência de justa causa, decorrente da existência de comissão de licitação e parecer técnico favorável, quando narrado na inicial acusatória que os corréus, membros da comissão permanente de licitação, forjaram o procedimento licitatório, de comum acordo com o Procurador do município, que, além de emitir parecer jurídico assegurando a legalidade da fraude, instruiu os corréus a prestarem depoimento na promotoria. Se o paciente tinha ou não conhecimento da fraude perpetrada pelos corréus, é questão que deverá ser apurada no decorrer da instrução criminal.

6. Este Superior Tribunal, na linha do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, tem reiteradamente decidido que a previsão de interrogatório

do réu como último ato da instrução deve ser aplicada também às ações penais originárias, por ser mais favorável ao acusado, inobstante a previsão contida no art. 7º da Lei n. 8.038/1990.

7. Existindo corréus em situação fático-processual idêntica e não tendo a presente decisão se vinculado a circunstâncias de caráter exclusivamente pessoal, devem ser estendidos seus efeitos, apenas neste ponto, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

8. Embora não se evidencie desídia do Judiciário na condução da ação penal, verifica-se que o afastamento do paciente do cargo de prefeito municipal, que já perdura por lapso superior a 1 ano e 5 meses, extrapola os limites da razoabilidade, mostrando-se imperioso o afastamento da medida cautelar em questão, sob pena de cassação indireta do mandato, uma vez que não há previsão para o término da instrução criminal.

9. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para assegurar a todos os acusados da ação penal o direito de serem novamente interrogados ao final da instrução criminal, bem como para restabelecer o paciente no cargo de prefeito municipal, devendo ser afastada a medida cautelar prevista no art. 319, VI, do Código de Processo Penal (HC 307.017/PB, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25.05.2015).

Processual Penal. *Habeas corpus* originário. Prefeito municipal. Afastamento cautelar do cargo. Aplicação das medidas do art. 319 do CPP. Possibilidade. Lei posterior. Decisão de afastamento devidamente fundamentada. Excesso de prazo. Ocorrência. Afastamento que dura aproximadamente 1 (um) ano. Inquérito não concluído. Inexistência de oferecimento de denúncia.

1. Aplica-se aos detentores de mandato eletivo a possibilidade de fixação das medidas alternativas à prisão preventiva previstas no art. 319 do CPP, por tratar-se de norma posterior que afasta, tacitamente, a incidência da lei anterior.

2. A decisão de afastamento do mandatário municipal está devidamente fundamentada com a demonstração de suas necessidade e utilidade a partir dos elementos concretos colhidos dos autos.

3. A Constituição Federal garante aos litigantes a duração razoável do processo conjugado com o princípio da presunção de não culpabilidade.

4. Configura excesso de prazo a investigação criminal que dura mais de 1 (um) ano sem que se tenha concluído o inquérito policial, muito menos oferecida a Denúncia em desfavor do paciente.

5. In casu, *o paciente já está afastado do cargo há cerca de um ano, o que corresponde a 1/4 (um quarto) do mandato, podendo caracterizar verdadeira cassação indireta, papel para o qual o Poder Judiciário não foi investido na jurisdição que ora se exercita.*

6. Habeas corpus *parcialmente concedido (*HC 228.023/SC, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 1º.08.2012).

Ante todo o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*, mas de conceder a ordem, de ofício, para revogar as medidas cautelares diversas da prisão impostas ao paciente.

Encaminhe-se cópia do inteiro teor do presente acórdão e dos autos à Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e à Subseção Judiciária de Juína/MT para as providências que entenderem cabíveis.

HABEAS CORPUS N. 368.217-MA (2016/0219318-0)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Impetrante: Marco Aurelio Neves Lima e outro
Advogado: Marco Aurelio Neves Lima e outro(s) - RJ180715
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
Paciente: Donato Brandao Costa (preso)

EMENTA

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. *1.* Impetração substitutiva do recurso próprio. Não cabimento. *2.* Entidade filantrópica mundial. Seita Brandanismo. Prática de diversos crimes. Lesão corporal gravíssima. Estelionato. Atentado violento ao pudor. Alteração de registro. Falsificação de documento público e falsidade ideológica. *3.* Alegação de inúmeras nulidades. Invasão de domicílio. Violação do princípio do promotor natural e da identidade física do juiz. Ilegalidade no indeferimento de diligências. Testemunhas. Alegação de tortura. Ausência de curador para testemunhas menores. Investigação realizada pelo MP. Incompetência da Justiça Estadual. Matérias não analisadas pela Corte local. Supressão de instância. *4.* Instrumentos processuais não conhecidos na origem. Não observância aos requisitos

legais. Alegada perseguição ao paciente. Não ocorrência. *5.* Ilegalidade da busca e apreensão e da prisão. Incompetência territorial do juiz. Competência relativa. Ausência de alegação oportuna. Preclusão. *6.* Decreto de incomunicabilidade. Art. 21 do CPP. Norma considerada não recepcionada pela CF. Situação que exauriu seus efeitos há 18 anos. Irregularidades do inquérito. Não contaminação da ação penal. *7.* Alegada incomunicabilidade com o advogado. Ausência de comprovação. Inexistência de prova pré-constituída. *8.* Investigação realizada em 1999. Trânsito em julgado ocorrido em 2004. Questões acobertadas pela preclusão e pela coisa julgada. *9. Habeas corpus* não conhecido.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir 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.

2. O paciente foi condenado como incurso nos arts. 129, § 2º, incisos III e IV, em continuidade delitiva; 171; 214, em continuidade delitiva; 242; 297; e no art. 299, em continuidade delitiva; todos em concurso material, à pena total de 28 (vinte e oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, em virtude de inúmeros crimes praticados na entidade filantrópica Mundial, por ele fundada, e "que apenas camuflava uma espécie de seita, o brandanismo".

3. A maioria dos temas ora suscitados não foi analisada pelo Tribunal de origem. Com efeito, nada se analisou a respeito da alegada invasão de domicílio, da apontada ofensa ao princípio do promotor natural e da violação à identidade física do juiz, assim como não se analisou o eventual indeferimento de provas. Da mesma forma, não há qualquer referência à existência de testemunhas torturadas nem à ausência de curador às testemunhas menores de idade. Por fim, nada se decidiu, igualmente, sobre a alegada ilegalidade com relação à participação do MP nas investigações, ou sobre a existência de competência da Justiça Federal. Dessa maneira, observa-se que quase a totalidade das irresignações da presente impetração não foi oportunamente apresentada nem analisada pelo Tribunal de origem. De fato, não foram examinadas nem no acórdão da apelação nem

nos acórdãos da revisão criminal e do *habeas corpus*, os quais foram considerados incabíveis. Note-se que para evitar a supressão de instância, não basta submeter o tema à Corte de origem, ele precisa ser analisado, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Assim, revela-se inviável o exame inaugural dos temas pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Embora o impetrante considere que o paciente sofre perseguição, porque seus pleitos não são analisados, o direito processual penal possui regramento próprio que disciplina a forma adequada para a impugnação das matérias. Assim, necessário que se observe o regramento legal, onde constam as hipóteses de cabimento de cada instrumento processual, bem como seu prazo, para que a irresignação seja examinada. Na hipótese dos autos, o não conhecimento dos aclaratórios do paciente ocorreu por não observância do prazo recursal. O não conhecimento da revisão criminal se deu em virtude de não estarem presentes os requisitos do art. 621 do CPP e, por fim, o *habeas corpus* impetrado 12 (doze) anos após o trânsito em julgado da condenação revela a preclusão até mesmo de eventuais nulidades absolutas. Precedentes do STF e do STJ.

5. Eventual irregularidade quanto à competência territorial do Juiz de Direito, que expediu o mandado de busca e apreensão e decretou a prisão cautelar em desfavor do paciente, se convalidou em virtude da ausência de impugnação no momento oportuno. Como é cediço, a competência territorial é relativa e não absoluta, como pretende o impetrante, motivo pelo qual deve ser impugnada pelo meio adequado e no momento apropriado, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

6. Mostra-se questionável a decisão que decretou a incomunicabilidade do paciente, uma vez que se considera o art. 21 do Código de Processo Penal não recepcionado pela CF. Contudo, não é possível afirmar, pelo que consta dos autos, que o paciente foi privado de ter contato com seus advogados, tendo-se observado, portanto, seu direito à ampla defesa. Assim, eventual nulidade do ato de incomunicabilidade, depois de passados 18 (dezoito) anos, não tem qualquer utilidade, uma vez que o ato impugnado, se existente, já produziu seus efeitos concretos de tornar o paciente incomunicável

e se exauriu. Outrossim, referida situação ocorreu antes do início da ação penal e, como é cediço, "eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não contaminam a ação penal" (HC 232.674/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 10.4.2013).

7. Ressalte-se, outrossim, que sequer há nos autos comprovação de que o paciente não teve acesso aos seus advogados durante o período de incomunicabilidade, não tendo o impetrante se desincumbido de comprovar referida alegação. Na verdade, a Corte de origem assentou de forma expressa que a incomunicabilidade não alcançou o direito de se entrevistar com advogado. Assim, não havendo nada nos autos que demonstre o contrário, tem-se que a falta de documento que possibilite a análise da suscitada ilegalidade inviabiliza o prosseguimento do presente *mandamus*, o qual pressupõe, necessariamente, a existência de prova pré-constituída. Dessa forma, fica impossibilitada, a rigor, a aferição de eventual constrangimento ilegal.

8. Os questionamentos expostos no presente *mandamus* se referem a ação penal iniciada no ano de 1999, cuja sentença condenatória transitou em julgado em 2004. Dessa forma, até mesmo eventual nulidade absoluta que possa ter-se verificado em tão longínqua data já não tem mais o condão de repercutir sobre a realidade processual dos autos, encontrando-se a alegação não apenas preclusa, mas, principalmente, acobertada pelo manto da coisa julgada. Princípio da segurança jurídica. Precedentes do STJ e do STF.

9. Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dra. Adriana Mota Facunde Lima Brandão (p/ pacte) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 02 de maio de 2017 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 8.5.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Donato Brandão Costa* apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Consta dos autos que o paciente foi preso em 26.2.1999, em virtude de inúmeros crimes praticados na entidade filantrópica Mundial, por ele fundada, e "que apenas camuflava uma espécie de seita, o brandanismo" (e-STJ fl. 223).

Dessarte, foi condenado como incurso nos arts. 129, § 2º, incisos III e IV, em continuidade delitiva, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses; 171, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses; 214, em continuidade delitiva, à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses; 242, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses; 297, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses; e no art. 299, em continuidade delitiva, à pena de 4 (quatro) anos, todos em concurso material, totalizando 28 (vinte e oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado.

Em síntese, o paciente foi considerado o líder da seita, na qual, segundo o julgado, os seguidores lhe deviam obediência irrestrita e onde aconteciam rituais de purificação, entre eles de jejuns superiores a sete dias, espancamentos e violência sexual, com a prática de homossexualismo masculino, culminando com a extirpação dos órgãos genitais de algumas vítimas.

Irresignadas, a acusação e a defesa do paciente e dos corréus interpuseram recurso de apelação, sendo negado provimento ao recurso da defesa e provido o do Ministério Público, para condenar a corré, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 221/222):

> *Processual Penal. Busca e apreensão. Autoridade incompetente em razão do lugar. Nulidade relativa. Falta de alegação no momento oportuno. Preclusão. Convalidação*. Se a autoridade judiciária de São Luís não tinha competência territorial para determinar a medida assecuratória, passou a tê-la a partir do momento em que o recorrente conformou-se com a irregularidade, já que nada arguiu no momento oportuno, que foi o da defesa prévia, nada podendo contestar em sede de recurso, pois assim o impede o instituto da preclusão. *Processual Penal. Cerceamento de defesa. Incomunicabilidade do preso. Medida que não alcançou*

> *o direito de entrevistar-se com advogado. Nulidade inexistente*. Tratando-se de medida excepcional decretada quando imprescindível à investigação ou instrução processual, com vistas a evitar que o preso venha a impedir a busca da verdade dos fatos, deve ser observado, como fez a magistrada, que a incomunicabilidade não alcance o direito do apelante de entrevistar-se com seu advogado, exatamente como fixado no parágrafo único do art. 21 do CPP. *Penal. Crimes suficientemente provados. Alegação de falta de provas. Improcedência. Condenação mantida*. Se os crimes, em cujas penas foram condenados os recorrentes, estão suficientemente provados, não cabe absolvição com sustentação de falta de provas. *Penal. Suspensão condicional da pena. Fixação acima de dois anos. Incidência da detração. Pena restante abaixo de dois anos. Sursis incabível*. A pretendida suspensão condicional da pena é incabível, pois a pena aplicada o foi em quantia superior a dois anos, não podendo ser considerada somente a pena que resta para cumprir, resultante da incidência da detração. *Penal. Omissão. Mãe previamente ciente de crime praticado contra filho menor. Inércia juridicamente relevante. Condenação*. A vítima contava com dezessete anos de idade, estando sob o pátrio poder de sua mãe, nos termos do art. 379 do Código Civil ainda em vigor, fato suficiente para se exigir da acusada comportamento ativo, no sentido de evitar ou procurar evitar a prática do crime contra o seu filho. Nada fez, impondo-se, desse modo, a reforma da sentença, para que seja condenada nos crimes de lesão corporal grave.

Foram opostos embargos de declaração, os quais não foram conhecidos, por intempestividade (e-STJ fls. 270/272), tendo a condenação transitado em julgado em 5.2.2004. Foi, então, ajuizada revisão criminal, que não foi conhecida (e-STJ fl. 273), e *habeas corpus* na origem, o qual igualmente não foi conhecido, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 275):

> *Processual Penal*. Habeas corpus. *Art. 129, § 2º, incisos III e IV c/c art. 29 e 61, inciso II, alínea d, artigos 171, 214, 242, 294, 294 e 299. Nulidade absoluta da ação penal. Necessidade de dilação probatória. Via inadequada. Pretensão de rediscussão de questões apreciada em apelação e revisão criminal. Preclusão da matéria suscitada. Ordem não conhecida*. 1. O *habeas corpus* é via inadequada à discussão de nulidades suscitadas em razão da necessidade de dilação probatória. 2. Não é cabível rediscussão de questões apreciadas em apelação e revisão criminal. 3. As nulidades devem ser alegadas no momento oportuno, sob pena de operar a preclusão. 4. Ordem não conhecida.

No presente *mandamus*, aduz o impetrante, em síntese, que o processo possui inúmeras ilegalidades, razão pela qual deve ser anulado. Afirma que houve invasão do domicílio do paciente, após as 19 horas, por policiais e promotores, sem mandado de busca e apreensão. No mais, alega que o mandado surgiu apenas depois das 22 horas, decretado por Magistrado da Comarca de

São Luís/MA para ser cumprido na cidade de Paço do Lumiar/MA, sendo, portanto, incompetente. Da mesma forma, incompetente o Magistrado que decretou a prisão cautelar do réu.

Aponta, ainda, ter havido violação do princípio do Promotor e do Juiz Natural, evidenciando-se um verdadeiro tribunal de exceção. Irresigna-se, ademais, contra a violação do princípio da identidade física do juiz e dos princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista o paciente ter ficado incomunicável por mais de 70 (setenta) dias e terem sido indeferidas as diligências requeridas. Alega também que as testemunhas da defesa foram torturadas e que menores de idade foram ouvidos sem nomeação de curador. Por fim, aduz que a denúncia foi oferecida com base em inquérito presidido e conduzido pelo Ministério Público e que a competência para julgar o paciente é da Justiça Federal.

Pugna, inclusive liminarmente, pela nulidade do processo.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 248/250, as informações foram prestadas às e-STJ fls. 259/261, 264/265 e 780/840, e o Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 844/860, nos seguintes termos:

> Habeas corpus *com pedido de liminar. Lesão corporal gravíssima, estelionato, atentado violento ao pudor e outros crimes. Nulidades*. 1. As matérias relativas à nulidade da prisão em flagrante em razão do horário e da ausência de mandado judicial, tortura de testemunhas e ausência de curador na oitiva de menores durante o inquérito policial, não foram objeto de insurgência perante o Tribunal *a quo*. Supressão de instância. 2. O exame das supramencionadas arguições de nulidade, bem como da matéria alusiva à incomunicabilidade do paciente por 70 dias, demandariam dilação probatória, providência incompatível com a natureza mandamental do *habeas corpus*. 3. Eventual irregularidade no flagrante em razão de mandado de busca e apreensão expedido pelo Juízo da Comarca de São Luís resta superada, tendo em vista a condenação superveniente do paciente, com trânsito em julgado, encontrando-se, atualmente, a reprimenda em execução. 4. O prazo para a indicação das testemunhas para serem ouvidas pela defesa é a defesa prévia, o que foi providenciado pelo primeiro defensor do paciente. Não constitui, portanto, violação ao princípio da ampla defesa o indeferimento fundamentado da oitiva de testemunhas adicionais, pleiteadas em momento posterior. Precedentes do STJ. 5. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que não há vedação legal para a realização de diligências investigatórias pelo Ministério Público, sendo vedada, apenas, a condução do inquérito policial pelo órgão do *Parquet*. Precedente do STJ. 6. A alegação de incompetência do juízo para processar e julgar o delito de falsificação de carteira da Polícia Federal não foi objeto de análise das instâncias ordinárias. 7.

> O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto à relativa. Precedentes do STF e STJ. 8. Parecer pelo conhecimento parcial do *habeas corpus*. Na parte conhecida, pela denegação da ordem.

Por fim, foi juntado aos autos memorial, às e-STJ fls. 864/877, no qual o impetrante afirma que o paciente "em nenhum momento teve assegurado os seus direitos humanos fundamentais e que não foi respeitado o devido processo legal como se decreta constitucionalmente". Aduz que todas as tentativas de saneamento das manifestas ilegalidades constantes dos autos foram obstadas sob o fundamento de que os instrumentos processuais utilizados não seriam cabíveis. No mais, reitera as alegações da impetração, refutando o parecer do Ministério Público Federal.

Noticia que o paciente cumpre, atualmente, pena em regime aberto no Estado do Rio de Janeiro.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir 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 *mandamus*, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio. 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 propósito: HC 367.864/MT, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 16.02.2017, DJe 22.02.2017); HC 341.927/PR, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, julgado em 21.02.2017, DJe 03.03.2017; HC 333.844/SP, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 14.02.2017, DJe 23.02.2017 e HC 379.986/SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 04.04.2017, DJe 07.04.2017.

Na hipótese, este *writ* substitui o Recurso Ordinário decorrente de outro *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Logo, não pode ser conhecido. O exame das questões ventiladas deve ser realizado de ofício, no limite processualmente possível, a fim de ser apurado suposto constrangimento ilegal.

Pretende o impetrante, em síntese, anular a ação penal, em virtude de inúmeras nulidades: invasão de domicílio, incompetência do Juiz, violação do princípio do juiz natural e do promotor natural, bem como do princípio da identidade física do juiz, incomunicabilidade do réu, indeferimento de diligências, tortura a testemunhas, menores interrogados sem curador, investigação realizada pelo Ministério Público e incompetência da Justiça Estadual.

Contudo, da leitura do acórdão proferido na apelação, observo que a maioria dos temas ora suscitados não foi analisada pelo Tribunal de origem. Com efeito, a Corte local analisou apenas a apontada incompetência do Magistrado que decretou a busca e apreensão e ausência de ilegalidade do decreto de incomunicabilidade do paciente, em virtude de ter-se mantido sua comunicação com seus defensores (e-STJ fls. 221/231).

Constata-se, assim, que nada se analisou a respeito da alegada invasão de domicílio, da apontada ofensa ao princípio do promotor natural e da violação da identidade física do juiz, assim como não se analisou o eventual indeferimento de provas. Da mesma forma, não há qualquer referência à existência de testemunhas supostamente torturadas nem à ausência de curador às testemunhas menores de idade. Por fim, nada se decidiu, igualmente, sobre a alegada ilegalidade com relação à participação do Ministério Público nas investigações, ou sobre a existência de competência da Justiça Federal.

Dessa maneira, observo que quase a totalidade das irresignações da presente impetração não foi oportunamente apresentada nem examinada pelo Tribunal de origem. De fato, não foram analisadas nem no acórdão da apelação nem nos acórdãos da revisão criminal e do *habeas corpus*, os quais foram considerados incabíveis. Note-se que para evitar a supressão de instância, não basta submeter o tema à Corte de origem, ele precisa ser analisado, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Assim, revela-se inviável o exame inaugural dos temas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

Penal e Processual. Habeas corpus *substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Nulidade da sentença. Matéria não apreciada pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Ineficiência da defesa. Prejuízo não demonstrado.* Habeas corpus *não conhecido*. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. *Inviabilidade de analisar a nulidade do processo, a partir da sentença, tendo em vista que a questão não foi apreciada pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Superior Tribunal sobre o tema, sob pena de atuar em indevida supressão de instância*. 3. O entendimento assente nesta Corte Superior é no sentido de que o reconhecimento de nulidade exige a demonstração do prejuízo. Paciente adequadamente assistido por Defensor Público em razão da sua inércia em nomear advogado, apesar de intimado. 4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 211.499/GO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21.06.2016, DJe 28.06.2016).

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Roubo majorado. Inépcia da denúncia. Supressão de instância. Nulidade. Fundamentação *per relationem*. Inocorrência. Regime inicial fechado. Gravidade abstrata do delito. Enunciado n. 440, da Súmula do STJ.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem da ordem de ofício.

II - *A alegada inépcia da inicial acusatória não foi examinada pelas instâncias ordinárias, de modo que não é possível a esta Corte Superior de Justiça, pela vez primeira, debruçar-se sobre tal tema, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes)*.

III - A jurisprudência desta Corte admite de forma alargada a utilização da técnica de fundamentação *per relationem*, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa (Precedentes).

IV - Verifica-se que o paciente é primário, a quantidade da pena aplicada é inferior a 8 (oito) e superior a 4 (quatro) anos e a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão para não conceder o regime semiaberto para o início do cumprimento de sua reprimenda. Inteligência do Enunciado n. 440, da Súmula do STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(HC 357.580/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07.03.2017, DJe 21.03.2017)

No mesmo diapasão: AgRg no HC 370.609/SP, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 14.03.2017, DJe 17.03.2017; HC 374.585/SC, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 09.03.2017, DJe 16.03.2017; RHC 74.424/MG, Rel. Ministro *Joel Ilan Paciornik*, *Quinta Turma*, julgado em 16.02.2017, DJe 24.02.2017 e HC 372.287/SP, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 14.02.2017, DJe 17.02.2017.

Destaco, por relevante, que, embora o impetrante considere que o paciente sofre perseguição, porque seus pleitos não são analisados, o direito processual penal possui regramento próprio que disciplina a forma adequada para a impugnação das matérias. Assim, necessário que se observe o regramento legal, onde constam as hipóteses de cabimento de cada instrumento processual, bem como seu prazo, para que a irresignação seja examinada.

Na hipótese dos autos, o não conhecimento dos aclaratórios do paciente ocorreu por não observância do prazo recursal (e-STJ fls. 270/272). O não conhecimento da revisão criminal se deu em virtude de não estarem presentes os requisitos do art. 621 do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 630/644) e, por fim, o *habeas corpus* impetrado 12 (doze) anos após o trânsito em julgado revela a preclusão até mesmo de eventuais nulidades absolutas (e-STJ fl. 777).

Nesse sentido:

> *Processual Penal*. Habeas corpus *substitutivo de recurso especial. Roubo majorado. Apelação não recebida. Exigência de recolhimento à prisão para apelar. Art. 594 do CPP. Deserção. Posterior revogação do mencionado dispositivo de lei*. Tempus regit actum. *Modificação de cunho processual. Irretroatividade. Norma considerada não recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal. Preclusão. Extemporaneidade. Questionamento quase sete anos depois*. Habeas corpus *não conhecido*. I – (...). V - Não se desconhece decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu por não recepcionados os revogados arts. 594 e 595 do CPP. *Contudo, igualmente firme o entendimento do próprio Excelso Pretório no sentido de que, passado longo tempo para se apontar a eventual nulidade (*in casu, *quase 7 anos), preclusa ela se revelará, em homenagem ao princípio da segurança jurídica*. Habeas corpus *não conhecido*. (HC 321.222/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23.02.2016, DJe 29.02.2016).

> *Processual Penal*. Habeas corpus *substitutivo de recurso. Homicídio qualificado. Sessão de julgamento do recurso em sentido estrito. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo. Alegação suscitada depois de quase 8 anos do trânsito em julgado. Preclusão. Nulidade afastada*. 1. 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, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Hipótese em que o defensor dativo foi intimado apenas pelo diário oficial da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito, conforme informações prestadas pelo Tribunal de origem. 3. *Somente depois de passados quase 8 anos do trânsito em julgado do acórdão atacado, a defesa suscitou a nulidade diretamente nesta Corte, o que revela a preclusão*. 4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 176.265/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02.02.2016, DJe 15.02.2016)

No mesmo sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crimes de roubo qualificado e sequestro (CP, arts. 157, § 2º, incisos I e II, e 148, *caput*). Intimação pessoal da Defensoria para a sessão de julgamento. Não ocorrência. Defensor público posteriormente intimado do resultado do julgamento e do respectivo acórdão. Inexistência de inconformismo da defesa. Alegação de nulidade por ausência de intimação aventada passados onze (11) anos do trânsito em julgado da decisão. Peculiaridade que afasta o reconhecimento da nulidade pretendida. Consumação da preclusão. Precedentes. Recurso não provido. 1. Embora se tenha entendido na Corte que a ausência de intimação pessoal do Defensor Público acarreta nulidade do ato processual, independentemente da demonstração de prejuízo, o caso apresenta particularidades que afastam o reconhecimento da nulidade pretendida. 2. No caso, a insurgência quanto à ausência de intimação pessoal do Defensor Público da sessão de julgamento pelo Tribunal de Justiça que veio a decretar a condenação do paciente, decorrente do recurso do Ministério Público, somente foi aventada onze (11) anos após o trânsito em julgado daquela decisão, da qual fora a defesa regularmente intimada. 3. No momento em que teve ciência inequívoca do acórdão que decidiu a apelação do Ministério Público, abriu-se para o Defensor Público a oportunidade de impugnar a decisão questionada. *Contudo, em estado de letargia, a defesa manteve-se inerte, somente o fazendo onze (11) anos após o trânsito em julgado da decisão. 4. À luz dessas circunstâncias, possibilitar que, agora, a defesa, depois de consentir com a decisão do Tribunal de Justiça no julgamento do apelo acusatório, questione a ausência de intimação é permitir que o processo se transforme em um instrumento de estratégias totalmente divorciado dos seus princípios básicos, que são a busca da verdade real e a aplicação do direito*. 5. Esta Corte tem posicionamento no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus* "em que a defesa aguarda o segundo julgamento do júri para, só então, diante do resultado desfavorável ao réu, argüir a nulidade da decisão que o mandou a novo júri" (HC n. 76.732/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 1º.9.2000). 6. Recurso não provido. (RHC 102.813, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 17.04.2012, Acórdão Eletrônico DJe-086 divulg 03.05.2012 public 04.05.2012)

Assim, incabível o conhecimento das mencionadas matérias.

De qualquer forma, mesmo nas matérias não passíveis de conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, é preciso lembrar alguns princípios e orientações pretorianas que evidenciam, por si só, a inexistência de teratologia ou ilegalidade gritante nos temas não apreciados pelas instâncias ordinárias, até em grau de revisão criminal:

a) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, assentou ser legítima a investigação realizada pelo Ministério Público (RHC 49.982/GO, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 09.03.2017, DJe 15.03.2017).

A respeito do assunto, recorde-se:

> Constitucional e Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Nulidade do procedimento investigatório. Prefeito. Autorização do Tribunal de Justiça para abertura das investigações preliminares. Desnecessidade. Ausência de previsão na Lei n. 8.038/1990. Exigência de sindicabilidade judicial apenas no recebimento da denúncia. Recurso desprovido.
>
> 1. *O procedimento investigatório criminal conta com previsão legal do art. 8º da Lei Complementar n. 75/1993, do art. 26 da Lei n. 8.625/1993, sendo regulamentado pela Resolução n. 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada pela Resolução n. 111/2014.*
>
> 2. *Os poderes investigatórios do Ministério Público são poderes implícitos, corolário da própria titularidade privativa do* Parquet *em promover a ação penal pública (Constituição da República, art. 129, I). Contudo, a Constituição, em seu art. 129, VIII, confere expressamente ao Ministério Público a atribuição de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito à autoridade policial, independentemente de sindicabilidade ou supervisão judicial.*
>
> 3. O art. 5º do Código de Processo Penal, em seus incisos I e II, dispõe que, nos crimes de ação penal pública, o inquérito será iniciado de ofício ou mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para o representar. Nesses termos, o próprio Ministério Público pode requisitar a instauração de inquérito policial, sem necessidade de prévia submissão do pleito ao Poder Judiciário, razão pela qual, na hipótese de procedimento investigatório criminal instaurado pelo próprio *Parquet*, não há se falar igualmente em pedido formal de autorização judicial.
>
> .....
>
> 7. Recurso desprovido.
>
> (RHC 77.518/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09.03.2017, DJe 17.03.2017)

Nessa linha de raciocínio, os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público, consoante firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal [...]. Consagrou-se, pois, a tese da constitucionalidade do procedimento investigatório criminal, igualmente no âmbito desta Corte a atribuição do Ministério Público para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal.

b) O exame das arguições de nulidades demandariam, a rigor, dilação probatória, providência incompatível com a natureza mandamental do *habeas corpus*. Além do mais, o princípio do *pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto à relativa*.

A propósito:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Apropriação de verbas públicas e falsidade ideológica. Nulidade da sentença condenatória. Ausência de comprovação do dolo do réu. Matéria não apreciada no *writ* impetrado na origem. *Mandamus* substitutivo de apelação. *Necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória*. Coação ilegal inexistente.
>
> 1. A alegada nulidade da sentença condenatória proferida em desfavor do recorrente não foi alvo de deliberação pela Corte de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.
>
> 2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade na extinção do *mandamus* originário, pois este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis e à revisão criminal. Precedentes.
>
> 3. *A desconstituição do édito repressivo é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória*.
>
> 4. Recurso desprovido.
>
> (RHC 78.618/MT, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07.03.2017, DJe 15.03.2017).

> Criminal. Recurso ordinário constitucional. Tráfico de drogas. Nulidade do flagrante. Inexistência de mandado de busca e apreensão. Alegação inviável

> na via eleita. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Sentença condenatória proferida. Novo título a respaldar a custódia. Questão superada. Apelo em liberdade. Alegação não apreciada na Corte de origem. Supressão de instância. Recurso desprovido.
>
> I. A análise de eventual nulidade na prisão em flagrante da acusada é inviável na via eleita, por demandar o cotejo de matéria fático-probatória, pois, apesar de a defesa reclamar da inexistência de mandado de busca e apreensão, a própria denúncia descreve os fatos noticiando que a entrada dos policiais na residência da ré foi por ela mesma franqueada.
>
> .....
>
> III. Se apesar de ter feito menção à decisão condenatória, a Corte Estadual deixou de analisar a possibilidade de a paciente aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação, sequer tendo tratado efetivamente da justificativa para sua segregação cautelar, resta configurada a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para o seu exame, sob pena de indevida supressão de instância.
>
> IV. Recurso desprovido.
>
> (RHC 28.802/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 02.08.2011, DJe 17.08.2011

> *(...) A jurisprudência tanto desta Corte como do col. Pretório Excelso possui firme entendimento no sentido de que a não observância da ordem para oitiva de testemunhas prevista no CPP constitui nulidade relativa, que somente pode ser anulada em caso de demonstração do efetivo prejuízo* (pas de nullité sans grief), *o que não ocorreu na hipótese (precedentes).* (HC 345.034/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21.03.2017, DJe 29.03.2017).

> (...) Para o reconhecimento de vício causador de anulação de ato processual, é exigida a existência de prejuízo, *mesmo que seja a hipótese de nulidade absoluta*, em respeito ao princípio da economia processual. Precedentes (...) - AgInt no REsp 1.497.185/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 30.03.2017.

c) *Ampla defesa e Contraditório*. Consoante pontuou o MPF, *o prazo para a indicação das testemunhas para serem ouvidas pela defesa é a defesa prévia, o que foi providenciado pelo primeiro defensor do paciente. Não constitui, portanto, violação ao princípio da ampla defesa o indeferimento fundamentado da oitiva de testemunhas adicionais, pleiteadas em momento posterior*.

Confiram-se, a propósito:

> O indeferimento de produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e

> das provas, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal (HC 180.249/SP, Rel. Min. *Marco Aurélio Bellizze*, Quinta Turma, DJe 04.12.2012),.
>
> O parágrafo 1º do artigo 400 do Código de Processo Penal confere ao magistrado a condição de destinatário final das provas e, pelo princípio do livre convencimento motivado, pode indeferir de forma fundamentada as providências que considere protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, não estando obrigado a realizar outras provas quando já se encontra suficientemente instruído diante dos elementos probatórios existentes. (AgRg no REsp 1.580.693/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 05.04.2016, DJe 15.04.2016).

Nessa trilha, *sem embargos acerca do amplo direito à produção das provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes* (HC 306.487/MG, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, julgado em 28.03.2017, DJe 05.04.2017). Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida *no momento oportuno (*RHC 77.091/CE, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 16.02.2017, DJe 22.02.2017).

d) Consoante a jurisprudência desta Corte, o critério a ser utilizado para a definição da competência para julgamento do delito de falso "define-se em razão da entidade, ou do órgão ao qual foi apresentada, porquanto são estes quem efetivamente sofrem os prejuízos em seus bens ou serviço" (CC 148.592/RJ, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Terceira Seção*, julgado em 08.02.2017, DJe 13.02.2017).

No mesmo sentido:

> Agravo regimental em agravo regimental. Recurso especial. Direito Penal e Processual Penal. Arts. 297 e 304, do CP. Falsificação de documento público. Diploma universitário falsificado. Uso de documento falso praticado pelo próprio autor da falsificação perante órgão estadual. Ante *factum* impunível. Competência definida de acordo com a qualificação da entidade lesada com a conduta. Indiferente a natureza jurídica do órgão expedidor do documento falsificado. Competência da Justiça Estadual *in casu*. Súmula n. 546/STJ.
>
> 1. *A competência no caso de uso de documento falso é definida de acordo com a qualificação da entidade lesada com a conduta, sendo indiferente a natureza jurídica do órgão expedidor do documento.*

> *2. Aplicável à espécie o disposto na Súmula n. 546/STJ: A competência para processar e julgar o crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou órgão ao qual foi apresentado o documento público, não importando a qualificação do órgão expedidor.*
>
> 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.
>
> 4. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no AgRg no REsp 1.561.403/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 02.06.2016, DJe 16.06.2016).

Aprecio, a seguir, as questões que foram examinadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, para análise de eventual constrangimento ilegal.

No que concerne à incompetência do juiz de São Luís/MA, que expediu o mandado de busca e apreensão domiciliar para ser executado em Paço do Limiar/MA, bem como decretou a prisão cautelar do paciente, considerou a Corte local que referida irresignação precluiu, porquanto não alegada em defesa prévia. Cuidando-se de incompetência relativa, convalidou-se. Igualmente, considerou não se verificar violação do princípio do juiz natural, porquanto não se instituiu juízo de exceção (e-STJ fls. 226/227).

Como é cediço, "as regras do princípio do Juiz Natural dizem respeito tão-somente às determinações constitucionais acerca da jurisdição brasileira, *e não às infraconstitucionais, como é o caso da competência territorial*, não havendo, portanto, o que se falar em ofensa ao art. 5º, LIII, da CF/1988 quando eventualmente inobservada essa norma". Ademais, "a incompetência *ratione loci* constitui nulidade relativa, dependendo de alegação oportuna, nos moldes do art. 108 do CPP. Não sendo oposta a exceção de incompetência na forma e momento processual oportunos, ocorre a preclusão, prorrogando-se, via de consequência, a competência do Juízo pela prevenção" (HC 108.869/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02.06.2009, DJe 03.08.2009).

No mesmo sentido:

> *Agravo regimental no agravo em recurso especial. Fundamentos da decisão que negou seguimento ao recurso especial, a respeito da violação do art. 222 do CPP e do princípio do* ne bis in idem, *não combatidos. Incidência da Súmula n. 182 do STJ. Incompetência. Preclusão. Dissídio jurisprudencial. Julgado proferido em* habeas corpus. *Paradigma. Impossibilidade. Agravo não provido.* 1. Verificado que o agravante deixou de impugnar as causas específicas de inadmissão do recurso

especial, em relação à suscitada violação do art. 222 do Código de Processo Penal e do princípio do *ne bis in idem*, incide o enunciado na Súmula n. 182 do STJ. 2. *A respeito da alegada incompetência territorial, o acórdão impugnado está de acordo com a jurisprudência assente desta Corte Superior, ao entender que a competência em razão do lugar da consumação do crime é relativa e preclui se não arguída a tempo e modo próprios*. 3. O recurso especial não pode ser conhecido sob a alínea "c" do permissivo constitucional, pois o aresto colacionado como paradigma foi proferido em *habeas corpus*. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 146.568/PB, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20.08.2015, DJe 08.09.2015).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Falsidade ideológica e quadrilha. Competência *ratione loci*. Relatividade. Prévio *writ* não conhecido quanto ao ponto. Supressão. Falta de arguição no momento oportuno. Preclusão. 1. *A alegada incompetência do Juízo de primeiro grau não foi apreciada pelo Tribunal* a quo, *que não conheceu o prévio* writ *quanto ao ponto, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tema, sob pena de atuar em indevida supressão de instância. 2. Ademais, a nulidade em razão da competência* ratione loci *é relativa e, conforme ressaltou a autoridade recorrida, a inércia da defesa foi responsável pela fulminação da pretensão ora deduzida, tendo em vista ter sido abarcada pelo instituto da preclusão.* Ilegalidade das provas utilizadas para embasar a denúncia. Elementos de convicção colhidos pelo Ministério Público em procedimento investigatório. Atuação de acordo com as atribuições incumbidas legal e constitucionalmente ao *parquet*. Ilegalidade. Inocorrência. Recurso improvido. 1. De acordo com entendimento consolidado em ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, amparado na jurisprudência do Pretório Excelso, ainda que não se permita ao Ministério Público a condução do inquérito policial propriamente dito, e tendo em vista o caráter meramente informativo de tal peça, não há vedação legal para que o *parquet* proceda a investigações e colheita de provas para a formação da *opinio delicti*. 2. Assim, não se constata ilegalidade nas provas colhidas por membros do Ministério Público que, em conjunto com aquelas produzidas por integrantes da Polícia Rodoviária Federal e da Polícia Civil do Estado de São Paulo, embasaram o oferecimento de denúncia contra os recorrentes. 3. Recurso improvido. (RHC 31.467/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13.08.2013, DJe 23.08.2013).

Criminal. HC. Estelionato. Nulidades. Citação por edital. Validade. Meios possíveis esgotados. Diligências determinadas. Comunicação de mudança de endereço. Ônus do réu. Ausência de intimação do patrono constituído pelo réu. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Alegação de inexistência de defesa técnica do paciente. Improcedência. Assistência integral de defensor público. Art. 563 do CPP e Súm. 523/STF. Incompetência ratione loci *do juízo. Nulidade relativa. Preclusão. Irregularidades no laudo pericial. Ilegalidade não-demonstrada de pronto. Impropriedade do meio*

> *eleito. Ordem denegada*. (...). *A incompetência territorial constitui-se em nulidade relativa, sendo impróprio o reconhecimento de qualquer vício, se não suscitado em tempo oportuno - antes de proferida a sentença - e se ausente a demonstração de prejuízo à defesa*. O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a apontada nulidade no laudo pericial, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade. Ordem denegada. (HC 17.571/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19.03.2002, DJ 22.04.2002)

Dessa maneira, eventual irregularidade quanto à competência territorial do Juiz de Direito que expediu o mandado de busca e apreensão e decretou a prisão cautelar em desfavor do paciente se convalidou em virtude da ausência de impugnação no momento oportuno. Reitero que a competência territorial é relativa e não absoluta, como pretende o impetrante, motivo pelo qual deve ser impugnada pelo meio adequado e no momento apropriado, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Quanto à incomunicabilidade do paciente, afirmou a Corte local que a medida extrema foi decretada com o objetivo de que o investigado (à época) não prejudicasse a busca da verdade dos fatos, evitando que exercesse influência sobre as principais testemunhas e sobre as vítimas. Registrou-se, expressamente, que "*a incomunicabilidade não alcançava o direito do apelante entrevistar-se com seu advogado, exatamente como fixado no parágrafo único do art. 21 do CPP*" (e-STJ fl. 227).

No ponto, esclareço, em um primeiro momento, que a incomunicabilidade do paciente foi decretada pelo Magistrado, a pedido do Ministério Público, em 9.4.1999, consignando-se que deveria "permanecer provisoriamente incomunicável, o que implica, inclusive, na proibição de utilização de telefone celular, *resguardado apenas o direito de visita do seu advogado*" (e-STJ fl. 157). Referida situação foi desconstituída em 23.4.1999, liberando-se a visitação ao paciente (e-STJ fl. 158).

No que concerne à incomunicabilidade propriamente dita, tem-se que o art. 21 do Código de Processo Penal a autoriza, nos seguintes termos: "a incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir". Contudo, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, passou a prevalecer o entendimento de que referida norma não foi recepcionada.

Conforme elucida a doutrina:

> A marca da incomunicabilidade era o interesse público e a eficiência investigativa, permitindo-se que o investigado tivesse o cerceamento momentâneo de comunicação e contato com terceiros (lapso de três dias). Como denota o parágrafo único do artigo em comento, a incomunicabilidade dependia de deliberação judicial, e não impedia que o advogado tivesse acesso ao indiciado, de forma que a incomunicabilidade absoluta era nitidamente vedada. Todavia, com o advento da Constituição Federal, resta reconhecer que a incomunicabilidade não foi recepcionada. Isso porque a CF não admite a incomunicabilidade nem mesmo durante o estado de defesa, o que torna o instituto absolutamente incompatível no período atual de normalidade (art. 136, § 3º, IV, CF). Nem mesmo os presos submetidos ao RDD (regime disciplinar diferenciado) estão incomunicáveis, por clara impossibilidade constitucional.
>
> Em sentido contrário, porém minoritário, sendo partidário da subsistência da incomunicabilidade, temos Damásio Evangelista de Jesus, sob o argumento de que a Constituição teria feito vedação apenas durante o estado de defesa, e mesmo assim por delitos contra o Estado, de feição nitidamente política. (TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. Código de Processo Penal para concursos. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. p. 49).

Mostra-se questionável, portanto, a decisão que decretou a incomunicabilidade do paciente, uma vez que se considera o art. 21 do Código de Processo Penal não recepcionado pela Constituição Federal. Todavia, não é possível afirmar, pelo que consta dos autos, que o paciente foi privado de ter contato com seus advogados, tendo-se observado, portanto, seu direito à ampla defesa.

Assim, eventual nulidade do ato de incomunicabilidade, depois de passados 18 (dezoito) anos, não tem qualquer utilidade, uma vez que o ato impugnado já produziu seus efeitos concretos de tornar o paciente incomunicável e se exauriu. Outrossim, referida situação ocorreu antes do início da ação penal e, como é cediço, "*eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não contaminam a ação penal*" (HC 232.674/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 10.4.2013).

No mesmo diapasão:

> Habeas corpus *substitutivo de recurso próprio. Restrição das hipóteses de cabimento. Nova orientação desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Duplo homicídio qualificado. Nulidade no interrogatório. Tema não debatido no acórdão impugnado. Supressão de instância. Nulidade na fase inquisitorial que*

anula ação penal. Writ *não conhecido*. 1. O atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não deve ser conhecido o *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Nada impede, contudo, que se verifique a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de *habeas corpus* de ofício, notadamente porque a impetração é anterior à referida mudança jurisprudencial. 2. A alegação de nulidade ocorrida durante a realização do interrogatório na fase policial, além de se tratar de nulidade relativa, não foi submetida ou analisada no acórdão atacado, circunstância que impede a manifestação desta Corte Superior sobre o tema, vedada a supressão de instância. *3. Ainda que superado o mencionado óbice, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que eventuais nulidades ocorridas na fase inquisitorial não implicam, necessariamente, em nulidade da ação penal, uma vez que toda prova deverá ser renovada na fase judicial*. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 209.360/ES, Relator Ministro *Joel Ilan Paciornik*, Quinta Turma, julgado em 26.04.2016, DJe 04.05.2016).

Penal. Processual Penal. Habeas corpus. *Art. 157, § 2º, I, II e IV do Código Penal*. Writ *substitutivo de revisão criminal. Via inadequada. Inquérito policial. Confissão. Ausência do advogado no ato. Direito ao silêncio e à preservação da integridade física. Nulidade. Não ocorrência. Regime inicial fechado. Pena-base. Mínimo legal. Réu primário. Direito ao regime menos severo. Súmulas 718 e 719 do STF e Súmula n. 440 do STJ. Flagrante ilegalidade. Não conhecimento. Ordem de ofício*. 1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento. *2. Apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial, não se pode perder de vista que o suspeito, investigado ou indiciado possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre os quais o direito ao silêncio, à preservação de sua integridade física e o de ser assistido por advogado*. 3. *In casu*, consta do Auto de Prisão em Flagrante e do Termo de Interrogatório que o então investigado, ora paciente, foi cientificado de seu direito de permanecer em silêncio e de ter assistência de um advogado, não tendo se manifestado pela presença do profissional para acompanhar o ato. Não pode querer, agora, anular a confissão obtida naquele momento sob o argumento de que seu patrono não foi intimado para o interrogatório. Ademais, não restou demonstrada violação a sua integridade física, matéria que demandaria uma amplitude de cognição incompatível com o veio restrito e mandamental do *habeas corpus*, além de não ter sido discutida à exaustão nas instâncias precedentes, a evidenciar supressão de instância. *4. "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme na compreensão de que eventuais nulidades ocorridas na fase inquisitorial não têm o condão de tornar nula a ação penal" (REsp 332.172/ES, Rel. Ministro* ***Hamilton Carvalhido****,* ***Sexta Turma****, julgado em 24.05.2007, DJe 04.08.2008)*. 5. Não prospera a alegação segundo a qual a condenação estaria arrimada exclusivamente em elementos de informação colhidos na fase inquisitorial. Da simples leitura do ato, constata-se que a sentença lastrou-se em outros elementos de prova, em especial no

> refazimento de toda prova de cunho pessoal promovida na fase administrativa. Qualquer incursão além deste ponto sobre o acervo carreado aos autos resultaria em revolvimento do contexto fático-probatório, inviável na via do *habeas corpus*. 6. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 deste Superior Tribunal de Justiça. *In casu*, é evidente a ilegalidade, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal, a sanção é inferior a 8 anos, o paciente é primário e a motivação apresentada pelo Tribunal não se presta à fixação de regime mais gravoso, porquanto amparada apenas na gravidade abstrata do crime. 7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto. (HC 342.000/SP, Relatora Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 23.02.2016, DJe 02.03.2016).

Assim, embora seja assente o entendimento no sentido de que no inquérito policial devem ser respeitados os direitos fundamentais do acusado, é firme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, dada sua natureza pré-processual, eventuais nulidades ocorridas na fase inquisitorial não maculam, por si só, a ação penal correspondente.

Ressalte-se, outrossim, que sequer há nos autos comprovação de que o paciente deixou de ter acesso aos seus advogados durante o período de incomunicabilidade, não tendo o impetrante, assim, se desincumbido de comprovar referida alegação. Na verdade, *a Corte de origem assentou de forma expressa que a incomunicabilidade não alcançou o direito de se entrevistar com advogado*.

Dessarte, não havendo nada nos autos que demonstre o contrário, tem-se que a falta de documento que possibilite a análise da suscitada ilegalidade inviabiliza o prosseguimento do presente *mandamus*, o qual pressupõe, necessariamente, a existência de prova pré-constituída. Dessa forma, fica impossibilitada, no tópico, a aferição de eventual constrangimento ilegal.

A propósito:

> *Processual Penal*. Habeas corpus. *Instrução deficiente. Não conhecimento. Petição impugnativa. Agravo regimental. Desprovimento*. 1. *Em sede de* habeas corpus *a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao impetrante apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado*. 2. Considerando que a petição apresentada pelos impetrantes dentro do prazo recursal da decisão que não conheceu do *writ* por deficiência na sua instrução tem por objetivo ementar a inicial e juntar documentos, deve ela ser recebida como agravo regimental, em prestígio aos princípios da fungibilidade recursal

> e da celeridade processual. 3. No caso dos autos, *verifica-se que o feito não foi instruído com documentos aptos a demonstrar o constrangimento ilegal ao qual o paciente estaria sendo submetido,* mais especificamente com a cópia do inquérito policial militar que se busca trancar e as cópias das decisões proferidas no âmbito do *habeas corpus* impetrado junto ao Tribunal *a quo*. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 320.032/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18.08.2015, DJe 1º.09.2015).

Por fim, reitero que os questionamentos expostos no presente *mandamus* se referem a ação penal iniciada no ano de 1999, cuja sentença condenatória transitou em julgado em 2004. Dessa forma, até mesmo eventual nulidade absoluta que possa ter-se verificado em tão longínqua data já não tem mais o condão de repercutir sobre a realidade processual dos autos, encontrando-se a alegação não apenas preclusa, mas, principalmente, acobertada pelo manto da coisa julgada.

No ponto, firme é o entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, passado longo tempo para se apontar a eventual nulidade (no caso, aproximadamente 18 anos), preclusa ela se revela, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da coisa julgada (HC 321.222/SP, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 23.02.2016, DJe 29.02.2016 e RHC 102.813, Relator(a): Min. *Dias Toffoli*, Primeira Turma, julgado em 17.04.2012, Acórdão Eletrônico DJe-086 divulg 03.05.2012 public 04.05.2012).

Ante o exposto, *não conheço* do *mandamus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 368.510-TO (2016/0222355-3)

Relator: Ministro Jorge Mussi
Impetrante: Wendel Araujo de Oliveira
Advogado: Wendel Araújo de Oliveira - TO005233
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins
Paciente: Elza da Silva Leite (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário. Impossibilidade. Associação para o narcotráfico. Lavagem de dinheiro. Falsidade ideológica. Prisão preventiva. Superveniência de condenação. Ingresso do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil como assistente no *mandamus*. Impossibilidade de intervenção de terceiros no remédio constitucional. Processo de índole subjetiva.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Este Superior Tribunal de Justiça e a Excelsa Corte reiteradamente vêm decidindo que, salvo nos casos de ação penal privada, é vedada a intervenção de terceiros no *habeas corpus*, por se tratar de ação constitucional que se reserva às hipóteses em que alguém é vítima de constrangimento ilegal ou de abuso de autoridade, assim como nas que se acha na iminência de sofrê-lo quanto à liberdade de ir e vir.

3. No caso dos autos, conquanto o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil afirme possuir interesse direto na solução do presente *mandamus*, o certo é que se trata de ação que objetiva garantir a liberdade de locomoção da paciente, o que impede o seu ingresso na demanda.

Segregação fundada no art. 312 do CPP. Condições pessoais favoráveis. Substituição por prisão domiciliar. Filho com idade inferior a 12 anos. Art. 318, V, do CPP. Estatuto da Primeira Infância. Proteção da família e da criança. Excepcionalidade da situação evidenciada. Ordem concedida de ofício.

1. A Assembléia Geral da ONU, em dezembro de 2010, em complementação às regras para o tratamento do preso e elaboração de medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio), aprovou as normas mínimas para o tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei (Regras de Bangkok), ao reconhecer que, diante das necessidades específicas

das mulheres, o Estado deve observar a equidade de acordo com as peculiaridades da situação.

2. Com o advento da Lei n. 13.257/2016, foi incluído o inciso V no art. 318 do Código de Processo Penal, que permitiu ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando a agente for: mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

3. A previsão insculpida na lei reformadora do art. 318 do Código de Processo Penal não é de caráter puramente objetivo e automático, cabendo ao magistrado avaliar o acervo probatório com relação à situação da criança e, ainda, da adequação da medida à clausulada.

4. A excepcionalidade da situação em que comprovadamente se encontra a paciente e sua filha, uma criança com três anos de idade, justifica que, por razões humanitárias, nos termos do Estatuto da Primeira Infância, conjugado com os vetores constitucionais que impõem ao Estado a proteção da família e a colocação de crianças a salvo de toda forma de opressão, pelo bem da criança que merece os cuidados da mãe em situação mais favorável do que aquela apresentada no cárcere, ressalvando, ainda, que a ré é detentora de condições pessoais favoráveis, permitem que ela aguarde em prisão domiciliar cautelar o trânsito em julgado da condenação sofrida.

5. A violação das regras da prisão domiciliar enseja o restabelecimento da constrição preventiva, assim como poderá ser novamente ordenada se sobrevier fato novo ou situação que exija a sua imposição.

Advogada em situação ativa. Direito de ser encarcerada provisoriamente em sala de Estado-Maior. Prerrogativa profissional. Insurgência prejudicada.

1. Diante da concessão da prisão domiciliar à paciente fica prejudicada a insurgência que alega violação aos direitos da advogada devidamente inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, previstos no art. 7º, V, do Estatuto da OAB.

2. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor da paciente em domiciliar, mediante o cumprimento de condições estabelecidas, até o exaurimento do julgamento pelas instâncias ordinárias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de maio de 2017 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 18.5.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Cuida-se *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de *Elza da Silva Leite* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que denegou a ordem nos autos do *Writ* n. 0011567-45.2016.8.27.0000, mantendo a segregação cautelar da paciente nos autos da ação penal a que foi denunciada pela prática dos delitos previstos no art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/1998 e art. 299, *caput*, do Código Penal, em concurso material.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a paciente foi presa preventivamente em 21.6.2016 e que, sendo advogada regularmente inscrita na OAB/TO, deveria estar segregada em Sala de Estado-Maior, como previsto no art. 7º, V, da Lei n. 8.906/1994, situação diversa a que se encontra no momento.

Assevera que a paciente é primária, com bons antecedentes, residência fixa e profissão definida, e que na falta de instalações carcerárias adequadas ao preconizado no Estatuto da OAB, deveria lhe ser deferida prisão domiciliar.

Enfatiza que a custodiada possui filho com 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses, acometido de trauma familiar interno, situação que, também, permite a prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso III, do CPP.

Pondera que é dever estatal oferecer à criança de até 7 (sete) anos de idade o direito de permanecer junto com sua genitora.

Requereu, liminarmente e no mérito, a conversão da prisão preventiva em domiciliar.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, foram devidamente prestadas (e-STJ fls. 106-300).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requereu o ingresso no feito na condição de assistente simples, aduzindo, em síntese, ser detentor de interesse jurídico no pleito formulado na impetração, porque a matéria em discussão trata de prerrogativa profissional, em razão de a Lei n. 8.906/1994 conferir ao advogado o direito de acomodação em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades que não atentem contra a dignidade da profissão.

Defende que o Comando Geral da Polícia Militar do Estado do Tocantins, por meio do ofício acostado à e-STJ fl. 67, declara que inexiste Sala de Estado-Maior naquela unidade da Federação.

Enfatiza que a paciente é mãe de criança menor de três anos de idade, sendo ela imprescindível ao cuidados da infante, e que, em razão do inciso V, do art. 318, do Código de Processo Penal, que passou a vigorar em março de 2016, há, ainda, mais uma razão para o deferimento da prisão domiciliar, em razão da situação se enquadrar na previsão legal de ser a clausulada mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. pugnando pelo reconhecimento da impossibilidade de responsabilização de advogado pelo conteúdo de parecer jurídicoou o recebimento da petição na forma de memorial.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): De se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou a ser adotado pelo Superior

Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por esta Corte Superior de Justiça.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que a paciente foi denunciada pela prática delitos previstos no art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/1998 e art. 299, *caput*, do Código Penal, em concurso material.

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

> I - Do Crime de Lavagem de Capitais
>
> Consta do incluso inquérito policial que, desde meados do mês de julho de 2015 até o dia 20 de junho de 2016, a primeira denunciada, Elza da Silva Leite, visando ocultar e dissimular a utilização de bens e valores provenientes de infração penal, recebeu, guardou, negociou e transferiu moedas estrangeiras que sabia ser proveniente do crime de roubo.
>
> Segundo se apurou, no dia 06 de julho de 2015, ocorreu um roubo, com restrição de liberdade das vítimas, a uma casa de câmbio localizada no Município de Anápolis/GO, conforme demonstra o boletim de ocorrência registrado no 2º Distrito Policial de Anápolis/GO, oportunidade em que foram subtraídos 16.500,00 pesos argentinos, 15.000,00 ienes, 9.383,00 dólares, 6.245,00 seis mil duzentos e quarenta e cinco euros, 430,00 libras esterlinas e 350,00 dólares australianos.
>
> Ainda de acordo com as investigações, parte desse dinheiro foi entregue a primeira denunciada, Elza da Silva Leite, a qual, sabendo de sua origem ilícita, negociou com diversas pessoas nesta Comarca de Araguaína/TO, auferindo lucro, conforme apurado nas interceptações telefônicas judicialmente autorizadas.
>
> [...]
>
> Ainda de acordo com o caderno administrativo investigatório, a acusada Elza tinha pleno conhecimento da origem ilícita das moedas estrangeiras, fato confirmado por Sormany Perreira Aires Leal, o qual foi ouvido em depoimento prestado perante o Delegado de Polícia titular da DEIC, no dia 28 de dezembro de 2015.

II - Do Crime de Falsidade Ideológica

Consta do incluso inquérito policial que, nos dias 24 de novembro de 2015, 24 de julho de 2015, 15 de abril de 2015, 02 de dezembro de 2014 e 02 de junho de 2014, as acusadas Elza Soares Leite e Nilciane Alves de Sousa inseriram declarações falsas da que deviam ser escritas, com o fim de criar obrigação em benefício de presos ergastulados na Unidade de Tratamento Penal Barra da Grota - UTPBG, bem como suas supostas companheiras.

[...]

Por fim, ressalto que a primeira denunciada arrolava nas declarações falsas pessoas que nada sabiam sobre o relacionamento dos reeducandos, a exemplo da denunciada Nilciane Alves de Sousa, sua cunhada, Maria Neuza da Silva Leite, sua mãe, dentre outras.

Ressalto que a denunciada Nilciane Alves de Sousa trabalhava no escritório da denunciada Elza, ficando responsável por providenciar toda a documentação necessária para a elaboração das certidões, a exemplo de comprovantes de residência falsos, bem como era responsável por indicar testemunhas que nada sabiam sobre o fato.

III - Do Crime de Associação para o Tráfico

Entre os meses de julho a setembro de 2015, os denunciados associarem-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas.

Segundo se apurou, a denunciada Elza da Silva Leite transferiu dinheiro a denunciada Mirisllany da Silva Veras, a pedido do denunciado Jardiel dos Santos Lopes, para se deslocar a Palmas. Tal quantia serviria para custear suas despesas com locomoção e alimentação. Em Palmas, Mirisllanny adquiriu aproximadamente 05 (cinco) quilos de maconha para o denunciado José Adeluzio da Silva Maciel, sendo que, no dia 30 de julho de 2015, foi presa em flagrante pela Polícia Civil no momento em que transportava o estupefaciente na rota Palmas/Araguaína.

No dia 15 de agosto de 2015, o denunciado Eliosmar Alves Rabelo, que atualmente se encontra preso na UTPBG, determinou que Elza ficasse com seu cartão magnético da Caixa Econômica Federal a fim de que movimentasse valores auferidos com a traficância de drogas. No dia 16 de agosto de 2015, Eliosmar determinou que Elza repasse o cartão magnético para a sogra daquele, pois, segundo informações obtidas na interceptação telefônica, este seria o único jeito do ergastulado continuar praticando o tráfico de drogas.

No dia 26 de agosto de 2015, Elza recebe a determinação para sacar a importância de R$ 400,00 (quatrocentos reais) da conta-corrente de Eliosmar e entregá-la a denunciada Marciana Rodrigues de Sousa, sua companheira, bem como transferir outros R$ 550,00 (quinhentos e cinqüenta reais) para a conta-corrente de dois "amigos". Ressalto que dia 15 de agosto de 2015, a acusada

> Marciana fora presa quando tinha em depósito, em sua casa, a quantidade de 2,6 quilos de maconha e 1,2 quilo de crack, além de objetos como celulares, serras, fone de ouvido que seriam encaminhados à UTPBG (e-STJ fls. 33 a 37).

Verifica-se que o Magistrado Singular, atendendo a representação da Autoridade Policial, com a anuência do órgão ministerial, considerando as interceptações telefônicas, depoimentos e documentos, até então colhidos pela investigação policial, entendeu prisão necessária para resguardar a ordem pública, diante da gravidade efetiva dos delitos, relatando que, em "09.07.2015, a Investigada Elza começa a oferecer em Araguaína/TO moedas estrangeiras, na seguinte quantidade: 4.100 (quatro mil e cem pesos), U$ 2.290 (dois mil e duzentos e noventa dólares), €1.600 (hum mil e seiscentos euros) e £120 (cento e vinte libras esterlinas). Em 10.07.2015, a Investigada Representada Elza comenta com Renato Bruno do Amaral, seu companheiro, que auferiou um lucro de R$ 1.000,00 (hum mil reais) com a venda das moedas estrangeiras" (e-STJ fls. 47-48).

Continuou, assentando que "pelas ligações que não se trata as moedas estrangeiras de um pagamento recebido pela Investigada/Representada Elza por seus serviços advocatícios, e sim de mera lavagem do capital, onde ela transforma a moeda estrangeira, roubada de uma casa de câmbio em Anápolis/GO, conforme documentação, em moeda nacional, auferindo lucro com essa atividade. Em mensagens de texto interceptadas no telefone da Investigada/Representada Elza, a Investigada/Representada Mirisllany envia mensagens com o numero de uma conta poupança, e msg cobrando daquela o deposito de valores em uma conta poupança, argumentando que precisaria informar o Investigado/Representado Jardiel. integrante do crime organizado (Comando Vermelho) no Estado do Tocantins" (e-STJ fl. 48).

O Togado ponderou, "qual razão a Investigada/Representada Elza, advogada, teria que depositar dinheiro em conta bancária de criminosos e não o inverso? É a caracterização de indícios de autoria da Representada Elza no crime de associação para o tráfico, juntamente com os Representados Jardiel e Mirisllany, os dois últimos, por sinal, encontram-se presos pelo delito de tráfico de drogas. Em uma das remessas de dinheiro de Elza para Mirisllany, esta última, foi até a Cidade de Palmas/TO adquirir drogas quando, posteriormente, na posse de 05(cinco) tabletes de maconha, retornando para Araguaina/TO, foi detida. Essa droga seria destinada ao Reeducando da UTPBG José Adeluzio, possível integrante do Comando Vermelho" (e-STJ fl. 48).

Asseverou, ainda, que, quanto ao "crime de falsidade ideológica com indícios de autoria apontando para as Investigadas/Representadas Elza e Nilciane, a partir do instante que elas, cobrando o valor de R$ 150,00 (cento e cinqüenta) reais, promovem a entrada de mulheres no presídio, alegando serem companheiras dos reeducandos, forjando a comprovação de união estável entre detentos e quaisquer mulheres indicadas por estes. As testemunhas arroladas para a caracterização da união estável, sequer sabiam dos fatos, dentre elas, a própria genitora da Investigada/Representada Elza" (e-STJ fl. 50).

O Juiz processante afastou a possibilidade de substituição da medida extrema por alternativas mais brandas, já que "pelas razões acima discorridas, as medidas cautelares de "meio aberto" previstas no art. 319 do CPP não seriam adequadas e suficientes para, no presente caso, restabelecerem a ordem pública, impedindo a reiteração de atos como o aqui noticiado, tampouco, como será melhor explicitado, a garantia da instrução processual" (e-STJ fl. 51).

Concluiu que a prisão *ante tempus* estava calcada em elementos concretos, pois "a maioria dos representados mesmo respondendo a processos ou possuindo condenações anteriores, de dentro da UTPBG e de outros presídios do Estado do Tocantins, comandam o crime organizado. O que falar da Advogada e Investigada/Representada Elza que, utilização do próprio múnus constitucional para camuflar a prática de crimes, evidenciando, assim, uma periculosidade elevada" (e-STJ fl. 52).

Por fim, consignou-se que a custódia processual, também, encontrava respaldo no conveniência da instrução criminal, porquanto "os demais Investigados/Representados com pedido de prisão preventiva, caso permaneçam em liberdade, implicará necessariamente em um fato impeditivo da regular realização da instrução criminal, isso porque em observância do Inquérito Policial, mais precisamente no relatório final, está caracterizado, preliminarmente, que eles têm interesse na morte do Diretor da Unidade de Tratamento Penal Barra da Grota, Sr. Jean Carlos" (e-STJ fl. 56).

A Corte de Origem, apreciando pedido de *habeas corpus* lá aforado antes da prolatação da sentença condenatória, denegou a ordem, ao argumento de que a paciente encontrava-se em cela especial individual, que cumpre a função da Sala de Estado-Maior, porque "em relação ao ambiente onde atualmente a requerente está alocada, verifico tratar-se de uma cela da unidade do 2º Batalhão da Polícia Militar em Araguaina, a qual, segundo ofício acoplado no evento 1, está em perfeitas condições de higiene, pois foi recentemente reformada, e conta

com a área de 4,30mx2,30m e 4,40m de altura, com grades que permitem a ventilação do ambiente. As fotos juntadas pela requerente também demonstram que o alojamento é individual e conta com banheiro privativo" (e-STJ fl. 77).

Acrescentou que encontrava-se a "custodiada em ambiente seguro e privativo do 2º BPM, que é o centro de operações da Polícia Militar em Araguaína. Referido local, como dito, foi recentemente reformado, está guarnecido com banheiro exclusivo e é mantido em condições de perfeita higiene. Ali, a requerente não tem contato com presos e nem é submetida a qualquer forma de tratamento vexatório. Logo, cuidando-se de custódia no 2º BPM, não entendo que o simples fato de estar recolhida em "cela trancada por cadeado" esteja a ultrajar sua dignidade e a dignidade de sua classe, pois as condições deste ambiente estão em plena assonância às exigências mínimas sedimentadas no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores" (e-STJ fls. 78-79).

Quanto ao pleito da prisão domiciliar em razão de a clausulada ser genitora de uma criança menor de 3 (três) anos de idade, o Colegiado Estadual, também, não vislumbrou a possibilidade de conversão, já que "simples fato de a paciente ter uma filha menor de 06 (seis) anos não lhe assegura o direito de ficar recolhida em sua residência em prisão domiciliar, de modo que é necessário demonstrara sua imprescindibilidade aos cuidados da criança" (e-STJ fl. 83).

De arremate, exarou-se no acórdão impugnado que como "a ausência materna vem sendo aparentemente suprida pela avó, não resta demonstrada a imprescindibilidade da presença da paciente" (e-STJ fl. 84).

Consoante informações obtidas na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (*http://www.tjto.jus.br*), verifica-se que, *em 16.3.2017*, sobreveio sentença nos autos da ação penal em questão condenando a paciente como incursa nas penas do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/1998 e art. 299, *caput*, do Código Penal, em concurso material, à 18 (dezoito) anos de reclusão, *em regime inicial fechado*, mais multa, oportunidade em que lhe foi negado o direito de recorrer solta, "a repercussão social e a maneira pela qual foi realizado o crime, facilmente verificadas na espécie, provocam protestos e consternação, denotando assim, a necessidade de sua custódia cautelar, para continuar resguardando a ordem pública, sob pena de continuar participando de organização criminosa" (fl. 69 da sentença).

De início, não obstante as razões declinadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o pedido de assistência deve ser indeferido.

Isso porque este Superior Tribunal reiteradamente vem decidindo que, salvo nos casos de ação penal privada, é vedada a intervenção de terceiros no *habeas corpus*.

Confira-se:

> Agravo regimental no *habeas corpus*. Penal e Processo Penal. Assistência em *habeas corpus*. Inviabilidade. (...) Ordem concedida.
>
> 1. O *habeas corpus* representa instrumento processual de tutela de direito subjetivo público constitucional, consubstanciado no direito de ir e vir conferido a qualquer brasileiro ou estrangeiro que esteja em solo brasileiro, desfrutando, assim, de eminência ímpar e de premência em seu julgamento, incompatíveis com a intervenção de terceiros, em qualquer de suas modalidades, seja a favor ou contra o paciente, tanto que sequer previsto nas normas do Livro III, Título II, Capítulo X do Código de Processo Penal, que regulam o procedimento do *mandamus*.
>
> (...)
>
> 10. Agravo regimental conhecido e provido. Ordem concedida para, reconhecida a violação do art. 59 do Código Penal, reduzir a pena-base imposta à paciente pelo crime de denunciação caluniosa, tornando sua reprimenda definitiva, por esse crime, em 3 anos de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 30 dias-multa, à razão mínima legal, devolvendo-se ao Juízo da Execução Penal a análise de eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva (s) de direito.
>
> (AgRg no HC 339.782/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03.05.2016, DJe 12.05.2016)

> Penal. Processual Penal. Internacional. *Habeas corpus*. Expulsão de estrangeira que cumpriu pena por crime de furto no Brasil. Ingresso da União. Impossibilidade de intervenção de terceiros em *habeas corpus*. Precedentes da Corte. (...).
>
> 1. Não cabe intervenção de terceiros, no caso a União, no processo de *Habeas Corpus*, por se tratar de rito célere, sumaríssimo e de proteção urgente ao direito de ir e vir. Precedentes do STJ.
>
> (...)
>
> 6. *Habeas Corpus* concedido para anular o Decreto de expulsão.
>
> (HC 304.112/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, DJe 22.10.2015)

> Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Expulsão de estrangeiro. Impossibilidade de litisconsórcio ou intervenção de terceiros, em *habeas corpus*. Precedentes do STJ. (...) Ordem denegada.

> I. Conforme a jurisprudência do STJ, "diversamente do que ocorre com o mandado de segurança, inexiste, relativamente ao *habeas corpus*, no Código de Processo Penal, norma autorizativa de intervenção de terceiros, devendo ser afirmado, por isso, a sua inadmissibilidade, porque em tema de liberdade, a interpretação há de ser sempre em seu obséquio e, portanto, restritiva, excluindo, por certo, pretendida aplicação analógica ou subsidiária" (STJ, EDcl no HC 29.863/SP, Rel. Ministro *Hamilton Carvalhido*, *Sexta Turma*, DJU de 10.04.2006).
>
> Indeferimento do pedido da União, de intervenção no feito.
>
> (...)
>
> V. Ordem denegada.
>
> (HC 292.527/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 10.09.2014, DJe 17.09.2014)

Na mesma esteira, colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: *Habeas Corpus*. (...) 4. Pedido de assistência litisconsorcial da acusação feito pelo suplente de vereador. Inexistência de normas que tratem sobre a matéria. Jurisprudência predominante no STF no sentido de que, salvo no caso de querelante, não há compatibilidade entre o rito do *habeas corpus* e os tipos de intervenção de terceiro. (...) 6. *Habeas corpus* deferido, tão-somente, para estender ao paciente os efeitos da decisão do TSE no HC no 43, Classe 23a, prosseguindo a ação penal quanto aos demais crimes eleitorais (HC 83.170, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18.05.2006, DJ 09.06.2006 pp-00005 Ement vol-02236-01 pp-00163 RTJ vol-00200-02 pp-00892 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 384-393 RT v. 95, n. 854, 2006, p. 503-507)

Portanto, consistindo o *habeas corpus* em ação constitucional que se reserva às hipóteses em que alguém é vítima de constrangimento ilegal ou de abuso de autoridade, assim como quando se acha na iminência de sofrê-lo quanto à liberdade de ir e vir, não se mostra adequada a participação e intervenção de terceiros no aludido procedimento mandamental, o que revela a impossibilidade de modificação do que decidido no provimento judicial agravado.

Pelas mesmas razões, não há como se admitir a participação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na qualidade de *amicus curiae*, cuja admissão depende da natureza objetiva do processo, o que não ocorre com o *habeas corpus*, remédio constitucional de índole subjetiva.

Nesse sentido tem decidido esta Corte Superior de Justiça (PET no HC 277.978/BA, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, DJe 9.10.2014 e HC

48.735/GO, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, DJ 11.11.2005) e o Supremo Tribunal Federal (HC 113.198/PI, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, DJe 19.2.2014 e HC 82.959/SP, Relator Ministro *Marco Aurélio*, DJ 8.3.2006).

Quanto ao postulado pelo impetrante, com referência à pretendida substituição da medida extrema pela prisão domiciliar, apesar de o impetrante fazer menção à imprescindibilidade aos cuidados especiais de pessoa menor que 6 (seis) anos, constata-se que há constrangimento ilegal suportado pela paciente, suficiente a justificar a atuação de ofício por este Superior Tribunal.

A Assembléia Geral da ONU, em dezembro de 2010, em complementação às regras mínimas para o tratamento do preso e elaboração de medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio), aprovou as normas mínimas para o tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei (*Regras de Bangkok*), ao reconhecer que, diante das necessidades específicas das mulheres, o Estado deve observar a equidade de acordo com as peculiaridades da situação.

Regramento que refletiu no advento da Lei n. 13.257/2016, em que se permitiu ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for: IV - gestante; *V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos*; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, consoante dispõe o art. 318 da citada lei federal.

Cito precedente da Excelsa Corte quanto ao tema:

> Cabe assinalar, no ponto, que a aplicabilidade da norma legal que venho de referir encontra raízes em importante documento internacional a que o Brasil se vinculou, política e juridicamente, no plano externo.
>
> Com efeito, impende relembrar que a Assembléia Geral das Nações Unidas, acolhendo recomendação do Conselho Econômico e Social, adotou regras para o tratamento de mulheres presas e a aplicação de medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, as denominadas Regras de Bangkok. em cuja elaboração e votação teve ativa participação o Estado brasileiro.
>
> O legislador nacional, ainda que de modo incompleto, buscou refletir no plano processual penal o espírito das Regras de Bangkok, fazendo-o mediante inovações introduzidas no Código de Processo Penal, especialmente em seus artigos 6º, 185, 304 e 318, e, também, na Lei de Execução Penal (artigos 14, § 3º, 83, § 2º, e 89).
>
> Ao disciplinar a prisão domiciliar, o Brasil, atuando no plano doméstico, promulgou legislação - a Lei n. 12.403/2011 e a *Lei n. 13.257/2016*, que, entre outras matérias, "Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância"

> [...]
>
> Cumpre enfatizar, de outro lado, que a *benignidade desse tratamento dispensado às prisões cautelares de mulheres nas condições que venho de referir é também justificada pela necessidade de conferir especial tutela à população infanto-juvenil. notadamente às crianças, em ordem a tornar efetivos os compromissos que o Brasil assumiu* não só perante a sua própria ordem constitucional, mas, também, no plano internacional, ao subscrever a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, cujo texto foi incorporado, formalmente, ao sistema de direito positivo interno de nosso País pelo Decreto Presidencial n. 99.710, de 21.11.1990.
>
> [...]
>
> O fato irrecusável é um só: o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de *proteção integral aos direitos da criança e do adolescente*, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis
>
> (HC 134.734/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 1º.08.2016 - grifamos)

A previsão insculpida na lei reformadora do art. 318 do Código de Processo Penal não é de caráter puramente objetivo e automático, cabendo ao magistrado avaliar os diagnósticos produzidos por equipe multidisciplinar com relação à situação da criança e, ainda, da adequação da medida à clausulada.

Neste sentido, ensina a doutrina:

> (...) a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.
>
> O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos par que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado. (Manual de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 998).

Cabe ressaltar, ainda, que nos compêndios de Eugênio Pacelli (Curso de Processo Penal. 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 584-585) e de Norberto

Avena (Processo Penal Esquematizado. 8ª ed., São Paulo: Método, p. 487), faz-se referência que, após o advento da lei reformadora n. 13.257/2016, a aplicabilidade da norma submete-se ao cotejo das peculiaridades do caso para se definir a possibilidade/adequação da conversão da medida extrema em prisão domiciliar.

Com efeito, a paciente é mãe de *uma menina com 3 (três) anos de idade* (e-STJ fl. 68) e que, apesar de estar na assistência de sua avó materna, apresenta *transtornos emocionais relacionados à ausência de sua genitora, como se depreende do laudo técnico* acostado às e-STJ fls. 70, *in verbis*:

> No primeiro contato do psicólogo com a menor, a mesma se mostrou muito chorosa, irritada e apegada à avó. *Notou se que emocionalmente estava muito fragilizada*. Nos dois atendimentos realizados, *não se observou nenhuma evolução emocional da menor*, visto que é necessário mais acompanhamentos com intervalos mais curtos para a possível confirmação da queixa inicial c clareza do trauma acima supracitado pelo encaminhamento. Para melhores avaliações o mesma foi inserida no PTS - Plano Terapêutico Singular individual e grupal uma vez por semana, onde a mesma será acompanhada e avaliada pela equipe multiprofissional desta Unidade CAPSI.

O art. 227 da Carta Magna dispõe: *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*.

Na intenção de tornar realidade efetiva as prerrogativas das crianças e dos adolescentes e de retirar do campo da utopia o respeito a esses direitos, a Lei n. 8.069/1990, cânone protetor dos indivíduos em desenvolvimento, dispõe:

> Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Seguindo a linha constitucional, não deixou o preceito, ainda, de caracterizar-se como norma quimérica, apesar de tratar-se de direito fundamental e auto-aplicável.

O art. 227 da Carta Magna pode ser considerado um desenrolar do art. 6º, da mesma *Lex Mater*, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 26, de 14.2.2000, que trata da proteção à saúde, assim como à maternidade e à infância:

> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição.

De fato, ao Estado incumbe assegurar, seja de forma negativa ou positiva, a saúde do cidadão. Trata-se de um direito social, de cumprimento obrigatório pelo Estado, objeto, também, do art. 4º do Estatuto de Criança e do Adolescente, que o prevê, juntamente com outras obrigações, como deveres do Poder Público:

> Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência família e comunitária.

Esta também é a tônica do art. 9º:

> Art. 9º. O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

Trata-se, aqui, de uma maneira de não extrapolar os limites de uma reprimenda já imposta à mãe, ou de uma restrição a um de seus direitos, *in casu* a liberdade, em relação à sua filha, criança inocente que nada tem a ver com a necessidade de punição ou segregação de sua genitora.

É que, afastado do amor e carinho maternos, a criança estaria sendo penalizada em sua educação e desenvolvimento, pois é sabido que, especialmente na primeira infância, adquirem impressões sobre o certo e o errado, acostumam-se com o ambiente em sua volta e tomam-no como padrão.

Ora, não pode o Estado, a quem incumbe o dever de cuidado, assistência e proteção às crianças, omitir-se diante de tal situação. Não pode ser ele, através de um de seus Poderes, o Judiciário, o causador de tamanho transtorno à saúde física e mental de uma criança na primeira infância.

A propósito, podem-se citar os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Mulher surpreendida ao adentrar em estabelecimento prisional com drogas. Filhos menores. Prisão domiciliar. Estatuto da Primeira Infância. Viabilidade.
>
> 1. A Lei n. 13.257/2016 estabelece conjunto de ações prioritárias a ser observadas na primeira infância (0 a 6 anos de idade), mediante "princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas [...] em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano" (art. 1º), em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente.
>
> 2. A novel legislação, que consolida, no âmbito dos direitos da criança, a intersetorialidade e a corresponsabilidade dos entes federados, acaba por resvalar em significativa modificação no Código de Processo Penal, imprimindo nova redação ao inciso IV do seu art. 318, além de acrescer-lhe os incisos V e VI. Tais mudanças encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância" (art. 14, § 1º).
>
> 3. A despeito da benfazeja legislação, que se harmoniza com diversos tratados e convenções internacionais, vale o registro, com o mesmo raciocínio que imprimi ao relatar o HC n. 291.439/SP (DJe 11.6.2014), de que o uso do verbo "poderá", no *caput* do art. 318 do CPP, não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria "dever" do juiz determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar ante a verificação das condições objetivas previstas em lei. Semelhante interpretação acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão. Outrossim, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa, mesmo se identificada a incontornável urgência da medida extrema.
>
> 4. No caso ora examinado, a substituição da prisão preventiva se justifica, seja pela nova redação imprimida ao art. 318 do CPP - *haja vista que a paciente é mãe de 3 crianças menores (uma de 9, outra de 6 e uma última de 5 anos de idade)* -, seja porque o juiz de primeiro grau não indicou as peculiaridades concretas que justifiquem, sob a perspectiva da necessidade e da proporcionalidade, a prisão ad custodiam como a única providência cautelar idônea e cabível. Releva observar, a propósito, não haver indicativo seguro de que a paciente exerce, com habitualidade, a mercancia ilícita de substância entorpecente e nem de que integra grupo organizado ou atividade criminosa voltada a repetidamente introduzir, no presídio, drogas ilícitas.

5. *Há que se ressaltar a posição central, em nosso ordenamento jurídico, da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/1990*.

6. Sob tais regências normativas e diante das peculiaridades do caso, é temerário manter o encarceramento da paciente quando presentes dois dos requisitos legais do art. 318 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.257/2016. Ademais *a prisão domiciliar revela-se adequada para evitar a prática de outras infrações penais (art. 282, I, CPP), ante as condições favoráveis que ostenta (primariedade e residência fixa) e o fato de não haver demonstração de que o recurso à cautela extrema seria a única hipótese a tutelar a ordem pública*.

7. *Habeas corpus* concedido.

(HC 356.668/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16.06.2016, DJe 28.06.2016 - grifamos)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Fundamentação inidônea. Gravidade abstrata do delito. Filha menor (5 anos). Proteção da integridade física e emocional das crianças. Condições pessoais favoráveis. Primariedade, bons antecedentes, trabalho e residência fixos. Recurso provido, confirmando-se a liminar concedida.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva à recorrente não apresentou motivação concreta, apta a justificar sua segregação, tendo se limitado a abordar, de modo genérico, termos da lei processual e a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

3. Este Superior Tribunal de Justiça entende que a necessidade da prisão preventiva fica mitigada em casos em que o suposto crime de tráfico de drogas envolve quantidade reduzida de droga (49g de maconha), como na hipótese, a menos que outras circunstâncias denotem a gravidade concreta do delito ou a periculosidade do acusado, o que não se constata na hipótese dos autos.

4. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

> 5. *A prova documental juntada aos autos atesta que a recorrente possui uma filha de tenra idade (5 anos). Assim, a fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional da criança e da mulher, considerando a necessidade e a adequação*, em vista da natureza do crime imputado, das circunstâncias do flagrante, da ausência de indícios de que a recorrente se dedique à traficância ou que possua envolvimento com a criminalidade, é suficiente, na hipótese, a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas, sobretudo a proibição de visitas a estabelecimentos prisionais, já que, aparentemente, a droga encontrada seria entregue a seu companheiro, que se encontra encarcerado.
>
> 6. Recurso provido, confirmando-se a liminar, para deferir a liberdade provisória à paciente, mediante a proibição de visitas a estabelecimentos prisionais, sem prejuízo de outras medidas cautelares, previstas no art. 319 do CPP, à critério do juízo processante, ressalvada prisão por outro motivo.
>
> (RHC 77.009/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09.03.2017, DJe 15.03.2017 - grifamos)

Desse modo, melhor que se permita à paciente cuidar de sua filha com tranqüilidade, livre do ambiente nocivo do cárcere, sem, porém, furtar-se à aplicação da lei penal, mais em atenção à inocente infante do que a si própria, de forma que não se contamine sua saúde ou personalidade.

De se destacar que, condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da medida extrema, como ocorre na espécie.

Nesse contexto, apresentando-se a necessidade da conversão da prisão processual em recolhimento da paciente em sua residência e diante das peculiaridades do caso concreto, mostra-se necessária, adequada e suficiente o cumprimento das seguintes condições: *I)* recolhimento domiciliar integral, ressalvada situação de emergência médica, que deverá se comunicada imediatamente ao juízo competente; *II)* atender a todas as comunicações judiciais; *III)* proibição de alteração de domicílio sem prévia autorização judicial; *IV)* não pode haver, no imóvel em que a medida será cumprida, linha telefônica instalada, qualquer dispositivo de acesso à *internet*, móvel ou fixo, devendo proceder-se o desligamento e retirada de todos existentes até o início do cumprimento, sendo proibido a ré, por qualquer meio ou através de qualquer pessoa, tais acessos, sendo, ainda, vedado a qualquer pessoa que ingresse no imóvel, seja empregados, conviventes ou visitas, adentrar com algum dispositivo que permita acesso à telefônia ou *internet*; *V)* são vedadas visitas de pessoas

que não sejam parentes até o terceiro grau ou seus advogados regulamente constituídos, com procur*ação* nos autos; *VI)* A Polícia Judiciária está autorizada a realizar inspeções no imóvel em que a medida será cumprida, no período de 6 hs a 18 hs, sem prévia comunicação ou autorização judicial, a fim de verificar se todas as condições estão sendo cumpridas; devendo, em acréscimo, obedecer às cautelares previstas nos incisos II (proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante) e VI (suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais), ambos do art. 319 do CPP.

Outrossim, não é demais lembrar que a violação às regras da prisão domiciliar enseja o restabelecimento da constrição preventiva, bem como que a medida extrema pode ser novamente ordenada se sobrevier fato novo ou situação que exija a sua imposição.

Com referência à alegada violação aos direitos da paciente de ser recolhida em sala de Estado Maior, até o trânsito em julgado de eventual condenação, por ser advogada devidamente inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo previsão no art. 7º, V, do Estatuto da OAB, em razão dos fundamentos retro mencionados, fica prejudicado tal pleito.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, *não se conhece* do *habeas corpus* substitutivo, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor da paciente, nos termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal e mediante condições impostas para o cumprimento da constrição domiciliar, até o exaurimento do julgamento pelas instâncias ordinárias.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 382.780-PR (2016/0329320-8)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Paraná

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Paraná
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: Samara Cristina Carvalho Monteiro Pinheiro

EMENTA

Habeas corpus. *Habeas corpus* substituto de recurso. Não cabimento. Execução penal. Remição da pena. Recomendação n. 44/2013 do CNJ. Aprovação no ENEM. Possibilidade. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da fraternidade. 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.

2. Esta Corte possui orientação no sentido de que "a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal" (REsp n. 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5.6.2006).

3. No caso, a aprovação da paciente no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme o art. 126 da LEP e Recomendação n. 44/2013 do CNJ.

4. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94.163, Relator(a): Min. *Carlos Britto*, Primeira Turma, julgado em

02.12.2008, DJe-200 divulg 22.10.2009 public 23.10.2009 Ement vol-02379-04 pp-00851).

5. Com efeito, a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça, decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade.

6. Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas "Regras de Mandela", aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

7. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, para reconhecer o direito da paciente à remição da pena pela aprovação no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 7.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Samara Cristina Carvalho Monteiro Pinheiro* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Consta dos autos que o Juízo da Vara das Execuções Criminais indeferiu pedido de remição de pena em favor da paciente, tendo como fundamento sua aprovação no ENEM (e-STJ fls. 27/29).

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, em *decisum* assim ementado (e-STJ fl. 16):

> *Execução penal. Recurso de agravo. Decisão de primeiro grau que indeferiu o requerimento de concessão da remição de pena pela conclusão do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Insurgência da defesa. Pleito de reforma do pronunciamento, ao argumento de que o juízo singular ignorou o teor da Recomendação n. 44/2013 do CNJ. Não acolhimento da tese. Impossibilidade de aplicação da recomendação na hipótese. Sentenciada que concluiu o ensino médio regular muito antes de dar início ao cumprimento da reprimenda. Requisitos pertinentes para o deferimento da remição não preenchidos. Manutenção do* decisum *que se impõe*.
>
> ***Recurso conhecido e desprovido***.

Na presente impetração, a defesa sustenta que a apenada concluiu, em 2003, o ensino médio através do ENEM, conforme comprovado no processo de execução penal.

Sustenta que o art. 126, § 5º, da LEP, garante o benefício ao apenado que conclui ensino fundamental, médio ou superior, com o acréscimo de 1/3 (um terço) do tempo de estudo, "desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação".

Aduz que a Recomendação n. 44/2013 do CNJ indica que a conclusão do ensino médio por aprovação no ENEM, ainda que não comprovadas horas de estudo, equivale a 1.200 horas de estudo (o que equivale a 50% do tempo de estudo em instituição de ensino regular). Isso faz com que o apenado tenha direito a 100 dias de remição, mais 33 dias pela conclusão do ensino médio, totalizando 133 dias de remição.

Contudo, o Magistrado de primeiro grau afastou a aplicação da referida Recomendação e não concedeu a benesse pleiteada (e-STJ fl. 2).

Requer, liminarmente e no mérito, seja deferida a ordem para conceder ao apenado a fração de dias remidos correspondente a 1.200 horas de estudo oficialmente computadas na conclusão do ensino médio por meio do ENEM, o que lhe garante 100 dias de remição acrescidos de 1/3, conforme disposto no art. 126 § 5º, da LEP, ou seja, somados de 33 dias, nos termos do art. 1º, IV, da Recomendação n. 44/2013 do CNJ.

Parecer do Ministério Público Federal, opinando pelo "não conhecimento do *habeas corpus*, concedendo-se a ordem de ofício, para deferir a remição de 1.200 horas à paciente, em vista de sua aprovação no ENEM" (e-STJ fls. 191/195).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (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 *mandamus*, 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. Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

> Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Roubo em concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Alegada ausência de fundamentação do decreto prisional. Inocorrência. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Periculosidade concreta do paciente. 'Modus operandi'. *Habeas corpus* não conhecido.
>
> I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (*v.g.*: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º.8.2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13.5.2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (*v.g.*: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2.9.2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28.8.2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4.9.2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4.6.2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de

> se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (...). *Habeas corpus* não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21.5.2015, DJe 27.5.2015).
>
> *Habeas corpus*. Substitutivo do recurso constitucional. Inadequação da via eleita. Tráfico internacional de drogas. Dosimetria. Supressão de instância. Regime inicial fechado. Fundamentação idônea. Circunstâncias desfavoráveis.
>
> 1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o *writ* amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo *writ* ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113.890, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julg. em 3.12.2013, DJ 28.2.2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. 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.

Na hipótese dos autos, a paciente pleiteia a fração de dias remidos correspondentes a 1200 horas de estudo oficialmente, com base na Recomendação n. 44/2013 do CNJ.

O Juízo *a quo* indeferiu o pleito da paciente sob a seguinte fundamentação:

> (...)
>
> Daí é necessária a conclusão de que, em um primeiro momento, para haver a remição pelo estudo basta a freqüência escolar. Em segundo plano, o aproveitamento do preso durante as aulas é recompensado com o acréscimo de um terço do tempo anteriormente remido. Em outras palavras, no primeiro caso o que gera a remição é a participação regular nas aulas; estimula-se a mera freqüência a cursos. No segundo caso, premia-se o mérito do preso que, além de ir às aulas, obteve aproveitamento e, com isso, concluiu etapa formal de ensino. São beneficiados com a remição aqueles que estão nas salas de aula, mas são ainda mais beneficiados aqueles que têm desempenho satisfatório.

> A respeito, veja-se o Entretanto, não é admitida a contagem fícta de tempo de freqüência escolar ou de trabalho para fins de remição. Em extensão, também não é possível a remição ficta pela aprovação no ENEM tendo como base de cálculo 50% da carga horária legal. O acréscimo de 1/3 não prescinde da comprovação da efetiva freqüência escolar, de modo que sua ausência não pode ser suprida por presunção decorrente de recomendação.
>
> (...)
>
> Com isso concluo que não é devida a remição de pena pela aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio, uma vez que o acréscimo de 1/3 se daria sobre horas fictas de freqüência escolar. Não é possível que uma recomendação de órgão com atribuições administrativas galgue a analogia *in bonam partem* à criação de políticas criminais, por mais louváveis que sejam suas motivações.
>
> Ainda que assim não fosse, o artigo 126, § 5º da LEP é expresso em exigir como prova idônea da conclusão do ensino formal a certificação a respeito emitida pelo órgão competente do sistema de educação. É requisito formal da essência do benefício que não se confunde nem pode ser substituído por mero *print screen* digitalizado das informações da área do participante do ENEM, que informa somente as notas parciais das áreas de conhecimento e que o examinando estava presente no local e dia da prova, como se vê do documento do evento 44.1.
>
> (...)

Estabelece o art. 126 da Lei de Execuções Penais:

> Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

Por sua vez, a Recomendação n. 44/2013 do CNJ indica a possibilidade de remição por aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão de ensino médio (ENEM). Veja-se:

> *Recomendação n. 44, de 26 de novembro de 2013.*
>
> Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura.
>
> *O Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*, no uso de suas atribuições legais e regimentais [...]
>
> *Resolve*:
>
> Art. 1º Recomendar aos Tribunais que: (...)
>
> IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico,

> logrando, com isso, *obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/1984), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio*; [...]

Verifica-se que a intenção da norma é justamente o de incentivar o reeducando ao bom comportamento e ainda, proporcionar o preparo à reinserção social.

Sobre o tema, Renato Marcão destaca que *a melhor interpretação que se deve dar à lei é aquela que mais favoreça a sociedade e o preso, e por aqui não é possível negar que a dedicação rotineira deste ao aprimoramento de sua cultura por meio do estudo contribui decisivamente para os destinos da execução, influenciando de forma positiva em sua (re)adaptação ao convívio social. Aliás, não raras vezes o estudo acarretará melhores e mais sensíveis efeitos no presente e no futuro do preso, vale dizer, durante o período de encarceramento e no momento da reinserção social, do que o trabalho propriamente dito, e a alegada taxatividade da lei não pode constituir óbice a tais objetivos, notadamente diante da possibilidade de interpretação extensiva que se pode emprestar ao disposto no art. 126 da Lei de Execução Penal* (MARCÃO, Renato, Curso de Execução Penal, 3ª edição, 2006, Editora Saraiva, p. 169).

Nesse sentido, bem salientou o *Parquet* Federal em seu parecer, assim fundamentado (e-STJ fls. 194/195):

> [...]
>
> 14. Nesse ponto, claramente se observa que o objetivo da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça é de fomentar a formação educacional dos presos e motivá-los aos estudos, nem que sejam estudos por conta própria. Não por outro motivo, consta na recomendação que a aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM justificaria a remição de 1.200 horas de pena, mesmo que não esteja o apenado vinculado a atividades regulares do ensino no interior do estabelecimento prisional e realize seus estudos por conta própria.
>
> 15. A previsão constante na multirreferida Recomendação é justamente o que ocorre no presente feito, em que a ora paciente mesmo tendo concluído o ensino médio regular anteriormente ao início do cumprimento da pena, se dedicou e

> conseguiu sua aprovação no ENEM, pelo seu próprio esforço, quando já estava em cumprimento da pena.
>
> 16. Desta forma, seguindo a orientação do Conselho Nacional de Justiça deve ser premiada a apenada, que consegue a aprovação no ENEM, com a remição de 1.200 horas.
>
> 17. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *habeas corpus*, concedendo-se a ordem de ofício, para deferir a remição de 1200 horas à paciente, em vista de sua aprovação no ENEM.
>
> [...]

A corroborar as argumentações expostas, esta Corte possui entendimento no sentido de que *A norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia* in bonam partem, *que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal* (REsp n. 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5.6.2006).

Nesse sentido confiram-se os seguintes precedentes:

> *Habeas corpus* substitutivo. Falta de cabimento. Execução penal. Remição da pena pela leitura. Art. 126 da LEP. Portaria Conjunta n. 276/2012, do DEPEN/MJ e do CJF. Recomendação n. 44/2013 do CNJ.
>
> [...]
>
> 2. A norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal (REsp n. 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5.6.2006).
>
> 3. O estudo está estreitamente ligado à leitura e à produção de textos, atividades que exigem dos indivíduos a participação efetiva enquanto sujeitos ativos desse processo, levando-os à construção do conhecimento. A leitura em si tem função de propiciar a cultura e possui caráter ressocializador, até mesmo por contribuir na restauração da autoestima. Além disso, a leitura diminui consideravelmente a ociosidade dos presos e reduz a reincidência criminal.
>
> 4. Sendo um dos objetivos da Lei de Execução Penal, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva do mencionado dispositivo impõe-se no presente caso, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade.
>
> 5. Com olhos postos nesse entendimento, foram editadas a Portaria conjunta n. 276/2012, do Departamento Penitenciário Nacional/MJ e do Conselho da

> Justiça Federal, bem como a Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça.
>
> 6. *Writ* não conhecido. Ordem expedida de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo da execução que remiu 4 dias de pena do paciente, conforme os termos da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça (HC n. 312.486/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 22.6.2015).
>
> *Habeas corpus* substitutivo. Execução penal. (1) Remição da pena pela leitura. Art. 126 da Lei de Execução Penal. Teleologia. Interpretação extensiva *in bonam partem*. Precedentes. (2) *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.
>
> 1. A finalidade do instituto da remição, ao abreviar a pena, é incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social e, portanto, o art. 126 da LEP admite interpretação extensiva *in bonam partem*, permitindo-se a remição pela leitura.
>
> 2. *Writ* não conhecido. Ordem expedida de ofício, para restabelecer a decisão do juízo singular (Execução n. 815/14) (HC n. 326.499/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 17.8.2015).

Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94.163, Relator Ministro *Carlos Britto*, Primeira Turma, julgado em 02.12.2008, DJe-200 divulgado em 22.10.2009, publicado em 23.10.2009, Ement. vol. - 02379-04 pp-00851).

Com efeito, a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade.

Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas "Regras de Mandela", aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida

autossuficiente, com respeito às leis. A propósito: HC 375.005/RS, por mim relatado, Quinta Turma, julgado em 1º.12.2016, DJe 14.12.2016.

Assim, o benefício da remição pode ser aplicado na situação dos autos, uma vez que a aprovação da paciente no ENEM configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme art. 126 da LEP e Recomendação n. 44/2013 do CNJ.

Configurada, portanto, na espécie, flagrante ilegalidade, a justificar a concessão do *writ* de ofício.

Diante do exposto, *não conheço* do *habeas corpus*. No entanto, acolhendo o parecer ministerial, *concedo a ordem de ofício*, para reconhecer o direito da paciente à remição da pena pela aprovação no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio).

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 384.302-TO (2016/0338185-5)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas
Impetrante: Mauricio Araujo da Silva Neto
Advogado: Mauricio Araujo da Silva Neto - TO006992
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins
Paciente: Diordio Alexander Bandeira

EMENTA

Penal. *Habeas corpus*. Crime de frustração ou fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório (Lei n. 8.666/1993, art. 90). Alegação de ausência de justa causa e inépcia da denúncia. Superveniência de sentença condenatória. Perda do objeto. Tipicidade do art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Dolo específico. Existência de elemento subjetivo do tipo. Intenção de obter para si ou para outrem a adjudicação do objeto licitado. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência desta Corte é segura no sentido que a superveniência de sentença condenatória torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa e inépcia da denúncia, haja vista a insubsistência do exame de cognição sumária, relativo ao recebimento da denúncia, em face da posterior sentença de cognição exauriente. Desse modo, não é possível apreciar os citados capítulos.

3. Cumpre esclarecer que a jurisprudência dos tribunais superiores admite o trancamento do inquérito policial ou de ação penal, excepcionalmente, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não se observa neste caso.

4. O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente, constatação que fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime, elemento a ser valorado por ocasião da fixação da pena-base.

5. Advirta-se que sequer é possível invocar jurisprudência relativa ao crime de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 89, *caput*), haja vista ser dominante do Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido da desnecessidade da prova do dano ao erário, mas apenas o dolo específico de causar prejuízo ao erário. Ademais, o tipo do art. 89, parágrafo único, da Lei de Licitações, exceção à teoria monista, cria tipo autônomo para o terceiro diverso do agente público responsável pelo procedimento de dispensa ou inexigibilidade, que com ele concorre para irregular dispensa ou inexigibilidade, beneficiando-se. Perceba-se, pois, que é elemento descritivo do tipo o resultado material da dispensa ou inexigibilidade da licitação, que é a a efetiva adjudicação do objeto ao

autor do crime descrito, ao contrário do crime da cabeça do artigo, cujo sujeito ativo é o agente público.

6. Os crimes do *caput* e do parágrafo único do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, visto que distintos, possuem o elemento subjetivo comum de causar prejuízo ao erário por meio da dispensa ou inexigibilidade indevida, nos termos da jurisprudência dominante colacionada. Diversa é a situação do crime do art. 90 da referida Lei, cujo dolo específico exigido no elemento subjetivo do tipo é a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, após frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, por meio diverso do constante do crime do art. 89. Por conseguinte, o dolo específico exigido para o crime do art. 90 é a adjudicação do objeto licitado ou vantagem correlata, não necessariamente o dano ao erário, como prescreve a jurisprudência para o crime do art. 89, ambos, como se afirmou, da Lei n. 8.666/1993.

7. No caso concreto, houve inadequação da modalidade licitatória convite, haja vista a superação do limite imposto pelo art. 23, I, "a", da Lei n. 8.666/1993. Outrossim, além de utilizar-se indevidamente de modalidade cuja competitividade é mais restrita, dentre os três participantes convidados, constavam o paciente e seu pai, que presentavam sociedades empresárias formalmente distintas, malgrado utilizassem o mesmo nome fantasia "Mundo dos Ferros". Analisando o arcabouço fático correlato, as instâncias ordinárias concluíram pela existência de ajuste e combinação fraudulenta apta a frustrar o caráter competitivo da licitação, conclusão esta que não pode ser alterada nesta via restrita do *habeas corpus*, sob pena de indevido revolvimento fático probatório. Por fim, o dolo específico do tipo do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 restou demonstrado, pois patente a intenção de obter para outrem, o pai do paciente, a adjudicação do objeto licitado, o que efetivamente ocorreu no caso, alcançando o exaurimento do crime.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Mauricio Araujo da Silva Neto (p/pacte) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 1º de junho de 2017 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 9.6.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de ***Diordio Alexander Bandeira***, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Consta dos autos que o paciente e o corréu Valtercides Elias Costa foram condenados, o primeiro, às penas de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto e 10 dias-multa, pelo crime descrito no art. 90, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 e, o segundo, à pena de 6 (seis) anos de detenção, em regime semiaberto, pela prática delitiva inserta nos arts. 90, *caput* (por duas vezes) e 92, *caput*, ambos da Lei n. 8.666/1993, na forma do art. 69 do Código Penal.

Em suas razões recursais perante o Tribunal *a quo*, pediu *Diordio* a absolvição por atipicidade da conduta retratada na ausência de prova do dolo específico, representado pela vontade livre e consciente de, mediante conluio entre os participantes, frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de lesar o erário em proveito próprio ou alheio, conforme dispõe o art. 90, *caput*, da Lei n. 8.666/1993. Argumentou que as provas documentais produzidas não são hábeis a demonstrar a prática ilícita, sendo que o objeto da licitação e o contrato foi no valor de R$ 14.712,05 (quatorze mil, setecentos e doze reais e cinco centavos), e que os objetos adquiridos foram devidamente entregues, revelando-se, inclusive, o resultado da licitação mais vantajoso à Administração. Sustentou que não havia óbice para que empresas que constituíssem um grupo econômico participassem do mesmo processo licitatório, seja qual fosse a modalidade escolhida pelo Poder Público. Acrescentou que as empresas em que pai e filho figuravam como sócios eram distintas, pois possuíam administração e quadro societário distintos, sediadas

em cidades diversas, já que uma era na cidade de Araguaína e outra na cidade de Palmas. Por fim, invocou a aplicação do princípio da presunção de inocência e ressaltou a inocorrência de vantagem econômica, visto que sua empresa não venceu o processo licitatório, não tendo, portanto, frustrado o caráter competitivo da licitação.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação, nos termos da ementa do seguinte julgado:

> Apelação criminal. Crimes contra a administração pública. Fraude a licitação. Prorrogação indevida do certame. Autoria e materialidade devidamente demonstradas pela palavra das testemunhas e pela prova documental carreada aos autos. Dosimetria da pena. Correta valoração das circunstâncias judiciais. Recursos defensivos improvidos.
>
> 1. Demonstrada a fraude do procedimento licitatório, que implicava na escolha de proposta previamente direcionada ou acima do valor de mercado do bem ou serviço, de rigor a manutenção do decreto condenatório.
>
> 2. Ademais, prorrogado indevidamente o contrato firmado entre as partes, em flagrante prejuízo ao Erário, não há que se falar em reforma da r. sentença.
>
> 3. Por fim, restado devidamente valorada as circunstâncias judiciais e regime inicial de cumprimento de pena, de rigor sua manutenção.
>
> 4. Recursos defensivos *improvidos*. (e-STJ, fl. 87).

A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, à unanimidade, conheceu e rejeitou os embargos de declaração, nos termos da ementa abaixo transcrita:

> Embargos de declaração. Apelação criminal. Não existência de qualquer omissão ou contradição. Embargos rejeitados.
>
> 1. Com base legal nos Artigo 619, do Código de Processo Penal, somente terá cabimento os embargos de declaração quando houver omissão, contradição ou obscuridade da decisão questionada.
>
> 2. Conduto, conforme se extrai do v. acórdão e voto condutor, os pontos considerados omissos ou contraditórios pela parte foram devidamente analisados, demonstrando-se apenas contrários aos interesses da parte.
>
> 3. Embargos *rejeitados*. (e-STJ, fl. 95)

Neste *writ*, alega, em suma, o impetrante que "não há justa causa à deflagração da ação penal quando o caderno indiciário não logra a obtenção de indícios mínimos acerca do envolvimento do paciente na conduta em que o

Parquet lhe imputa". (e-STJ fl. 4). Aduz que "é pacifico o entendimento do STJ, quando não existe danos ao erário, não há que se falar em ação penal, pois se não houve danos, não houve dolo específico de se aproveitar do dinheiro público por meio de certame licitatório, merecendo assim que a ação penal combatida seja trancada, pois trata-se de extremo erro do judiciário do Tocantins, e está causando ao paciente, constrangimento ilegal" (e-STJ, fl.4). Aponta que, "para que a inicial acusatória possa ser recebida e para que seja defensável, é preciso que o *Parquet*, individualize a conduta do acusado, para que assim, possa ser dado a ampla defesa e contraditório ao Réu" (e-STJ, fl. 8). Defende que "a jurisprudência do STJ, é pacifica, que se não houve danos ao erário não há que se falar, em responsabilidade cível ou criminal, a lei de licitação existe para a proteção do dinheiro público, onde impõe regras, com intuito de trazer econômia na construção de obras públicas" (e-STJ, fl. 8). Conclui que "não restou demonstrado pelo órgão ministerial o ajuste de vontade entre o paciente e os outros réus, portanto, é uma injustiça o prosseguimento da presente ação penal, ainda mais, ser condenado pela mesma" (e-STJ, fl. 11).

Postula, assim, a concessão da ordem, para que seja trancado processo penal de autos n. 5013488.23.2012.827.2706, absolvendo o paciente, pelo fundamento de atipicidade formal da conduta.

Não há requerimento de tutela provisória (e-STJ, fl. 62).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 202-214).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

O paciente é réu em ação penal com fins a perquirir a imputação da prática do crime descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, tendo sido condenado pelas instâncias ordinárias. Por conseguinte, infere-se que a impetração deu-se em face do acórdão do Tribunal *a quo*, motivo pelo qual não há falar no óbice da Súmula n. 691 do STF.

Em síntese, o impetrante alega ausência de justa causa para deflagração da ação penal e a atipicidade da conduta, por não se demostrar o dolo específico da conduta, bem como o prejuízo ao erário decorrente desta conduta.

A jurisprudência desta Corte é segura no sentido que a superveniência de sentença condenatória torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal, sob a alegação de falta de justa causa e de inépcia da denúncia, haja vista a insubsistência do exame de cognição sumária, relativo ao recebimento da denúncia, em face da posterior sentença de cognição exauriente. Desse modo, não é possível apreciar os citados capítulos.

Nesse sentido:

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Roubo majorado pelo uso de arma de fogo e pelo concurso de pessoas. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Alegada ausência de justa causa para a ação penal. Prejudicado em razão de sentença condenatória posterior. Precedentes. Tese de ausência de quaisquer das hipóteses autorizadoras e de justificativa idônea para a prisão cautelar. Improcedência. Fundamentação concreta. Periculosidade. Garantia da ordem pública. *Habeas corpus* não conhecido.
>
> 1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
>
> 2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime. Precedentes do STF e STJ.
>
> 3. No caso, a medida constritiva da liberdade foi mantida pelo Tribunal impetrado em razão da periculosidade do paciente, evidenciada pela gravidade das circunstâncias do crime (roubo em que o comparsa atirou contra a vítima e empreendeu fuga), mostrando-se, dessa forma, necessária a medida para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.
>
> 4. O pleito de trancamento da ação penal por ausência de justa causa ficou superado pela prolação da sentença condenatória.
>
> 5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 371.680/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14.03.2017, DJe 17.03.2017)

Processual Penal. Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Superveniência de sentença condenatória. Prejudicado.

1. A superveniência de sentença condenatória, na linha da orientação firmada nesta Corte, torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa, haja vista que o novo exame da *quaestio* pelo Juízo de primeiro grau se dá de forma significativamente mais aprofundada.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC 53.455/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 09.03.2017, DJe 21.03.2017)

Quanto ao capítulo da atipicidade da conduta imputada, confira-se o teor do acórdão condenatório:

Novamente o dolo se demonstra pela iniciativa de dano ao erário através de procedimento irregular.

Assim, de rigor a manutenção do decreto condenatório.

Quanto ao segundo delito imputado ao recorrente Valtercides, este também se refere ao segundo apelante, Diordio, razão pela qual serão tratados os recursos conjuntamente neste ponto.

O delito aqui apurado assim resta tipificado:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Quanto a este procedimento licitatório, inicialmente se constata a irregularidade da escolha de modalidade para o mesmo.

O Edital inicialmente previu orçamento global do projeto em R$ 153.895,03, devendo ser adotada a modalidade de tomada de preços ou de procedimento de maior complexitude. Contudo fora realizada na modalidade de carta convite.

O fato de, posteriormente, ter resultado em contratações no valor de R$ 139.702,70, não invalida o fato de que o procedimento fora inaugurado pela estimativa maior, devendo obedecer as regras dali resultantes ou, conforme a necessidade, alterar-se o Edital nas hipóteses legais previstas. Nestes termos, segue o Artigo 23, § 2º, da Lei n. 8.666/1993:

> § 2 o Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.
>
> Outra informação peculiar é a de que pai e filho (Albanyr e Diordio) foram convidados no procedimento licitatório viciado a apresentarem propostas.
>
> Conforme bem ponderado pelo nobre Magistrado, o convite feito a essas duas empresas permitiu a manipulação das propostas que da forma apresentada frustrou a competitividade do procedimento licitatório.
>
> [...]
>
> Assim, a participação dos recorrentes em procedimento que fraudou a livre concorrência e, em manifesto prejuízo ao Erário, é suficiente para embasar o decreto condenatório.
>
> Ademais, há que se ressalvar que o prejuízo, nestes casos, poderá existir, mesmo que sem mensuração de valores, pois tendencionou que determinada empresa vencesse o procedimento. Assim, mesmo que o serviço tenha sido prestado ou os materiais entregues, o vício do procedimento macula sua lisura, advindo daí o dano ao Erário.
>
> Há ainda que se ressalvar que a legislação pertinente prevê condenação mesmo na hipótese do benefício ter sido destinado a terceiro. (fls. 83-86)

Cumpre esclarecer que a jurisprudência dos tribunais superiores admite o trancamento do inquérito policial ou de ação penal, excepcionalmente, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não se observa neste caso. (RHC 79.449/SP, Rel. Ministro *Joel Ilan Paciornik*, *Quinta Turma*, DJe 29.3.2017; RHC 76.937/MG, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, DJe 24.2.2017; RHC 46.299/SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, DJe 9.3.2015; HC 294.833/SC, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, DJe 3.8.2015; STF: RHC 125.787 AgR, Relator Ministro *Gilmar Mendes*, *Segunda Turma*, DJe 31.7.2015; HC 108.168, Relator Ministro *Roberto Barroso*, *Primeira Turma*, DJe 2.9.2014).

Confira-se o teor do tipo penal do crime da Lei n. 8.666/1993 em análise:

> Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
>
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente, constatação que fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime, elemento a ser valorado por ocasião da fixação da pena-base.

Advirta-se que sequer é possível invocar jurisprudência relativa ao crime de dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 89, *caput*), haja vista ser a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal no sentido da desnecessidade da prova do dano ao erário, mas apenas o dolo específico de causar prejuízo ao erário.

Confira-se:

> *Penal. Processo Penal. Ação penal. Apelação. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Denúncia. Alegação de inépcia. Inocorrência. Conformidade com o art. 41 do CPP. Alegação de nulidade processual por violação ao princípio da identidade física do juiz. Improcedência. Matéria de mérito. Crime de dispensa irregular de licitação. Art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Delito formal que dispensa prova de dano ao erário para configuração. Dolo. Necessidade de intenção específica de lesar o erário. Crime de falsificação de documento público. Inserção de texto não aprovado pelo Poder Legislativo local em lei municipal. Dolo configurado. Materialidade, autoria, tipicidade objetiva e subjetiva provadas. Condenação mantida. Pena reduzida.* Bis in idem. 1. O princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, não é absoluto, comportando as exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil (hoje revogado), aplicável ao processo penal pela via do art. 3º do CPP. 2. Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa. Precedentes. 3. Ocorrendo modificação da competência em razão da aquisição ou perda superveniente de foro por prerrogativa de função por parte do acusado, o juízo declinado recebe o processo no estado em que se encontrar. Os atos processuais praticados no juízo declinante, se competente quando o foram, prescindem de ratificação ou renovação no juízo declinado, em atenção ao princípio do *tempus regit actum*. *4. O crime do art. 89 da Lei 8.666/1990 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, "licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes". Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia*. 5. Para a configuração da tipicidade subjetiva

do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, o Supremo Tribunal Federal exige o especial fim de agir, consistente na intenção específica de lesar o erário. Assim, distinguem-se as meras irregularidades administrativas do ato criminoso e deliberado de dispensar licitação quando à toda evidência era ela obrigatória. Destarte, não se confunde o administrador inapto com o administrador ímprobo. Sendo flagrante a ilegalidade da dispensa, mostra-se configurada a intenção específica de lesar o erário, mormente quando outros elementos probatórios apontam nessa direção. 6. Embora seja importante elemento de convicção, o fato de a ilegal dispensa de licitação ter sido embasada em parecer jurídico que afirmava a licitude do proceder não é, por si só, suficiente a descaracterizar o dolo, mormente quando os elementos probatórios indicam, com segurança, que o apelado tinha plena ciência da ilicitude da dispensa. 7. A posterior inserção de conteúdo não aprovado pela Câmara de Vereadores em texto de Lei Municipal, pelo prefeito municipal, com a finalidade de autorizar a utilização de créditos excepcionais não contemplados no texto originalmente aprovado, configura o crime do art. 297, § 1º, do Código Penal. Dolo configurado. 8. Provadas a materialidade, a autoria, a tipicidade objetiva e subjetiva do crime, não havendo causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade, a manutenção da condenação é medida que se impõe. 9. O fato de a falsificação recair sobre ato legislativo é revelador de alto grau de censurabilidade, a se refletir na dosimetria da pena. 10. Configura *bis in idem* valorar negativamente o fato de ser o apelante Prefeito Municipal, quando da fixação da pena-base, bem como para enquadramento da conduta prevista no § 1º, do art. 297, do Código Penal. 11. Apelação parcialmente provida, tão somente para reduzir a pena. (AP 971, Relator(a): Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 28.06.2016, Acórdão Eletrônico DJe-217 divulg 10.10.2016 public 11.10.2016 - Grifou-se)

Inquérito. Desmembramento com relação aos denunciados não detentores de foro por prerrogativa de função. Precedentes. Prosseguimento nesta instância com relação a ex-prefeito municipal, hoje deputado federal. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. Inexigibilidade indevida de licitação (art. 89 da Lei n. 8.666/1993). Ausência de demonstração do elemento subjetivo. Desvio de rendas públicas (art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967). Realização de despesa em desacordo com as normas financeiras pertinentes (art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/1967). Falta de indícios de autoria e de materialidade delitiva. 1. Cabe apenas ao próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação correspondentes, para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso (INQ 3.515 AgR, Rel. Min. *Marco Aurélio*, Tribunal Pleno, DJe de 14.3.2014), ressalvadas as situações em que os fatos se revelem de tal forma imbricados que a cisão por si só implique prejuízo a seu esclarecimento (AP 853, Rel. Min. *Rosa Weber*, DJe de 22.5.2014), o que não ocorre no caso. Deferimento do desmembramento do processo quanto aos não detentores de foro por

prerrogativa de função. 2. Não é inepta a denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, os fatos em tese delituosos e as condutas do agente, com as devidas circunstâncias, narrando clara e precisamente a imputação, segundo o contexto em que inserida. Rejeição da preliminar em questão. 3. *Esta Corte tem decidido que, para a caracterização da conduta tipificada no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, é indispensável a demonstração, já na fase de recebimento da denúncia, do "elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida"* (INQ 2.688, Rel. Min. *Cármen Lúcia*, Rel. p/ acórdão Min. *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, DJe de 12.2.2015). 4. Na hipótese dos autos, embora a acusação afirme a ocorrência de sobrepreço nos serviços prestados pela empresa contratada por meio de inexigibilidade de licitação, alegando desvio de rendas por parte do acusado (art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967), não se apontam, na denúncia, indícios consistentes que sustentem essas conclusões. 5. Da mesma forma, da documentação que acompanha a peça acusatória não se extraem indícios que permitam a imputação, ao acusado, da conduta tipificada no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/1967, porque não foi ele o responsável pelo empenho que teria sido emitido após a realização da respectiva despesa. 6. Denúncia rejeitada quanto ao denunciado detentor de foro privilegiado, enviando-se os autos ao primeiro grau para análise com relação aos demais. (Inq 4.104, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 22.11.2016, Acórdão Eletrônico DJe-259 divulg 05.12.2016 public 06.12.2016 - Grifou-se)

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no recurso extraordinário. Recurso especial. Diplomação superveniente ao cargo de deputado federal. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar as infrações penais contra membros do Congresso Nacional. Art. 102, I, b, da Constituição Federal. Crimes de dispensa irregular de licitação e de fraude à licitação (arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993). Vice-prefeito municipal. Condenação. Alegada incompetência da Justiça Federal. Inexistência. Competência atraída pela malversação de verba pública federal. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Aferição de eventual prejuízo causado ao erário. Análise da existência, ou não, do dolo específico do paciente de lesar os cofres públicos e obter vantagem ilícita. Exame da regularidade, ou não, do procedimento licitatório. Dosimetria. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Vedação. Súmula n. 279/STF. Incidência. Nulidades. Ausência de prejuízo. Recursos desprovidos. [...]. *8. O entendimento fixado pelo Tribunal* a quo *está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que para a configuração da conduta descrita nos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações, o agente deve agir impulsionado por dolo, ou seja, consciente da ilegalidade do ato que está praticando, ignorando as exigências legais para a contratação direta, ou simulando a presença das mesmas. Precedentes: Inq 2.648/SP, Rel. Ministra* ***Cármen Lúcia*** *e Inq 2.482/MG, Red. p/ acórdão, Ministro* ***Luiz Fux****. [...]*. (RE 696.533 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.09.2016, Processo Eletrônico DJe-204 divulg 23.09.2016 public 26.09.2016)

Ademais, o tipo do art. 89, parágrafo único, exceção à teoria monista, cria tipo autônomo para o terceiro diverso do agente público responsável pelo procedimento de dispensa ou inexigibilidade, que com ele concorre para irregular dispensa ou inexigibilidade, beneficiando-se. Perceba-se, pois, que é elemento descritivo do tipo o resultado material da dispensa ou inexigibilidade da licitação, que é a a efetiva adjudicação do objeto ao autor do crime descrito, ao contrário do crime da cabeça do artigo, cujo sujeito ativo é o agente público.

Os crimes do *caput* e parágrafo único do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, posto que distintos, possuem o elemento subjetivo comum de causar prejuízo ao erário por meio da dispensa ou inexigibilidade indevida, nos termos da jurisprudência dominante colacionada. Diversa é a situação do crime do art. 90 dessa mesma lei, cujo dolo específico exigido no elemento subjetivo do tipo é a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, após frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, por meio diverso do constante do crime do art. 89 da referida Lei. Por conseguinte, o dolo exigido específico exigido para o crime do art. 90 da Lei de Licitações é a adjudicação do objeto licitado ou vantagem correlata, não necessariamente o dano ao erário, como exige a jurisprudência para o crime do art. 89 da supracitada lei.

Nesse sentido, quanto ao tipo subjetivo do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, válidos são os apontamentos de BALTAZAR JÚNIOR, segundo o qual "*é o dolo, acompanhado de finalidade específica de obter, para si ou para terceiro, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação. Não há forma culposa*" (JUNIOR BALTAZAR, José Paulo. Crimes Federais 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 893).

Nesse sentido decidiu esta Quinta Turma:

> Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Crimes previstos no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, em continuidade delitiva. Dolo específico. Ausência de demonstração em algumas das condutas imputadas ao acusado. Absolvição em relação a esses crimes que se impõe, sem reflexos no aumento da pena privativa de liberdade pela continuidade delitiva. Diminuição da pena de multa. Majoração da pena-base devidamente fundamentada em circunstâncias judiciais desfavoráveis. *Quantum* de aumento. Discricionariedade do juiz. Falta de prequestionamento. Incidência dos Verbetes Sumulares n. 282 e 356 da Suprema Corte.
>
> I. *A ausência do dolo específico, consistente no especial fim de "obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação", enseja*,

> in casu, *a absolvição pela prática do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 em algumas das condutas praticadas em continuidade delitiva*.
>
> II. Na hipótese vertente, a remanescência de 9 (nove) outras condutas ilícitas autoriza a manutenção do aumento de pena, pela continuidade delitiva, no patamar de 2/3 (dois terços).
>
> III. A ausência de prequestionamento é óbice ao exame da matéria pela Corte Superior, a teor das Súmulas 282 e 356/STF.
>
> Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 185.188/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03.03.2015, DJe 12.03.2015)

No caso concreto, houve inadequação da modalidade licitatória convite, haja vista a superação do limite imposto pelo art. 23, I, "a", da Lei n. 8.666/1993. Outrossim, além de utilizar-se indevidamente de modalidade cuja competitividade é mais restrita, dentre os três participantes convidados, constavam o paciente e seu pai, que presentavam sociedades empresárias formalmente distintas, malgrado utilizassem o mesmo nome fantasia "Mundo dos Ferros". Analisando o arcabouço fático correlato, as instâncias ordinárias concluíram pela existência de ajuste e de combinação fraudulenta apta a frustrar o caráter competitivo da licitação, conclusão esta que não pode ser alterada nesta via restrita do *habeas corpus*, sob pena de indevido revolvimento fático probatório. Por fim, o dolo específico do tipo do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 restou demonstrado, pois patente a intenção de obter para outrem, o pai do paciente, a adjudicação do objeto licitado, o que efetivamente ocorreu no caso, alcançando o exaurimento do crime.

Ante o exposto, *não conheço* do *habeas corpus*.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 82.830-PR (2017/0075793-2)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho (preso)
Advogado: Luciano Saldanha Coelho - RJ076271
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Operação "Lava-Jato". Prisão preventiva. Alegação de inidoneidade da fundamentação do decreto prisional por ausência de *periculum libertatis*. *Segregação cautelar fundamentada concretamente na garantia da ordem pública, risco à aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal*. Recurso desprovido.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, e só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - A *concreta gravidade das condutas atribuídas ao recorrente e o justificado risco de reiteração criminosa, no entanto, revestem-se de idoneidade para justificar a segregação cautelar*. (Precedentes).

III - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade e bons antecedentes não têm o condão de, por si só, garantirem ao recorrente a revogação da prisão preventiva ou a aplicação de medida diversa da prisão, se *há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de da custódia cautelar* (precedentes).

IV - Mostra-se *insuficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão*, previstas no art. 319 do CPP, quando presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, como na hipótese.

Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de junho de 2017 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 7.6.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *Recurso Ordinário em* Habeas Corpus *(RHC)* interposto por *Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho*, com fundamento no art. 105, II, "a", da Constituição Federal, c/c os artigos 30 e 32 da Lei n. 8.038/1990, em face de acórdão proferido pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através do qual restou denegada a concessão da ordem almejada, sendo assim mantida a prisão preventiva decretada em desfavor do Recorrente.

A ementa do v. acórdão é a seguinte (fl. 227):

> Operação "Lava-Jato". *Habeas corpus*. Código de Processo Penal. Prisão preventiva. Materialidade e indícios de autoria. Presença dos requisitos. *Corrupção*. *Lavagem de dinheiro*. *Complexo envolvimento criminoso*. Novos paradigmas.
>
> 1. A *prisão provisória* é medida rigorosa que, no entanto, *se justifica* nas hipóteses em que *presente a necessidade, real e concreta*, para tanto.
>
> 2. Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a presença do *fumus commissi delicti*, ou seja, *prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria*, bem como do *periculum libertatis*, *risco à ordem pública*, *à instrução ou à aplicação da lei penal*.
>
> 3. A *complexidade* e as *dimensões* das investigações relacionadas com a denominada "Operação Lava-Jato", os *reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal*, bem como o *desvio de quantias nunca antes percebidas*, revela a *necessidade* de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a *prisão preventiva*, *adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos*.
>
> 4. Havendo fortes indícios da participação do paciente em "*organização criminosa*", em crimes de "*corrupção passiva*" e de "*lavagem de capitais*", todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram *vultosos prejuízos a sociedade de economia mista* e, na mesma proporção, em seu *enriquecimento ilícito* e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública (STJ/HC n. 302.604/RP, Rel. Ministro *Newton Trisotto*, *Quinta Turma*, julg. 24.11.2014).
>
> 5. A teor do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, é indevida a aplicação de medidas cautelares diversas, quando a segregação encontra-se justificada na *periculosidade social do denunciado*, dada a *probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada* (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 23.10.2014).
>
> 6. Ordem de *habeas corpus* denegada. (Destacou-se).

Alega o Recorrente que é primário, tem bons antecedentes e endereço fixo, *inexistindo motivo fático que demonstre a necessidade da prisão preventiva*, pois não há elementos que indiquem que possa voltar a delinquir.

Além disso, a *gravidade dos delitos, por si só, não é fundamento válido para se decretar a prisão preventiva*. Questiona, também, a *extemporaneidade do decreto prisional*, porque os fatos imputados teriam perdurado *até o ano de 2012*, ou seja, há cerca de 5 anos.

Acrescenta que não passa de mera ilação a menção da Corte *a quo* sobre a existência de valores a ser descobertos em poder do Recorrente, referindo-se que *inexiste a figura da prisão preventiva com finalidade de rastreamento de dinheiro de produto do crime*.

Sobre a conveniência da instrução criminal, aduz que colaborou com a Justiça quando prestou declarações à época em que fora conduzido à Superintendência da Polícia Federal no Rio de Janeiro, *não podendo ser prejudicado ao fundamento de que um outro réu* (*Carlos Miranda*) *teria suprimido provas* (exclusão de emails de interesse para a investigação).

Por fim, discorre que o decreto prisional não possui fundamentação idônea, tendo em vista que *deixou de analisar a possibilidade de imposição de medidas cautelares alternativas à prisão*.

Requer, ao final, seja dado provimento ao presente recurso ordinário, a fim de revogar a sua prisão preventiva.

O Recurso foi admitido na instância inferior (fls. 374-375), ascendendo, então, a este Superior Tribunal de Justiça.

A douta Procuradoria-Geral da República ofertou parecer às fls. 390-421.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Cuida-se de recurso em *habeas corpus*, no qual o Recorrente questiona os fundamentos utilizados para a decretação de sua prisão preventiva, no âmbito da assim chamada Operação "Lava-Jato".

Extrai-se dos autos que o Recorrente foi preso em 17 de novembro de 2016, em cumprimento ao decreto de prisão preventiva exarado pelo Juízo da

13ª Vara Federal de Curitiba/PR, em decorrência de investigações sobre *crimes de corrupção e lavagem de dinheiro* consistentes no recebimento de *vantagens indevidas*, no valor de *R$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil reais)*, em contrato celebrado entre a *Andrade Gutierrez e a Petrobrás para realização de obras de terraplanagem no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro - COMPERJ*.

No presente recurso a defesa não está questionando o *fumus comissi delicti*, pois houve pelo Juízo processante o recebimento da denúncia, com fundamentação acerca dos indícios de autoria e prova da materialidade.

Questiona a defesa a ***ausência do periculum libertatis***, alegando que *não estão presentes os requisitos relativos à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução, e para assegurar a aplicação da lei penal*.

Passo a analisar, portanto, se há ilegalidade no decreto de prisão preventiva, a justificar a concessão da ordem de *Habeas Corpus*.

Os fundamentos da prisão preventiva

A decisão pela qual se decretou a prisão preventiva do Recorrente consta às fls. 30-51 dos autos. Verifica-se que a *prisão foi decretada com base em três requisitos: a) para a garantia da ordem pública; b) para assegurar a aplicação da lei penal; c) por conveniência da instrução criminal*.

Analisando-se os fundamentos expostos pelo magistrado de primeiro grau e validados pelo Tribunal Regional Federal, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal que justifique o provimento do recurso.

Cumpre analisar separadamente cada um dos fundamentos.

A garantia da ordem pública

Acerca da decretação da prisão sob tal fundamento, constou da decisão do magistrado de primeiro grau (fls. 42-44):

"*Na assim denominada Operação Lavajato, identificados elementos probatórios que apontam para um quadro de* ***corrupção sistêmica****, nos quais ajustes fraudulentos para obtenção de contratos públicos e o pagamento de propinas a agentes públicos, a agentes políticos e a partidos políticos, bem como o recebimento delas por estes,* ***passaram a ser vistas como rotina e encaradas pelos participantes como a regra do jogo, algo natural e não anormal****.*

Embora as prisões cautelares decretadas no âmbito da Operação Lavajato recebam pontualmente críticas, o fato é que, ***se a corrupção é sistêmica e profunda,***

***impõe-se a prisão preventiva para debelá-la**, sob pena de agravamento progressivo do quadro criminoso. Se os custos do enfrentamento hoje são grandes, certamente serão maiores no futuro. O país já paga, atualmente, um preço elevado, com várias autoridades públicas denunciadas ou investigadas em esquemas de corrupção, minando a confiança na regra da lei e na democracia. Não há como ocultar essa realidade sem ter que enfrentá-la na forma da lei.*

Impor a prisão preventiva em um quadro de corrupção e lavagem de dinheiro sistêmica é aplicação ortodoxa da lei processual penal (art. 312 do CPP).

Assim, excepcional não é a prisão cautelar, mas o grau de deterioração da coisa pública revelada pelos processos na Operação Lavajato, com prejuízos já assumidos de cerca de seis bilhões de reais somente pela Petrobrás e a possibilidade, segundo investigações em curso no Supremo Tribunal Federal, de que os desvios tenham sido utilizados para pagamento de propina a dezenas de parlamentares, comprometendo a própria qualidade de nossa democracia.

*Em relação às condutas dos investigados, **a dimensão e o caráter serial dos crimes, com cobrança sistemática de propinas em contratos públicos e lavagem subsequente, de cerca de dez milhões de reais, pagos somente pela Andrade Gutierrez entre abril de 2007 a dezembro de 2012, com saldo a pagar, é característico do risco à ordem pública**.*

*Isso sem considerar as investigações que correm perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro e que apontam que o **grupo comandado por Sergio Cabral teria recebido propinas em contratos de diversas outras empreiteiras**, como da Carioca Engenharia (cerca de vinte e oito milhões de reais em propinas), da Delta Engenharia (valor não dimensionado), entre outras.*

***Considerando o modus operandi, é possível que tenha recebido propinas de todas as empreiteiras que participaram das obras no COMPERJ, como Odebrecht, Queiroz Galvão, Mendes Júnior, UTC Engenharia, com valores milionários**.*

*Há, enfim, relatos de **propinas em todas grandes obras realizadas no Rio de Janeiro durante o seu Governo**, como no Mergulhão de Duque de Caxias, reforma do Maracanã, obras em Manguinhos, COMPERJ, entre outros.*

***Embora Sergio Cabral não mais exerça o mandato de Governador**, **tem sido a praxe**, no âmbito da Operação Lavajato, **a realização de pagamentos extemporâneos de saldos de acertos de propina**, como ocorreu com os agentes da Petrobras Paulo Roberto Costa, Renato de Souza Duque e Pedro José Barusco Filho e com ex-parlamentares como José Dirceu de Oliveira e Silva e Pedro da Silva Correa*

de Oliveira Andrade Neto. ***Todos eles receberam pagamento de propinas, em espécie ou no exterior, mesmo depois de perderem seus cargos ou mandatos. Aliás, no próprio acerto com a Andrade Gutierrez com o grupo de Sergio Cabral, há saldo de propina a ser paga****.*

Não se pode ainda olvidar que alguém que exerceu dois mandatos de Governador e antes de Senador deve dispor de considerável rede de inluência nos negócios públicos federais e estaduais, mesmo já fora do exercício do poder formal*.*

[...].

Mas, além dos crimes de corrupção, o padrão de conduta verificado, com aquisições vultosas e em espécie de bens e a estruturação para ocultar e dissimular as transações, também ***indica a prática prolongada de crimes de lavagem, estendendo-se muito além do mandato de Governador, com operações que vão de 2007 a 2015 e chegam aos tempos atuais com, v.g., prestações vultosas de financiamento sendo pagas em espécie****.*

As provas são, em cognição sumária, da ***prática reiterada, profissional e sofisticada de crimes contra a Administração Pública e de lavagem de dinheiro por parte de Sergio Cabral*** *e de seu operador financeiro Carlos Miranda.*

A magnitude e a reiteração delitiva caracterizam risco à ordem pública." (Destacou-se).

O egrégio Tribunal Regional Federal, por sua vez, ao apreciar o *Habeas Corpus* impetrado em favor do ora Recorrente, entendeu que a prisão está devidamente fundamentada, não havendo ilegalidade a ser sanada pela via do *writ*.

De fato, verifica-se que a decisão pela qual foi decretada a prisão do Recorrente considerou haver *elementos probatórios que apontam para um quadro de corrupção sistêmica, sendo necessária a prisão para debelar a corrupção, e para evitar a prática de novos crimes*.

Segundo tal decisão, a dimensão e o caráter serial dos crimes, com *cobrança sistemática de propinas* em contratos públicos *e lavagem subsequente*, de cerca de dez milhões de reais, pagos somente pela *Andrade Gutierrez* entre abril de 2007 a dezembro de 2012, é característico de risco à ordem pública.

Ainda de acordo com referida decisão, considerando o *modus operandi*, é possível que todas as empreiteiras que participaram das obras do COMPERJ, como *Odebrecht*, *Queiroz Galvão*, *Mendes Júnior*, e *UTC Engenharia*, também tenham pago propinas, com valores milionários.

Menciona-se ainda haver indícios de que houve *pagamento de propinas em todas as grandes obras realizadas no Rio de Janeiro durante o mandato do Recorrente como Governador do Estado*, e que embora o Recorrente não exerça mais mandato, tem sido a praxe, no âmbito da Operação Lava-Jato, a realização de pagamentos extemporâneos de saldos de acertos de propinas, em espécie ou no exterior, não se podendo olvidar, ademais, que alguém que exerceu dois mandatos de Governador e antes de Senador tenha considerável *rede de influência nos negócios públicos federais e estaduais, mesmo já fora do exercício do poder formal*.

A decisão discorre, por fim, haver indícios da *prática prolongada de crimes de lavagem de dinheiro que vão de 2007 a 2015, estendendo-se até os dias atuais (prestações vultosas de financiamento sendo pagas em espécie)*, havendo provas, em cognição sumária, da prática reiterada, profissional e sofisticada de crimes contra a Administração Pública e de lavagem de dinheiro por parte do Recorrente e de seu operador financeiro *Carlos Miranda*.

Diante desse contexto, conclui-se que os fatos são de extrema gravidade, pois o Recorrente, ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro, é apontado como líder de um esquema de cobrança de propinas em obras e contratos no Estado do Rio de Janeiro.

Segundo **PACELLI** e **FISCHER**, é "*perfeitamente aceitável a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, desde que fundamentada na* ***gravidade do delito****, na natureza e nos meios de execução do crime,* ***bem como na amplitude dos resultados danosos produzidos pela ação***" (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 673).

A douta 2ª Turma do col. Supremo Tribunal Federal vem assentando que a gravidade concreta da conduta reveste-se de idoneidade para amparar a segregação cautelar. Neste sentido:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Constitucional. Tráfico de entorpecente. *Prisão preventiva* decretada com base em fundamentos idôneos. Periculosidade do recorrente evidenciada pelo *modus operandi*, *gravidade concreta* do crime e possibilidade de reiteração delitiva. Recurso ao qual se nega provimento.
>
> 1. *Este Supremo Tribunal assentou que a periculosidade do agente, evidenciada pelo* modus operandi, a *gravidade concreta* do *crime e o risco de reiteração delitiva são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar*. Precedentes.
>
> 2. Recurso ao qual se nega provimento (RHC n. 132.270/MS. *Segunda Turma*, Rel. Min. *Cármen Lúcia*. DJe de 7.4.2016, grifou-se).

Por outro lado, a alegação de que os crimes que lhe são imputados não ostentam grave ameaça e violência não é fundamento suficiente para se entender pela ausência de periculosidade do Paciente, sendo importante acrescentar, como já efetuado no julgamento do *HC n. 387.557*, que embora tais crimes (corrupção e lavagem de dinheiro) não sejam fisicamente violentos, causam profundos e nefastos danos à sociedade.

A corrupção, ainda mais quando envolve cifras milionárias, também causa, quase de imediato, mortes e violência, pois hospitais e escolas, por exemplo, deixam de prestar os serviços essenciais que deles se esperam, gerando assim mais mortes e falta de oportunidades sociais, e aumentando, com isso, a desigualdade social, o que gera, por sua vez, mais violência.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, essa constatação é ainda mais verdadeira, pois além de imensa desigualdade e da enorme violência, as contas públicas do Estado estão em ruínas, de modo que os serviços essenciais à população estão seriamente prejudicados.

Neste sentido, quem, tendo sido eleito para representar os interesses do povo, se dispõe a praticar crimes de tal monta, apresenta seguramente elevada periculosidade social a justificar a prisão preventiva, pois indica total desprezo ao bem estar da população, na medida em que mesmo ciente dos nefastos efeitos de seus atos, pratica os mencionados crimes. Isso é indicativo de que, estando em liberdade, poderá voltar a praticar crimes, pois como dito, a periculosidade social é acentuada.

A propósito da necessidade da prisão, o magistrado de primeiro grau mencionou, ainda (fl. 46):

"*Essa necessidade faz-se ainda mais presente diante da notória situação de ruína das contas públicas do Governo do Rio de Janeiro. Constituiria afronta permitir que os investigados persistissem fruindo em liberdade do produto milionário de seus crimes, inclusive com aquisição, mediante condutas de ocultação e dissimulação, de novo patrimônio, parte em bens de luxo, enquanto, por conta de gestão governamental aparentemente comprometida por corrupção e inépcia, impõe-se à população daquele Estado tamanhos sacrifícios, com aumentos de tributos e corte de salários e de investimentos públicos e sociais. Uma versão criminosa de governantes ricos e governados pobres*."

Acerca da alegada inexistência de risco de reiteração delitiva, verifica-se que o Recorrente também é réu em ação penal em trâmite na Justiça Federal

do Rio de Janeiro, processo n. 0509503-57.2016.4.02.5101. Realizada consulta ao sítio eletrônico do TRF da 2ª Região, foi possível ter acesso à decisão que recebeu a denúncia, em que se pode verificar o grande número de fatos que são imputados ao Recorrente.

Transcrevo excerto da decisão na parte em que o juiz processante cita os crimes imputados ao Recorrente:

"***FATO 01: Sérgio Cabral***, ***Wilson Carlos*** *e* ***Carlos Miranda***, *por 24 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva, previsto no Art. 317, § 1º, do CP, 62 na forma dos seus arts. 29 e 71;*

FATO 02: Sérgio Cabral, ***Wilson Carlos***, ***Hudson Braga*** *e* ***Wagner Jordão***, *por 25 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva, previsto no Art. 317, § 1º, do CP, na forma dos seus arts. 29 e 71;*

FATO 03: Sérgio Cabral *e* ***Wilson Carlos***, *pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, 64 na forma dos arts. 29 e 71 do CP;*

FATO 04: Sérgio Cabral, ***Adriana Ancelmo***, ***Carlos Bezerra***, ***Pedro Ramos*** *e* ***Carlos Miranda*** *65 por 64 vezes, e* ***Carlos Miranda***, *por 41 vezes, pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 71 do CP;*

FATO 05: Sérgio Cabral, ***Adriana Ancelmo***, ***Carlos Bezerra*** *e* ***Carlos Miranda***, *por 45 vezes, pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 71 do CP;*

FATO 06: Sérgio Cabral *e* ***Paulo Fernando***, *pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 71 do CP;*

FATO 07: Sérgio Cabral *e* ***Paulo Fernando***, *por 24 vezes, pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 71 do CP;*

FATO 08: Sérgio Cabral *e* ***Paulo Fernando***, *por 24 vezes, pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 71 do CP;*

FATO 09: Sérgio Cabral, ***Adriana Ancelmo*** *e* ***Luiz Igayara***, *pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 71 do CP;*

***FATO 10: Sérgio Cabral**, **Carlos Miranda** e **Luiz Igayara**, pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 71 do CP);*

***FATO 11: Sérgio Cabral**, **Carlos Bezerra** e **Luiz Igayara**, pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 71 do CP;*

***FATO 12: Sérgio Cabral**, **Adriana Ancelmo** e **Carlos Borges**, pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 71 do CP;*

***FATO 13: Sérgio Cabral**, **Carlos Miranda** e **Carlos Borges**, pela prática do crime de lavagem de ativos, previsto no Art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, na forma dos arts. 29 e 71 do CP;*

[...]

***FATO 21: Sérgio Cabral**, **Wilson Carlos**, **Hudson Braga**, **Carlos Miranda**, **Carlos Bezerra**, **Wagner Jordão**, **José Orlando**, **Adriana Ancelmo**, **Paulo Fernando**, **Pedro Ramos**, **Carlos Borges**, **Luiz Igayara** e **Luiz Paulo Reis**, pela prática dos crimes de quadrilha (até a entrada em vigor da Lei n. 12.850/2013, em 19 de setembro de 2013) e pertinência a organização criminosa (após a entrada em vigor da Lei n. 12.850/2013), previstos no art. 288 do CP e art. 2º, § 4º, II, da Lei n. 12.850/2013, 67 na forma do art. 29 do CP.*"

Como se percebe, tem-se que o Recorrente teria praticado o crime de corrução por mais de 50 vezes e o de lavagem de dinheiro por mais de 100 vezes.

A propósito, pelo que consta de informações noticiadas pelos meios de comunicação, o Recorrente responde a outras 7 ações penais, acusado de centenas de crimes de lavagem de dinheiro, e inclusive evasão de divisas por manter valores não declarados no exterior, sendo considerado, ademais, líder de uma verdadeira organização criminosa.

Diante disso, há elementos concretos a justificar o receio de haver a reiteração delitiva caso o Recorrente seja posto em liberdade, pois pelo que se denota, quando estava solto eram comum que praticasse crimes.

Vale registrar que, ao contrário do alegado pela defesa, a prática de crimes não cessou no ano de 2012, sendo mencionado que houve a prática de crimes de lavagem de dinheiro de 2007 a 2015 e até os dias atuais inclusive, pois foram identificados pagamento de vultosos financiamentos em espécie, no ano em que o Recorrente acabou sendo preso (2016).

Assim, é acertada a manutenção da prisão preventiva para evitar a prática de novos fatos delituosos. Assim também vem decidindo essa Corte em inúmeros julgados da Quinta e Sexta Turmas. Cito os seguintes julgados: *RHC n. 81.750/MG*, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Sebastião Reis Júnior*, DJe de 28.4.2017; *HC n. 371.363/SP*, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Rogerio Schietti Cruz*, DJe de 28.4.2017; *RHC n. 62.546/ES*, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Ribeiro Dantas*, DJe de 28.4.2017; *RHC n. 80.559/RS*, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe de 26.4.2017.

Já a alegação de que é primário e possui bons antecedentes não é impedimento para a decretação da prisão cautelar. Vejamos os seguintes precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas corpus*. Substitutivo do recurso constitucional. Inadequação da via eleita. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Fuga do distrito da culpa. Ausência de demonstração de ilegalidade ou arbitrariedade.
>
> [...]
>
> 4. O fato de o Paciente permanecer foragido, tendo ciência do processo, há quase 5 anos, constitui causa suficiente para caracterizar risco à aplicação da lei penal, autorizando a preventiva.
>
> 5. *No exame da segregação cautelar, a circunstância de ser primário, ter ocupação lícita e não ter antecedentes criminais não constitui óbice à decretação ou manutenção da prisão preventiva, desde que preenchidos os pressupostos e requisitos do art. 312 do CPP. Precedentes*.
>
> 6. *Habeas corpus* extinto sem resolução do mérito (HC n. 115.045/SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. *Rosa Weber*, DJe de 20.5.2013).
>
> Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Financiamento do tráfico de drogas. Prisão preventiva. Decisão fundamentada. Ordem pública. Primariedade e bons antecedentes. Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. Necessidade de exame do conjunto fático-probatório. Incompatibilidade. Ordem denegada.
>
> [...]
>
> 3. Como já decidiu esta Corte, "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos" (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03.06.2005), além de se caracterizar "pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação" (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18.05.2007).
>
> 4. *A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que*

> *presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP (HC 83.148/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 02.09.2005).*
>
> [...]
>
> 9. *Habeas corpus* denegado (HC n. 98754/SP, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Ellen Gracie*, DJe de 11.12.2009).

Vale registrar, ainda, que o Recorrente é suspeito inclusive de liderar uma verdadeira organização criminosa, sendo que para possibilitar o desmantelamento de tal organização e evitar a prática de novos crimes, a própria Suprema Corte de Justiça vem entendendo que nesses casos a prisão preventiva é necessária, senão vejamos:

> *Habeas corpus*. Alegação de ausência de fundamentação cautelar idônea para a prisão preventiva. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem indeferida.
>
> 1. Devem ser desconsiderados quaisquer fundamentos que não tenham sido expressamente mencionados no decreto de prisão preventiva, pois, na linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal, a idoneidade formal e substancial da motivação das decisões judiciais há de ser aferida segundo o que nela haja posto o juiz da causa, não sendo dado "ao Tribunal do *habeas corpus*, que a impugne, suprir-lhe as faltas ou complementá-la" (Habeas Corpus n. 90.064, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.6.2007; 79.248, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.11.1999; 76.370, Rel. Ministro Octavio Gallotti, DJ 30.04.1998).
>
> 2. A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva.
>
> 3. Ordem denegada (HC n. 95.024/SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. *Carmem Lúcia*, DJe de 20.2.2009).

A aplicação da lei penal

Verifica-se da decisão constante às fls. 30-51 dos autos que a prisão preventiva foi também motivada *para assegurar a aplicação da lei penal*. A respeito, constou da decisão (fl. 46):

"*Vislumbra-se ainda risco à aplicação da lei penal.*

Não foi ainda possível rastrear parcela considerável da propina paga pela Andrade Gutierrez a Sergio Cabral e seu grupo. Enquanto isso eles persistem na utlização do produto para aquisição de bens, mediante operações em espécie e estruturação de transações, o que dificulta ou inviabiliza rastreamento financeiro.

Enquanto não houver rastreamento completo do dinheiro e a identificação de sua localização atual, há um risco de dissipação do produto do crime, o que inviabilizará a sua recuperação. Enquanto não afastado o risco de dissipação do produto do crime, presente igualmente um risco maior de fuga ao exterior, uma vez que os investigados poderiam se valer de recursos ilícitos para facilitar fuga e refúgio no exterior.

Assim, a prisão cautelar, além de prevenir o envolvimento dos investigados em outros esquemas criminosos, bem como prevenir o recebimento do saldo da propina em acertos de corrupção, também terá o salutar efeito de impedir ou dificultar novas condutas de ocultação e dissimulação do produto do crime, já que este ainda não foi recuperado, o que resguardará a aplicação da lei penal, que exige identificação, sequestro e confisco desses valores."

Como se denota, o magistrado argumentou que ainda não foi possível rastrear parcela considerável da propina paga ao Recorrente e ao seu grupo, de modo que enquanto não houver rastreamento do dinheiro e a identificação de sua localização atual, há risco de dissipação do produto do crime, o que inviabilizará a sua recuperação. Além disso, considerou haver risco maior de fuga ao exterior, uma vez que o Recorrente poderia se valer de recursos ilícitos ainda não rastreados para facilitar fuga e refúgio no exterior.

Pois bem, há indícios de que o Recorrente *recebeu vantagens indevidas não somente em relação às obras de terraplanagem do COMPERJ*, mas a *vários outros contratos celebrados pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro em relação a obras de engenharia*.

Somente da empresa *Andrade Gutierrez*, por exemplo, estima-se que o recebimento de vantagens indevidas alcançou o montante de dez milhões de reais. Assim, considerando que no caso COMPERJ a propina seria de 2,7 milhões, *tem-se que há mais de 7 milhões ainda não identificados que poderiam estar sendo utilizados pelo Recorrente*.

Neste sentido, *permitir a liberdade do Recorrente significa diminuir as chances de haver o rastreamento e o sequestro das vantagens indevidas recebidas*. Isso, evidentemente, frustraria a aplicação da lei penal, no sentido de impossibilitar o sequestro das quantias recebidas indevidamente.

Essa fundamentação foi confirmada pelo TRF4 no julgamento do *habeas corpus* e estes mesmos fundamentos foram acolhidos por esta Corte de Justiça ao julgar o RHC de Jorge Luiz Zelada (*RHC n. 78.534*), *Habeas Corpus* de Eduardo Cunha (*HC n. 382.493*) e *Habeas Corpus* de Antonio Palocci (*HC n. 387.557*).

Não se pode desconsiderar, por outro lado, o risco de fuga ao exterior, pois diante da probabilidade de o Recorrente ser condenado pela prática de vários crimes aqui no Brasil, aliada à existência de indícios de que ainda possui valores milionários à sua disposição, pode-se concluir que a fuga ao exterior é bastante plausível, pois seria possível ao Recorrente viver o resto de sua vida com os recursos ilícitos angariados, num país onde a extradição para o Brasil não ocorreria.

Conveniência da instrução processual

Em relação *à conveniência da instrução criminal*, entendeu o juiz de primeiro grau e o TRF4 que há risco à investigação e à instrução criminal, pois há indícios de que *Carlos Miranda* (corréu apontado como operador financeiro do Recorrente) teria, sozinho ***ou a mando***, suprimido provas consistentes em mensagens eletrônicas que poderiam comprometer criminalmente o Recorrente.

Sobre isso, aduz o Recorrente que nada o vincula a essa suposta prática, não podendo assim ser afetado. Contudo, há provas indicando que *Carlos Miranda* era operador financeiro do Recorrente no esquema criminoso do qual participavam. Assim, ao apagar e-mails, pode-se afirmar que tinha ao menos autorização implícita do Recorrente para assim proceder.

Como bem anotou o Exmo. Sr. Des. Leandro Paulsen no voto que proferiu, "[...] *em face das características dos delitos em questão, para cujo cometimento basta o uso da influência política, e da lavagem e supressão de provas, que podem ser realizadas por interpostas pessoas mediante comando do paciente, medidas cautelares diversas da prisão seriam insuficientes, incapazes de conter a reiteração e de assegurar a instrução e o resultado útil do processo*."

Das medidas cautelares alternativas da prisão

Como se percebe, em virtude da necessidade da prisão preventiva, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão é insuficiente para resguardar a ordem pública, a aplicação da lei penal e a instrução processual.

Este é o entendimento que vem sendo firmado no âmbito desta col. Quinta Turma em processos relacionados à Operação "Lava-Jato", desde a relatoria do em. Ministro *Newton Trisotto* (Desembargador convocado do TJ/SC), em casos como os a seguir identificados: *HC n. 323.331/PR*, DJe de 30.9.2015; *RHC n. 56.642/PR*, DJe de 7.5.2015; *HC n. 312.684/PR*, DJe de 30.3.2015; *HC n.*

312.683/PR, DJe de 23.3.2015, *HC n. 312.368/PR*, DJe de 10.3.2015. Cito também os seguintes julgados de minha relatoria *RHC n. 75.286/PR*, DJe de 14.11.2016; *RHC n. 73.383/PR*, DJe de 14.10.2016; *RHC n. 69.575/PR*, DJe de 3.6.2016.

Em suma, os graves crimes supostamente ocorridos e revelados pela Operação "Lava-Jato" reclamam uma atuação firme do Poder Judiciário, no sentido de desmantelar os esquemas criminosos e evitar a reiteração das práticas delituosas, possibilitando, no mais, a devida apuração dos fatos criminosos praticados contra a Administração Pública e, em última análise, contra a própria população brasileira, sendo a prisão preventiva, na hipótese, a única medida cabível para atingir tais objetivos.

Ante o exposto, *voto por negar provimento* ao recurso ordinário.

RECURSO ESPECIAL N. 1.430.899-RS (2014/0017690-4)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Adriana Guinthner
Advogado: Jader da Silveira Marques - RS039144
Assist. Ac: Jan Rene Morem Ruschel
Advogado: Fábio André Adams dos Santos e outro(s) - RS050313

EMENTA

Processual Penal. Recurso especial. Impronúncia. Indícios suficientes de autoria. Sentença de primeira instância e voto vencido. Art. 413 do CPP. Competência do Tribunal do Júri. Recurso especial provido em parte.

1."Como é sabido, a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não exigindo prova incontroversa da existência do crime, sendo suficiente que o juiz se convença de sua materialidade. Por outro lado, quanto à autoria, não é necessária a certeza exigida para

a condenação, bastando que existam indícios suficientes de que o réu seja o autor." (REsp 578.585/PA, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Sexta Turma*, julgado em 6.10.2009, DJe 26.10.2009).

2. Recurso especial parcialmente provido para determinar que o Tribunal de origem, superada a questão referente à existência de indícios, prossiga no exame das demais matérias do recurso em sentido estrito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Jader da Silveira Marques (p/recda) e Dr. Roger Alves da Rocha (p/assist. ac)

Brasília (DF), 20 de junho de 2017 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 28.6.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de recurso especial interposto pelo ***Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul***, com amparo no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquela unidade federativa, assim ementado:

> *Recurso em sentido estrito. Juri. Homicídio qualificado. Artigo 121, § 2º, I e IV Prova ilícita. Pronúncia. Irresignação defensiva*. As supeitas levantadas contra a ré são circunstanciais e baseadas em algumas imprecisões (e não contradições) encontradas em seu relato por ocasião da reconstituição do crime, bem como, na reinterpretação que algumas testemunhas fizeram sobre eventos envolvendo o casal, depois que o disque-disque "condenou" a ré pela morte da vítima.

> Quanto às imprecisões apontadas na versão apresentada pela ré, como reconhecido pela perita criminalística, "são elementos circunstanciais que vão ter que partir de uma... não são técnicos" e constata-se que a perita avançou em área especialíssima, fazendo a análise da credibilidade do relato da ré, evidentemente sem levar em consideração todos os fatores que influenciam a recuperação da memória humana. É certo que há alguns poucos relatos de brigas do casal, porém, nenhuma das versões apresentadas na instrução coloca a ré como autora do homicídio do companheiro e, ainda que se trate de discussões ríspidas e exacerbadas, não podem ser consideradas, por si só, indícios suficientes para submeter a ré a julgamento pelo Tribunal do Júri. É caso de impronúncia. (e-STJ, fl. 1.633).

Nas razões recursais, a acusação sustenta violação dos arts. 74, § 1º, 155, 413 e 414, todos do Código de Processo Penal.

Aduz que "a maioria vencedora, ao despronunciar a ré Adriana, efetivou exame aprofundado da prova coligida nos autos, emitindo juízo de valor acerca de supostas falhas na investigação, apontando hipotéticas inconsistências na versão acusatória que deu respaldo à decisão de pronúncia, em primeiro grau, justificando, de outra parte, as graves contradições e imprecisões na versão pessoal da primeira imputada, desmentidas pela prova técnica." (e-STJ, fl. 1.738). Diz que, "a fim de que a decisão encontrasse conformidade com o entendimento das Cortes Superiores, não poderia a sua fundamentação valer-se de tão aprofundada valoração das provas produzidas" (e-STJ, fl. 1.739). Aqui, alerta que na fase de pronúncia, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*.

Nesse sentido, afirma que "houve, em suma, opção por uma vertente probatória (versão pessoal da acusada Adriana - 'em síntese, não há testemunhas presenciais, já que apenas a ré presenciou o fato, bem como não há nenhum indício que indique alguma intenção real de a ré matar o companheiro") em detrimento de outra (a que amparou a pronúncia, tachada como mero "disque-disque" que "condenou a ré pela morte da vítima'), o que não é possível em sede de exame de admissibilidade da acusação, porquanto tal valoração, por força do artigo 5º, XXXVII, "d", da Constituição Federal, incumbe aos juízes naturais da causa, isto é, aos integrantes do Tribunal do Júri". (e-STJ, fl. 1.738)

Sustenta que a Corte local confundiu "prova indiciária" com com "indícios suficientes de autoria ou de participação", contrariando os arts. 413 e 414 do CPP.

Assim, defende que "a irresignação em apreço não importa reexame de provas, mas, sim revaloração dos adminículos probatórios expressamente

consignados no decisum ou por ele afastados, o que afasta, de plano, a incidência da Súmula n. 7 do Superior tribunal de Justiça." (e-STJ, fl. 1.750).

Nestes termos, pleiteia a pronúncia de Adriana Guinthner.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 1.761-1.776).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 1.804-1.810).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): A jurisprudência desta Corte guia-se no sentido de que "desconstituir o entendimento do Tribunal de origem, de que inexiste prova suficiente da autoria do delito, exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula n. 7/STJ." (AgRg no REsp 1.381.154/RS, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 15.12.2015, DJe 02.02.2016). Ainda nesse sentido: AgInt no REsp 1.582.122/RS, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, *Sexta Turma*, julgado em 24.05.2016, DJe 13.06.2016.

No caso dos autos, entretanto, há peculiaridades que merecem análise mais detalhada.

Inicialmente, convém lembrar, nos termos do art. 413 do CPP, que a pronúncia não depende de provas da autoria, basta a "existência de indícios suficientes de autoria ou de participação".

Destaque-se que "somente quando evidente a inexistência de crime ou a ausência de indícios de autoria – em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e estreme de dúvidas – pode o julgador julgar improcedente a pretensão punitiva, impronunciando o réu, sendo que eventuais dúvidas sobre tais circunstâncias deverão ser dirimidas apenas pelo Tribunal do Júri." (HC 14.130/RJ, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Quinta Turma*, julgado em 07.06.2001, DJ 27.08.2001, p. 356).

Estabelecidas essas balizas, verifique-se que, no presente feito, surgiram duas vertentes igualmente plausíveis.

De um lado, o Juízo de primeiro grau e um dos três Desembargadores que compuseram o colegiado para julgamento do recurso em sentido estrito

(voto-vencido) entenderam que havia, nos autos, elementos suficientes para a pronúncia.

Por outro, a Desembargadora Relatora, acompanhada pelo terceiro integrante do Órgão julgador em segunda instância, entendeu não haver indícios suficientes para a submissão da ora recorrida a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Observe-se, primeiro, algumas considerações pertinentes levantadas pelo Juízo singular quanto às inconsistências encontradas na narrativa dos fatos por parte da recorrida:

> (...) Ao prestar depoimento no dia do crime, ***Adriana*** *declarou que acordou com uma mão na sua boca*, tendo essa pessoa feito com que ela levantasse e ficasse de pé, do seu lado da cama, ficando essa pessoa a suas costas, puxando-a contra o peito, e anunciando o assalto. Chamou baixinho pela vítima (Chuchu), o qual acordou e fez uma expressão de susto, ocasião em que o "assaltante" atirou três vezes na direção da vítima. *Disse Adriana, que o tal indivíduo segurou-a com a mão esquerda e atirou com a direita, mantendo a mão na sua boca enquanto atirava "O indivíduo parou próximo da metade da cama, do seu lado da cama (de Adriana), e dali atirou*. Quando ele atirou, ***Paulo*** *estava deitado com a barriga para cima..."* Relatou que esse indivíduo atirou e logo fugiu. Disse não ter visto por onde o indivíduo entrou e saiu.
>
> Porém, *o laudo pericial n. 18.592/2006 possui várias conclusões que não conferem com o narrado por* ***Adriana***:
>
> No item V do laudo, consta que: '*a vítima, quando surpreendida pelo ataque, encontrava-se deitada na cama, em decúbito lateral esquerdo*, com a face voltada para a parede perimetral esquerda do prédio, e com o membro superior flexionado à frente do rosto'. Mais adiante, mas no mesmo parágrafo, ainda falando do primeiro tiro que atingiu a vítima, os peritos descreveram: *O tiro partiu de uma arma com a boca de seu cano postada a uma distância máxima de 30 cm* da região do ferimento, haja vista a zona de tatuagem e de esfumaçamento que restou no rosto do cadáver'. *Após o primeiro tiro, a vítima iniciou o movimento para a sua direita, recebendo, imediatamente, o segundo tiro*'.
>
> Por fim, concluíram os peritos: 'A disposição em que encontramos os estojos. no piso sob a janela e à esquerda da cama, *corroboram no sentido de colocar o atirador, ou pelo menos a mão que empunhava a pistola, sobre a cama, próximo à vítima* e um pouco acima dela, *formando um ângulo de cerca de 25º relativamente ao eixo transversal da cama*, no momento em que foram desferidos os tiros.'
>
> Como dito acima, *essas constatações periciais colocam em xeque o que foi dito por* ***Adriana***, pois, segundo o relato dela, por ocasião do primeiro tiro a vítima estava deitada com a barriga para cima e chegou a olhar para o atirador, fazendo uma expressão de susto. Os policiais militares Rudimar, Gilberto e Sérgio,

primeiros a atenderem a ocorrência, também disseram que *Adriana* afirmou-lhes que a vítima olhou para o atirador antes de receber o primeiro tiro. Porém, a perícia apurou que *Paulo* estava deitado de lado para seu lado esquerdo, com a face voltada para a parede quando do primeiro tiro (e não de frente para o atirador).

Adriana também disse que o atirador estava atrás dela, em pé, na altura da metade da cama, do lado dela (porta). Conclui-se, por esse relato, que o atirador estava há uma distância de no mínimo 1 metro da vítima no momento desse primeiro tiro, enquanto a perícia constatou que ele estava há uma *distância máxima de 30 cm* da região do ferimento, haja vista a zona de esfumaçamento que restou no rosto do cadáver.

Por fim, a perícia constatou que o atirador ou a mão que empunhava a pistola, sobre a cama, estava próximo à vítima e um pouco acima dela, formando um *ângulo de cerca de 25º* relativamente ao eixo transversal da cama, no momento em que foram desferidos os disparos. Isso também põe em dúvida a versão de Adriana, na medida que uma pessoa, ao atirar em pé, ficaria em um ângulo muito superior a 25º.

Outra questão duvidosa e que coloca sob suspeita as declarações de ***Adriana*** *é o local por onde 'o(s) assaltante(s)' teria(m) entrado na casa, pois não foi constatado nenhum sinal de arrombamento*. Adriana mesma disse que a porta pantográfica, a qual fora encontrada aberta pelos policiais, nunca era aberta, permanecendo sempre fechada. Noêmia, mãe da vítima, declarou que na tarde de sábado deixou a porta de ferro com vidro (que fica imediatamente antes da grade pantográfica externa) deschaveada, deixando as chaves em cima da cristaleira, mas *afirmou que a pantográfica ficava sempre chaveada*. Régis, irmão da vítima, primeira pessoa a chegar no local após os fatos, disse ter notado que a grade pantográfica e a porta de vidro estavam completamente abertas. Os policiais militares Rudimar, Gilberto e Sérgio também disseram que no local verificaram que a grade pantográfica e a porta de ferro e vidro estavam abertas. A empregada da casa da vítima, Nilva Ott da Silva, disse que a porta pantográfica é muito ruim de abrir, pois é empurrada lateralmente e tranca, pois está enferrujada e é muito pesada para abrir, fazendo bastante barulho.

Estranho alguém ter entrado por essas portas, pois os policiais militares Rudimar e Sérgio afirmaram que examinaram a moto que estava estacionada há 30 ou 40 cm da parede lateral da garagem (próxima à pantográfica, cfe. fotos) e constataram que tanto ela como os carros estavam empoeirados, sendo que dificilmente alguém passaria por ali sem encostar na moto e tirar a poeira.

Outra questão, é que foi apreendida uma camiseta que ***Adriana*** *disse usar na hora dos fatos e encaminhada para a perícia, tendo ela dito, ainda, que tal camiseta possuía um rasgão embaixo do braço, devido ao tempo de uso. Também afirmou que, após os tiros, mexeu no corpo da vítima. Porém, os policiais militares disseram que estranharam o fato de as roupas de* ***Adriana*** *não estarem sujas de*

> *sangue, pois a cama estava muito ensangüentada*. O PM Rudimar disse, ainda, que *Adriana* declarou-lhe estar nua na cama, ao lado da vítima, no momento dos tiros. Pergunta-se: Afinal, ela estava nua na hora dos tiros ou usava uma camiseta, que foi apreendida e a perícia constatou não haver vestígios de pólvora?
>
> O fato de os Laudos Periciais realizados em uma camiseta de Adriana - que estaria sendo usada por ela no momento do crime - e o exame residuográfico de chumbo nas mãos dela, terem dado negativos, não induzem, por si só, a sua não participação nos fatos, pois os próprios peritos informaram que esses resultados não têm valor isolado, devendo ser aliados a outros elementos vinculados ao fato para ...
>
> Assim, *diante de tantas contradições, há fortes indícios da participação de* ***Adriana*** *no crime como executora ou, pelo menos, colaboradora/facilitadora*. (e-STJ, fls. 1.518-1.522)

O magistrado acrescenta a existência de claros e múltiplos indícios de autoria, contrários à recorrida, oriundos também da colheita da prova testemunhal:

> Afora isso, veja-se que a *testemunha Eliana Sarres Pessoa, que atuou como perita, contou*, em juízo, na primeira oportunidade em que foi inquirida, *que a acusada*, ao descrever como havia ocorrido o fato, *salientou que alguém a puxou com a mão esquerda e ficou com a mão na frente da sua boca, o que a impediu de gritar*, e, logo após, atirou na vitima com a mão direita. Entretanto, referiu *que não seria possível que os fatos tivessem ocorrido dessa forma, pois o executor não poderia segurar a acusada com a mão direita e ter atirado com a mesma mão. Esclareceu que tentaram reconstituir o fato duas vezes utilizando a mão esquerda para tirar a ré da cama e que não seria possível o agente fazê-lo dessa forma*. Afirmou que seu colega, que fez o papel de atirador, na reconstituição, só conseguiu tirar a ré da cama e colocá-la contra o seu peito, como esta havia relatado, com a mão direita. Então, na hora de atirar no ofendido, teria que soltar ré para fazê-lo. Além disso, reiterou as demais contradições já apontadas no laudo e transcritas acima e, por fim, disse que *não encontraram nenhum indício que isentasse Adriana de ter participado do delito*, bem como que *esta não estabeleceu uma dinâmica possível de como este teria ocorrido* (fls. 593/602 e 605/619).
>
> Já a *testemunha Jussara Oliveira*, que residia no mesmo terreno em que a vítima, afirmou, em juízo, que, numa sexta-feira à noite, no final de julho, início de agosto, *escutou a vítima perguntar para a denunciada Adriana se esta queria lhe matar, referindo que seus funcionários haviam feito uma reunião consigo, dizendo para que se cuidasse*, tendo a ré, imediatamente, respondido que não. Além disso, salientou que. no começo de setembro, acordou com a vítima dizendo "Não tá bom? Vai embora então, Preta. Pega as tuas coisas e vai embora. Não tá bom assim? Vai embora", (fls. 493/501).

> No mesmo sentido, é o relato da mãe da vítima. Noêmia, a qual afirmou que Jussara Oliveira, que é sua inquilina, havia lhe contado que numa sexta-feira à noite, após uma janta que o falecido havia organizado, tinha ouvido uma discussão deste com a acusada, na qual ele dizia "Tu vais me matar né? Com certeza tu vais me matar" (fls. 456/471).
>
> O irmão da vitima, Régis Ruschel, referiu que seu cunhado disse que o ofendido teria lhe confidenciado que havia pedido para a denunciada Adriana sair de casa (fls. 472/475).
>
> [...]
>
> A testemunha Nelson Carlos Matzenbacher Ferrão, cunhado da vítima, referiu que este havia lhe confidenciado, durante uma reunião de família, que, naquela semana, já havia mandando a ré Adriana embora duas vezes, mas que esta recusava-se a sair (fls. 1.073/1.077).
>
> A *testemunha Alminda Padoan de Araújo*, vizinha do réu e da vitima, referiu, em juízo, que *ouviu, na noite em que ocorreram os fatos, que alguém havia aberto a porta pantográfica da casa do ofendido, a qual ficava muito próxima da sua casa, salientando que esta somente era aberta eventualmente e durante o dia*. Demais disso, afirmou que, havia um ano e meio, escutava inúmeras brigas do casal, salientando que eram conturbadas e ocorriam diariamente, principalmente quando a mãe da vitima não estava em casa. Salientou que uma semana antes da vítima ser assassinada, ouviu-a mandando a ré Adriana ir embora, a qual respondeu "Eu não vou embora. Porque a tua mãe não paga as contas." Esclareceu que jà havia ouvido o ofendido dizer para a acusada "Vai embora, vagabunda", bem como "Tu acha que eu sou árvore que dá dinheiro" (fls. 1.107/1.118).
>
> No mesmo diapasão, são as declarações da testemunha Leanir da Silva Freitas, que também era vizinha do ofendido e da denunciada Adriana, e salientou que havia ouvido inúmeras brigas do casal, afirmando que escutava a vitima chamar a ré de puta e vagabunda, e esta respondia, mandando o ofendido cobrar a mãe dele (fls. 1.119/1.126).
>
> Diante desse contexto, *entendo que recaem sobre a denunciada Adriana indícios suficientes de participação no homicídio de Paulo César Ruschel, seu então companheiro, não se podendo descartar, de plano, seu envolvimento no delito. Cabe, portanto, submeter o caso ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri*, a fim de que defina qual versão deve prevalecer: a da acusação ou a de negativa de autoria sustentada pela denunciada.

Por outro lado, a eminente Desembargadora Relatora entendeu que não havia "*prova* estreme de dúvidas de não ser a ré autora ou partícipe" (grifou-se):

> No caso, não há prova estreme de dúvidas de não ser a ré autora ou partícipe, dito como na decisão embargada, "não é caso de absolvição sumária, pois que

não se pode descartar a possibilidade do envolvimento da ré no crime que vitimou o companheiro dela" (fl. 1.439v).

Contudo, os indícios de autoria ou participação apontados pela acusação, como detalhadamente analisados no acórdão embargado, não são suficientes para alicerçar a decisão de pronúncia, assim, impondo-se a impronúncia, de acordo com o disposto no art. 414 do Código penal - Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado – hipótese aqui reconhecida, por maioria. (e-STJ, fl. 1.723)

Em seu voto, ela trouxe os seguintes questionamentos acerca dos indícios apontados na sentença:

Aliás, da análise de todo o acervo probatório, verifica-se que, *convicta da autoria atribuída à ré Adriana (ela estava no local do fato), a investigação fez-se cega para qualquer outra possibilidade no tocante à autoria* - cobrança de dinheiro emprestado: a vítima guardava diversos títulos de crédito em seu local de trabalho, que, juntamente com outros documentos, foram retirados do local pela ex-mulher logo na abertura do Fórum no primeiro dia útil que se seguiu a morte da vítima, documentos em parte restituídos à autoridade policial (fls. 94/95, fl. 271/273 e 503 - Sandra Mara Moren - Nós levamos documentos que tinha nas gavetas - e 648/649, 664/765); anterior arrombamento da residência e furto de dólares da vítima, com informação de recuperação de parte do valor (fls. 350/351); bilhete com ameaças à vítima, à ré e a mãe da vítima - fl. 96; notícia de investigação realizada pelo Ministério Público quanto ao envolvimento da vítima com traficantes de drogas limitando-se a buscar cegamente indícios para confirmar a autoria a ela atribuída e seus os possíveis comparsas.

[...]

Muito embora o deferimento de todas as diligências postuladas pela autoridade policial, especialmente interceptações e quebras do sigilo telefônico de vários números, todas vinculados à ré (fls. 288/291), a acusação não conseguiu qualquer indicio da autoria a ela atribuída, reconhecendo o policial Jorge Luz dos Santos, que receberam muitas informações anônimas falsas, "tentando desviar ou ao menos prejudicar o andamento da investigação", como "a informação que o *Luciano*, o Gordo, seria um dos culpados e estaria escondendo a arma do crime na casa dele em Canudos. Nós fomos lá, é uma casa de madeira e não encontramos nada" (fl. 1.081).

Então, a pergunta, a quem interessava desviar ou ao menos prejudicar a investigação? Com certeza não seria à ré Adriana, na medida em que ela sempre figurou na investigação como a principal responsável pela morte da vítima, só mudando a parceria (Luciano, Régis e os irmãos Luis Fernando e Sandra).

[...]

> Portanto, a**s** *suspeitas levantadas contra a ré são circunstanciais e baseadas em algumas imprecisões (e não contradições) encontradas em seu relato por ocasião da reconstituição do crime, bem como, na reinterpretação que algumas testemunhas fizeram sobre eventos envolvendo O casal* (destacando o depoimento da mãe da vítima na repartição policial - Que Paulo e Adriana tinham um bom relacionamento, sendo muito carinhosos um com o outro - fls. 197/198 e aqueles apresentados em juízo - fls. 456/471), depois que o disque-disque "condenou" a ré pela morte da vítima. Quanto às imprecisões apontadas na versão apresentada pela ré, como reconhecido pela Perita Criminalística Eliana Sarres Pessoa, "são elementos circunstanciais que vão ter que partir de uma... não são técnicos" (fl. 616). E constata-se que a perita avançou em área especialíssima, fazendo a análise da credibilidade do relato da ré, evidentemente sem levar em consideração todos os fatores que influenciam a recuperação da memória humana, como visão, atenção, percepção e falhas nos mecanismos de codificação e recuperação da memória.
>
> Por oportuno, chama atenção que na reconstituição a vítima estaria deitada na extremidade esquerda da cama (fotos 2/6 e 10 - fls. 70/74). Ocorre que tal posição não é a mesma retratada pelas fotos 07 e 08 dos vestígios da ocorrência (fls. 34), quando a vítima está posicionada mais ao centro da cama. Aliás, a testemunha Régis Emir Ruschel, irmão da vítima, sobre a posição do corpo da vítima, declarou: "Ele estava quase no meio da cama, virado pro lado da porta, com a cabeça virada pro lado da porta, (inaudível) direita dele assim" (fl. 473). No entanto, parece que a perita não se aperceu desta imprecisão, e isso pode fazer muita diferença quanto à distância de poucos centrímetros, a mais ou a menos, entre a arma e a vítima. (e-STJ, fls. 1.639-1.645)

Por fim, a Relatora reconheceu a complexidade do caso e destacou não se tratar de absolvição sumária, mas insistiu na tese de impronúncia:

> Repito, aqui, não é caso de absolvição sumária, decisão que exige a presença de circunstância que exclua o crime ou isente a ré de pena, segundo dispõe o artigo 411 do Código de Processo Penal, e impede a renovação do processo por superveniência de provas.
>
> Trata-se de impronunciar a ré, diante da fragilidade dos indícios (meras suposições) da autoria do delito de homicídio imputado à recorrente, situação completamente diversa da absolvição sumária, permitindo, na hipótese de surgimento de novos elementos probatórios contra a impronunciada, que se impulsione novamente a ação penal. (e-STJ, fl. 1.649)

De todo modo, destaque-se que, ao contrário da conclusão a que chegou a eminente Desembargadora Relatora, os indícios de autoria não se apresentam a partir de meras suposições. Ademais, sua afirmação de não existir "prova estreme

de dúvidas" é inócua, pois esse tipo de prova é a que se exige para condenar, e não a que se requer na fase de pronúncia (prova meramente indiciária).

Antes de mais nada, destaque-se que Renato Brasileiro ensina que o art. 413 do CPP, "ao fazer uso da expressão indícios, referiu-se (...) à prova semiplena, ou seja, àquela prova de valor mais tênue, de menor valor persuasivo." Ou seja, "provas que autorizem um juízo de probabilidade de autoria ou de participação" (Manual de processo penal, 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.338).

A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da impossibilidade de se retirar do Tribunal do Júri a competência de apreciar controvérsia similar à posta nos autos:

> Recurso especial. Arts. 121, *caput*, e 125, ambos do Código Penal. Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Dúvida se o óbito da vítima seria ou não resultado de um crime ou de um lamentável acidente de carro. Ofensa ao art. 408 do Código de Processo Penal (atual art. 413 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008). Existência de duas versões sobre os fatos. Laudo pericial e indícios de autoria. Competência do Tribunal do Júri.
>
> 1. De ressaltar que a questão posta no recurso especial é meramente jurídica, visto que "a revaloração da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento." (REsp 878.334/DF, Relator Ministro *Felix Fischer*, DJ 26.02.2007)
>
> 2. No caso, o cotejo entre os votos vencedores e o voto vencido do acórdão recorrido evidencia de pronto que a solução adotada, por maioria, pelo Tribunal de origem, violou o art. 408 do Código de Processo Penal (atual art. 413 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008).
>
> 3. Ora, se voto vencido e vencedor conseguem detectar versões antagônicas a respeito dos fatos, uma das quais incompatível com a tese de que a morte teria sido acidental, o Tribunal de origem não poderia, simplesmente, adotar a versão mais favorável ao réu, suprimindo a competência do Júri para julgar o feito, notadamente se, para tanto, não houve a necessidade de incursão aprofundada no acervo probatório, incabível na fase de pronúncia.
>
> 4. Assim, havendo indícios de que o suposto acidente de carro seja na verdade um crime de homicídio perpetrado pelo ora recorrido contra sua cônjuge, a questão deve ser remetida para o Júri Popular, juízo natural para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida.
>
> 5. Com é sabido, a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não exigindo prova incontroversa da existência do crime, sendo suficiente que o juiz se convença de sua materialidade. Por outro lado, quanto à autoria, não é

> necessária a certeza exigida para a condenação, bastando que existam indícios suficientes de que o réu seja o autor.
>
> 6. Recurso especial provido para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de primeiro grau, que pronunciou o recorrido pela suposta prática dos crimes de homicídio simples e provocação de aborto. (REsp 578.585/PA, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 06.10.2009, DJe 26.10.2009)

A propósito, veja-se que a Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, em obra doutrinária, diz que "indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo" (A prova por indícios no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

Dito isso, observe-se que, no caso concreto, ao contrário do que aponta a em. Relatora, há vários indícios que apontam para a participação da recorrida no crime em questão, reconhecidos na sentença e no voto vencido de fls. 1.650-1.698 (e-STJ).

Primeiro, a porta pantográfica aberta no dia dos fatos não possuía vestígios de arrombamento, o que indica que alguém, de dentro da casa, abriu-a, seja para ludibriar que os executores tivessem ingressando no recinto por meio dela (os policiais militares Rudimar e Sérgio disseram que dificilmente alguém passaria por ali sem tirar poeira da moto - e-STJ, fl. 1.521), seja para, de fato, possibilitar o ingresso por ali (e-STJ, fl. 1.520-1.521).

Segundo, há grave inconsistência na versão dos fatos narrada pela recorrida, quando confrontada com o Laudo de Reconstrução dos Fatos, bem com o com os Laudos Periciais, notadamente os seguintes pontos: (i) afirmar que o disparo foi feito com a mão direita, que, ao mesmo tempo, tampava a boca da ré (impossibilidade constatada pela reconstituição do crime); (ii) posição que a vítima estava ao receber os disparos (decúbito dorsal x decúbito lateral esquerdo); (iii) distância do tiro (1 metro x 30 centímetros); e (iv) grau de inclinação da arma (grau superior a 25º x 25º).

Anote-se esses dados técnicos ganham relevância, pois, confrontados com a versão da recorrida, dão aos indícios de autoria contornos significativos, que convergem severamente em desfavor da recorrida.

Portanto, ao contrário do que concluiu o acórdão recorrido, o que há nos autos não são meras suposições, mas sim verdadeiros indícios de autoria, que apontam a recorrida como uma das executoras do assassinato. Tanto é que

o magistrado de primeiro grau e o voto vencido guiaram-se no sentido da pronúncia.

Por tudo isso, não nos parece razoável concluir pela ausência de indícios.

Registro não estar fazendo, aqui, revolvimento de fatos e provas vedado pela Súmula n. 7/STJ, mas simples sopesamento de elementos incontroversos presentes na sentença e no acórdão (inclusive no voto vencido), de sorte que apenas se procede a revaloração jurídica deles.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial, para que o Tribunal de origem, superada a questão quanto à existência de indícios, prossiga no exame das demais matérias do recurso em sentido estrito.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.630.097-RJ (2016/0260240-6)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Marcelo de Azevedo de Freitas
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Prova obtida de conversa travada por função viva-voz do aparelho celular do suspeito. Dúvidas quanto ao consentimento. Inexistência de autorização judicial. Ilicitude constatada. Autoincriminação. Impossibilidade. Descoberta inevitável. Inocorrência. Pleito absolutório mantido. Recurso especial desprovido.

1. O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir,

contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão.

2. Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa.

3. O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente.

4. Está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos *frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 28.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inc. III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que a r. sentença julgou procedente a denúncia, para condenar o acusado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput* (tráfico de drogas), da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado e ao pagamento de 700 dias-multa, sendo mantida a prisão preventiva (fl. 176).

A defesa interpôs recurso de apelação, pleiteando a anulação dos depoimentos, a absolvição por insuficiência de provas e por coação moral irresistível a embasar a condenação e o redimensionamento da pena aplicada.

O recurso, por maioria, foi provido por acórdão assim ementado (fls. 214/218):

> *Apelação criminal. Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Episódio ocorrido no Bairro Parque Corrientes, comarca de Campos dos Goytacazes. Policiais militares que se encontravam em patrulhamento de rotina pela localidade, quando avistaram o implicado e outro indivíduo transitando em uma motocicleta, vindo aqueles agentes a constatarem que estes teriam se mostrado apreensivos com a presença policial, o que motivou a realização da abordagem e de revista pessoal nos suspeitos, oportunidade em que nada de ilícito foi encontrado. Entretanto e durante a abordagem policial, Marcelo recebeu um telefonema, sobre o qual a imputação não efetua qualquer detalhamento, vindo o* Parquet *tão somente a descrever que depois daquele, todos teriam se dirigido para a residência do recorrente, onde se encontrava a mãe deste, quem teria autorizado a entrada dos policiais militares, os quais, após buscas no local lograram arrecadar 11,1g (onze gramas e um decigrama) de "crack", acondicionados em 104 (cento e quatro) invólucros plásticos transparentes, que eram armazenados no interior de uma sacola plástica, escondida no interior de um buraco no colchão da cama utilizada por Marcelo. Irresignação defensiva diante do desenlace condenatório, pleiteando, preliminarmente, a decretação da nulidade da oitiva de testemunhas, a qual teria sido realizada de molde a violar o disposto no art. 212 do C.P.P. e, no mérito, a absolvição em razão da coação moral irresistível sofrida pelo implicado, alegando que este guardou o material entorpecente como forma de pagamento por uma dívida que tinha com um agiota, o qual o ameaçava, e subsidiariamente, a redução da pena base ao seu patamar mínimo legal, bem como o reconhecimento da atenuante da confissão, além da aplicação do redutor específico do tráfico de entorpecentes, sem prejuízo da fixação do regime aberto e da concessão da substituição qualitativa de reprimendas. Procedência do apelo defensivo. Rejeição da preliminar, diante da vigência do princípio do máximo aproveitamento dos atos processuais, segundo expressa indicação a respeito na declaração de motivos do*

C.P.P. vigente, bem como em se considerando o princípio da instrumentalidade das formas, a partir da constatação de que o ato realizado alcançou o fim colimado, independentemente de se observar que a nova redação emprestada ao art. 212 do diploma dos ritos admite que seja facultada às partes a realização da inquirição sem a intermediação do magistrado, mas o que não afasta a possibilidade de este realizar os questionamentos sempre que entender necessário à obtenção de esclarecimento útil à elucidação da verdade real, conforme se encontra materializado no respectivo parágrafo único, ainda mais quando de tal iniciativa não adveio prejuízo à defesa, quem se encontrava presente a todo o tempo, preferindo não se insurgir e só vindo a fazê-lo em sede recursal, de modo a sublinhar a superveniência da respectiva preclusão temporal, a fulminar a arguição correspondente (art. 571, inc. n. II, do C.P.P.). No mérito, tem-se por identificada a flagrante ilegitimidade da diligência policial que culminou com a prisão do recorrente, muito embora nada de ilícito tenha sido encontrado em poder deste, durante a revista pessoal, mas tendo sido sustentado pelos agentes da lei que ouviram informações comprometedoras ao implicado advindas de uma ligação telefônica recebida por este e atendida com o uso do recurso conhecido por "viva-voz", cuja interlocutora seria a sua própria mãe, solicitando que o filho retirasse o "material" que estava na residência de ambos, haja vista que lá compareceu um indivíduo quem não seria "do bem", pretendendo reaver aquele material, mas sem sucesso. Cenário que traz como latente a perspectiva da existência de inidônea quebra da proteção constitucional incidente sobre a inviolabilidade do sigilo dos dados e das comunicações telefônicas afetas do recorrente, o que apenas poderia se dar, por exceção, mediante expressa autorização judicial para tanto, mas o que foi ignorado e desrespeitado por aqueles que deveriam zelar pelo cumprimento da lei, mas optaram por tomar um caminho mais rápido e fácil, embora inaceitável, ao alcance do objetivo de identificar a prática de uma conduta ilícita por parte de um suspeito. Violação ao princípio da não autoincriminação, diante da conduta dos agentes da lei em, segundo os próprios, "encaminharem" Marcelo à sua própria residência, a fim de que este oportunizasse o acesso daqueles ao local, o que resultou na arrecadação do material estupefaciente que lá era armazenado. Hipótese que remete ao exemplo norte americano consubstanciado no caso de Ernesto Arturo Miranda, quem foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes de estupro e de sequestro, apenas baseado na sua própria confissão, o que conduziu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao julgar Miranda versus Arizona, a anular a decisão e a revogar a respectiva prisão, por entender que o imputado não conhecia os seus direitos, criando um paradigma e obrigando que seja procedida a imediata advertência, conhecida como advertência de Miranda (Miranda Warning) ou direitos de Miranda (Miranda Rights), somente se admitindo a renúncia a tal direito, se esta se der de forma expressa e redigida pelo próprio imputado. Exigência formal que lamentavelmente ainda não se apresenta em nosso direito pátrio, mas o que não permite que simplesmente se venha a presumir que um implicado tenha efetuado tal renúncia, notadamente no episódio em questão, em que as provas dos autos, extraídas dos depoimentos prestados pelos agentes da lei demonstram inequivocamente que o recorrente, além de não ter sido informado de seus direitos,

> *sequer poderia deste usufruir, negando aos milicianos que se dirigissem a seu próprio domicílio. Nulidade de todos os elementos probatórios ilegalmente amealhados aos autos, o que,* in casu, *se traduz na integralidade do contingente probatório. Absolvição que se concede, com fulcro no art. 386, inc. n. VII do diploma dos ritos. Provimento do recurso defensivo.*

Diante disso, o *Parquet* estadual aponta no recurso especial negativa de vigência aos arts. 157, *caput* e § 1º, 282, 283, 301 e 303, todos do Código de Processo Penal, sustentando que: "[...] não há qualquer ilicitude na conduta de policiais militares que, durante revista pessoal, terminam por ouvir conversação telefônica travada pelo investigado, na qual se inferia que este guardava em sua residência droga destinada ao comércio ilícito. A situação abordada pelo v. Acórdão, evidente encontro fortuito de prova, em nada se assemelha à quebra ilegal de sigilo telefônico. Com efeito, se trata de abordagem policial de rotina, em virtude de atitude suspeita, e não de investigação em curso sobre a prática de determinada atividade ilícita. Ademais, não é possível presumir a ilegalidade na atuação policial simplesmente porque assim o quer o julgador, tecendo-se ilações sobre o motivo pelo qual teria o recorrido permitido que o policial ouvisse a conversa no sistema 'viva-voz'. Em situações em tudo semelhantes com a aqui em análise esse C. Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisões monocráticas da lavra dos Eminentes Ministros Og Fernandez e Marco Aurélio Bellizze, já teve oportunidade de referendar a licitude da atuação policial." (fl. 279).

Requer, assim, o retorno dos autos à origem para apreciação das teses defensivas.

Contrarrazões às fls. 308/318.

Admitido o recurso, os autos vieram à esta Corte (fls. 322/325).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo, em face da ilicitude da prova produzida e pela incidência da Súmula n. 7/STJ ao caso dos autos (fls. 361/367).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes – art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – à pena de 7 anos de reclusão, no regime fechado.

O apelo defensivo buscou a anulação dos depoimentos; a absolvição por coação moral irresistível; a redução da pena-base ao mínimo legal; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.3434/2006; a substituição da pena privativa de liberdade e; o abrandamento do regime prisional (aberto).

O recurso foi provido, por maioria, para absolver o réu do crime imputado, ao fundamento de flagrante ilegitimidade na diligência policial no que tange à condução das provas incriminatórias que culminaram na prisão do ora recorrido.

O *Parquet* estadual pretende afastar a ilicitude da prova ao argumento de que *em nada se assemelharia à quebra de sigilo telefônico, mas em evidente encontro fortuito de prova.*

Vejamos.

Esta Corte vem tratando a quebra de sigilo das comunicações de forma legalista, ou seja, observadas as normas legais e a prévia autorização judicial, é possível a utilização das provas dela obtidas, sendo consideradas lícitas para fins de incriminação no Direito Penal.

Não se pode olvidar que a interceptação telefônica é atualmente um dos principais instrumentos de colheita de provas contra o crime organizado, principalmente em se tratando do delito de tráfico ilícito de entorpecentes. É assente, também, que, por se tratar de crime permanente e que se protrai no tempo, dispensa tanto o mandado de busca e apreensão quanto a autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio do suspeito.

No entanto, a questão tratada nestes autos está em saber se é lícita a prova obtida por autoridade policial decorrente da reprodução de conversa travada entre o suspeito e sua mãe por meio do recurso "viva-voz" do celular, relatando *para o mesmo voltar em casa para retirar o material guardado pois alguém esteve na casa, não conseguir encontrar o material (...)*, que possibilitou o flagrante do crime de tráfico de drogas naquela residência.

No voto do revisor designado para o acórdão, em. Des. ***Luiz Noronha Dantas***, a controvérsia foi dirimida à conclusão de que seria ilícita a origem da diligência geradora das provas do crime. Seguem abaixo os trechos do aresto (fls. 220/223):

> [...]
>
> No mérito, melhor sorte incide sobre a pretensão defensiva.

E tal se dá diante da flagrante ilegitimidade da diligência policial que culminou com a prisão do Recorrente, o que teria se iniciado a partir de uma abordagem àquele e ao outro indivíduo que com ele se deslocava com o auxílio de uma motocicleta, sendo certo que, segundo os depoimentos prestados pelos agentes da lei (fls. 82/83 e 84/85), no exato momento da realização daquele ato policial, o telefone celular de *Marcelo* teria tocado, vindo este a atender à ligação se utilizando do recurso de "viva-voz", o que possibilitou aos agentes da lei tomarem ciência da conversa que ali era travada, entre aquele e sua mãe, quem determinava que o filho se dirigisse à residência de ambos, para que este viesse a entregar o estupefaciente que ali existia para um indivíduo que o aguardava.

Ora, tal hipótese nos remete à lição do mestre **ANTOLISEI**, quando afirmava que "possível é tudo contra o qual não existe uma lei da natureza", trazendo, a partir daí uma plêiade de hipóteses afetas à ocorrência de determinado fato, as quais não raro, são manejadas em desfavor de um réu. E parece ser esta a hipótese dos autos, em que se busca ofertar credibilidade à inusitada perspectiva de que um indivíduo que esteja sendo submetido a uma revista pessoal por agentes da lei, venha a atender a uma ligação telefônica e, *sponte propria*, busque publicizar o conteúdo desta, a partir do manejo de recurso tecnológico que possibilita a todos que se encontram relativamente próximos àquele ouvirem o conteúdo da conversa então travada, não se podendo olvidar de que, antes mesmo de se atender a uma ligação em um aparelho de telefonia celular, já se tem por possível identificar o interlocutor desta.

Mas não é só. Constata-se que tal estória se mostrou consignada em sede judicial de forma especialmente coincidente e vaga, havendo somente a indicação em ambos os depoimentos prestados pelos milicianos de que '**o depoente ouviu no viva voz a mãe do réu dizer que era para o mesmo voltar em casa para retirar o material guardado, pois alguém esteve na casa, não conseguir encontrar o material e não era gente de bem**' – GRIFOS PRÓPRIOS EM NEGRITO E SUBLINHADOS. Ora, ainda que não se tenham elementos suficientes a comprovar que o imputado foi compelido a se utilizar daquele recurso de seu aparelho de telefonia, a fim de que os milicianos tivessem acesso ao conteúdo da conversa, não há como se descartar a concreta incidência de tal perspectiva, que traz em si a dúvida quanto à legitimidade da atuação policial, o que haverá de ser manejado em favor daquele, quem, ao que tudo indica, experimentou a quebra da proteção constitucional incidente sobre a inviolabilidade do sigilo dos dados e das comunicações telefônicas afetas ao mesmo, o que apenas poderia se dar, por exceção, mediante expressa autorização judicial para tanto, mas o que foi ignorado e desrespeitado por aqueles que deveriam zelar pelo cumprimento da lei, mas que optaram por tomar um caminho mais rápido e fácil – pouco importando se ilícito – ao alcance do objetivo de identificar a prática de uma conduta ilícita por parte de um suspeito.

Mas não é só. *Além de tal latente ilicitude naquela parcela da atuação policial, ainda se constata que, muito embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em*

*poder de **Marcelo**, foi este obrigado pelos agentes da lei a conduzirem-nos a seu próprio domicílio, onde supostamente teriam sido autorizados pela mãe daquele a ingressarem, efetuando as buscas que vieram a proporcionar a localização do estupefaciente apreendido nos autos.*

Sucede que tal ordem policial, que segundo os milicianos teria sido um "encaminhamento" de *Marcelo* à sua própria residência, se constitui em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, tendo sido aquele evidentemente compelido a produzir prova contra si mesmo, conduzindo os agentes da lei ao local em que teria armazenado o material ilícito, cuja informação sobre sua existência não se deu mercê de qualquer idônea atividade investigativa perpetrada por aqueles, como anteriormente debatido.

Tal afronta a princípio constitucional nos remete à lembrança do caso de *Ernesto Arturo Miranda*, quem foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes de estupro e de sequestro, apenas baseado na sua própria confissão, o que conduziu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao julgar Miranda versus Arizona, a anular a decisão e a revogar a respectiva prisão, por entender que o imputado não conhecia os seus direitos, criando um paradigma e obrigando que seja procedida a imediata advertência – cujo teor se mostra próximo daquela célebre frase cinematográfica "*tudo o que disser poderá ser usado contra você no Tribunal*" – impedindo-se a autoincriminação, o que já seria escorado, enquanto escolha eleita, pelo direito ao silêncio, constante da Quinta Emenda da Constituição daquele país. Para renunciar a isto e ainda se ter como válido o resultado de tal manifestação, necessário se faz que o implicado redija uma declaração "consciente, inteligente e voluntária", pois, em caso contrário, não produzirá efeitos legais válidos. Por tal episódio, passou-se a se conhecer aquela obrigatória informação a ser apresentada a todo indivíduo que venha a ser detido como a advertência de Miranda (Miranda warning) ou direitos de Miranda (Miranda rights).

Certo é que, muito embora, no Direito pátrio, lamentavelmente, ainda não se aplique tão rígido – e adequado – entendimento, quanto à obrigatoriedade de se ter uma declaração escrita da renúncia a tal direito, não se pode simplesmente acolher a premissa de que um implicado conheça seus direitos e tenha, *sponte propria*, renunciado ao exercício de qualquer destes, optando, como *in casu*, por "convidar" policiais militares a se dirigirem à sua residência, onde este armazenava material estupefaciente. E isto após ter sido revistado pessoalmente por aqueles, os quais não encontraram nada de ilícito em poder do "anfitrião".

Neste contexto, verifica-se a ilicitude de raiz quanto à condução do Recorrente à sua própria residência, de molde a nulificar tudo o que daí tenha advindo. Vale dizer: *em sendo ilícita a origem da diligência geradora das provas, sobrevirá, por derivação, o reconhecimento da imprestabilidade de todos os demais elementos de convicção que a partir dela se estabeleceram e o que, na hipótese, engloba a arrecadação de todo o estupefaciente em questão*.

Destarte e diante da cristalização da indigência probatória, advinda da decretação ilicitude da prova, segundo a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada, a única solução possível é a decretação da absolvição daquele, com fulcro no art. 386, inc. n. VII do C.P.P.

Assim sendo, voto pelo provimento do Apelo defensivo, para absolver o Recorrente, nos termos em que expostos, determinando-se a expedição do competente Alvará de Soltura condicionado.

O Ministério Público Federal opinou no seguinte sentido (fls. 364/367):

[...]

A narrativa fática, de fato, aponta que o abordado fora forçado a atender o telefone em viva-voz e ainda a levar os policiais responsáveis pela abordagem até sua residência, para que fossem apreendidos os entorpecentes referidos na conversa telefônica. Até porque, naquele momento, não é crível que o recorrente tinha domínio de sua vontade, uma vez que estava detido para forçada averiguação pelos milicianos. Nem há referência no acórdão recorrido de alguma prova idônea que demonstre a espontaneidade do acusado em compartilhar sua conversa telefônica, tampouco de conduzir os policiais à sua residência.

É, portanto, verossímil a conclusão fática do TJRJ de que o acusado, no momento de sua abordagem pelo milicianos (em que nada foi encontrado consigo), foi compelido a atender a chamada telefônica de sua mãe, utilizando-se da função viva-voz, e, a partir das informações obtidas, a conduzir os policiais até sua residência, onde foram apreendidos os entorpecentes, em plena violação ao sigilo da comunicação telefônica e ao direito de não autoincriminação.

Logo, não há como se chegar a conclusão diversa, sem perscrutar amplamente as provas, o que é incompatível com a via excepcional, a teor da Súmula n. 7/STJ.

Sabe-se, ademais, que o privilégio contra a autoincriminação, decorrente do princípio do *nemo tenetur se detegere*, trata-se de garantia constitucional, a qual confere ao indivíduo o direito de não praticar qualquer ato que possa incriminá-lo ou de corroborar na produção de prova contra si.

Nessa perspectiva, a utilização de mecanismos que possam, direta ou indiretamente, forçar o indivíduo a autoincriminar-se são incompatíveis com a Constituição da República e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A propósito dessa prerrogativa, já afirmou o Supremo Tribunal Federal:

> O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face

> da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) *o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal* (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*). (HC 99.289/RS - Relator(a): Min. Celso de Mello - Segunda Turma; DJe-149 divulg 03.08.2011 public 04.08.2011). (Sem grifos no original)

Por outro lado, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Assim, a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônica só é possível a partir de autorização do interlocutor ou mediante ordem do juiz competente, sob pena de malferimento àquela garantia constitucional.

No caso, não se tem a prova de que a escuta telefônica realizada pelos policias tenha sido voluntariamente permitida pelo réu. Ao revés, a condição de inteira sujeição a que ele estava submetido permite concluir que tanto o atendimento da chamada como o compartilhamento da conversa foram forçados pelos policiais, tal como entendeu o TJRJ.

Logo, ainda que sob a pecha da dúvida, que nesta fase milita em favor do réu, deve-se reconhecer que a ausência de autorização (pessoal ou judicial) da escuta telefônica promovida pelos policiais, que culminou com a prisão de entorpecentes na residência do averiguado, revela a ilicitude da prova, determinando a nulidade da prisão em flagrante, da denúncia e do processo que nela se funda.

Escorreita, portanto, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a qual deve ser mantida.

Ante o exposto, o parecer do Ministério Público Federal é pelo desprovimento do recurso especial.

Conforme disciplina o art. 157 do Código de Processo Penal:

> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei n. 11.690, de 2008)

> § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei n. 11.690, de 2008)
>
> § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei n. 11.690, de 2008)
>
> § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

De fato, a lei considera inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, com violação à Constituição Federal e às normas legais, assim como aquelas originariamente lícitas, mas que derivam das ilícitas, devendo ser desentranhadas dos autos quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não puderem ser obtidas senão por meio daquelas.

No art. 186, do mesmo Diploma legal, consagrou-se o direito ao silêncio, *verbis*:

> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003)
>
> Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Busca-se desta forma coibir a colheita de provas ilícitas pelo Estado, que afetem de algum modo os direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e o sigilo das comunicações, à luz da garantia contra a autoincriminação.

Trata-se de direito à liberdade, em que se busca a exclusão da culpabilidade do acusado, baseado no princípio *nemo tenetur se detegere*, que se constitui também em princípio fundamental do processo penal, no contexto da produção probatória.

Isso é consectário do art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal de 1988, que assegura ao cidadão o direito de não se autoincriminar ou de não fazer prova contra si mesmo, instituto já consagrado no Pacto de São José da Costa Rica, que foi internalizado no País por meio do Decreto n. 678/1992, sendo

crucial para a construção de um sistema punitivo compatível com o Estado Democrático de Direito.

Acerca do tema, o il. prof. e penalista LUIZ FLÁVIO GOMES, tece as seguintes considerações:

> *Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. São intoleráveis a fraude, a coação, física ou moral, a pressão, os artificalismos etc. Nada disso é válido para a obtenção da prova. A garantia de não declarar contra si mesmo (que está contida no art. 14.3, g, do PIDCP, assim como no art. 8º, 2, g, da CADH) tem significado amplo. O não declarar deve ser entendido como qualquer tipo de manifestação (ativa) do agente, seja oral, documental, material etc.*
>
> .....
>
> *O cerne do direito de não auto-incriminação reside (fundamentalmente) numa inatividade (o réu tem direito de não falar, se falar, direito de não falar a verdade, direito de não confessar, de não apresentar prova contra ele, de não participar ativamente da produção de uma prova incriminatória etc.). Isso explica porque o réu, quando ultrapassa esse campo da inatividade para ingressar numa atividade perturbadora da produção da prova, como é o caso da inovação do local dos fatos por exemplo (remoção de sangue do local, mudança do local do veículo etc.), já não mais se encontra amparado pelo princípio (garantia) da não auto-incriminação (podendo até ser responsabilizado criminalmente, pelo delito de fraude processual, por exemplo). A única manifestação ativa do direito de não auto-incriminação consiste no direito de declarar o inverídico. Nesse caso, o limite está na afetação de direitos de terceiros. O réu pode declarar o inverídico, mas não pode prejudicar terceiros.*
>
> *O sistema norte-americano vem sendo citado como exemplo dessa interpretação restritiva do direito de não auto-incriminação, sobretudo a partir da decisão da Suprema Corte, proferida no Caso Schmerber vs. Califórnia, em 1966. Por 5 votos a 4 a Corte delimitou o direito de não auto-incriminação às declarações comunicativas do réu, orais ou escritas.*
>
> Cuida-se de restrição que no nosso sistema seria inconstitucional e inconvencional, porque do direito ao silêncio, do direito de não declarar contra si mesmo e do direito de não confessar (CF, art. 5º, LXIII; CADH, art. 8º, 2, g; PIDCP, art. 14.3, g) fazem parte, implicita e naturalmente, todas as demais dimensões da não auto-incriminação, que tem seu núcleo essencial fundado em uma inatividade (ou em uma atividade não prejudicial a terceiros) (*GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em http://www.lfg.com.br 26 janeiro. 2010*).

WAGNER MARTELETO FILHO, em: "O Direito à Não Autoincriminação: no Processo Penal Contemporâneo", comenta, entre outros, sobre a legitimidade das gravações ambientais e telefônicas clandestinas, os meios enganosos e violentos na produção da prova e as violações da garantia contra a autoincriminação, bem como no tocante às provas ilícitas por derivação, segundo a teoria da árvore envenenada, sustentando o seguinte:

> a) ***Os meios enganosos e o* nemo tenetur**:
>
> [...] as comunicações verbais do acusado, no recesso do lar, ou mesmo em espaços públicos, podem ser captadas **conduzindo a uma verdadeira autoincriminação mediante engano**.
>
> Não se devem reduzir os objetivos da garantia à prevenção do emprego da violência física para a obtenção da confissão. O **investigado deve ser protegido de modo sensivelmente mais amplo, inclusive contra o emprego de meios enganosos, através dos quais se aproveita de seu erro ou ignorância para a obtenção da prova, com sua cooperação inconsciente**. Porém, essa conclusão se submete a matizações.
>
> .....
>
> Porém, no tocante a manifestações comunicativas do acusado, seja no âmbito da vida privada, seja nas relações públicas, há, tão somente, uma proteção *prima facie* no plano do *nemo tenetur*, que tem por objetivo evitar uma cooperação inconsciente ou involuntária para a produção da prova. Tal proteção *prima facie*, de estrutura normativa principiológica, pode ser restringida em situações excepcionais, desde que haja previsão legal, autorização judicial e observância estrita do princípio da proporcionalidade.
>
> .....
>
> **As normas legais que disciplinam os meios enganosos estabelecem, licitamente, possíveis restrições à garantia contra a autoincriminação**, em seu plano de proteção *prima facie*. Fora das situações excepcionais regulamentadas pela lei e/ou ausente a proporcionalidade, os meios enganosos não podem ser legitimamente empregados, **prevalecendo o direito à não auto-cooperação com a produção da prova** (tornando-se definitiva a proteção *prima facie*).
>
> [...] Decorre, ainda, que **a coleta casual de provas, tendo por objeto outras informações em relação às quais o emprego de meios enganosos não se admitiria, deve ser classificada como inadmissível**, na medida em que a restrição da garantia só se faz legítima nos referidos casos excepcionais.
>
> Dessa maneira, preservando-se o plano de proteção *prima facie* da garantia contra a autoincriminação, e admitindo-se as restrições decorrentes das intervenções legislativas, é possível alcançar a tão almejada zona de equilíbrio, sem o sacrifício da garantia fundamental e sem que se renuncie aos importantes

meios probatórios, extremamente úteis e indispensáveis na repressão à criminalidade organizada;

b) Violações da Garantia no Plano do Princípio:

[...] **as restrições da garantia contra a autoincriminação, só não consistirão em verdadeiras violações, caso sejam autorizadas judicialmente e obsequiosas ao princípio da proporcionalidade**.

O emprego de intervenção corporal coercitiva, por exemplo, sem autorização judicial, ou com inobservância do princípio da proporcionalidade, redundará na sanção de ineficácia da prova produzida. [...] qualquer intervenção corporal coercitiva é proibida no Brasil, ainda que resulte em lesão de ínfima monta no direito à integridade física. A prova recebe o rótulo da ilicitude por violação ao princípio da legalidade estrita e ao plano de proteção *prima facie* do *nemo tenetur* (direito de não cooperar, mesmo que passivamente, salvo por imposição legal constitucionalmente justificado);

c) **Das provas ilícitas por derivação, segundo a teoria da árvore envenenada e sua relação com o nemo tenetur**:

A proibição de utilização da prova ilícita vai além da exclusão da própria prova produzida com violação de direitos e garantias fundamentais. A discussão gira em torno do alcance da proibição, ou seja, sobre se esta abarca a prova mediata, e em que medida o faz. Cuida-se do efeito à distância (*Fernwirking*) do direito alemão ou da doutrina dos frutos da árvore venenosa, do direito estadunidense.

Por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*, na conhecida expressão do juiz norte-americano Frankfurter), **a prova derivada daquela obtida por meios ilícitos também é inadmissível, porquanto contaminada por ela**.

.....

É preciso reconhecer, contudo, que a teoria da descoberta inevitável flexibiliza demasiadamente as regras de proibição probatória, fragilizando o conteúdo ético que deve impregnar o direito processual penal, especialmente neste campo sensível. Através de um subjetivo e inseguro método hipotético-causal - que não pode levar a resultados certos, na medida em que fatos (supostos) não ocorreram -, abre-se o campo para a convalidação de provas obtidas ilegalmente, muitas vezes decorrentes de má conduta policial e que violaram direitos fundamentais do imputado.

No que se refere ao *nemo tenetur*, o tema ainda ganha maior relevância, uma vez que **a prova ilícita se obtém através de uma cooperação do acusado, que dele não se poderia legitimamente exigir, permitindo a coleta de uma prova lícita derivada**. (Marteleto Filho, Wagner; O direito à não autoincriminação no processo penal cotemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas; BH; Del Rey; 2012; págs. 197/200, 207, 208/210) - grifos em negrito nosso.

A Quinta Turma deste Tribunal já teve oportunidade de apreciar questão do acesso a informações constantes de aparelho celular sem autorização judicial:

> Processo Penal, Recurso em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Nulidade das provas produzidas na fase inquisitorial. Prisão em flagrante. Crime permanente. Desnecessidade de mandado de busca e apreensão. Provas extraídas do aparelho de telefonia móvel. Ausência de autorização judicial. Violação do sigilo telefônico. Inépcia da denúncia e carência de justa causa para persecução penal não evidenciadas. Necessidade de revolvimento fático-comprobatório. Atipicidade material da conduta. Princípio da insignificância não aplicável. Lei penal em branco heteróloga. Substância psicotrópica elencada na Portaria n. 344/98 da ANVISA. Recurso parcialmente provido.
>
> 1. O entendimento perfilhado pela Corte *a quo* está em harmonia com a jurisprudência pacífica deste Tribunal, segundo a qual, sendo o crime de tráfico de drogas, nas modalidades guardar e ter em depósito, de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protrai no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal. Ainda, a prisão em flagrante é possível enquanto não cessar a permanência, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes.
>
> 2. Embora seja despicienda ordem judicial para a apreensão dos celulares, pois os réus encontravam-se em situação de flagrância, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática. Em verdade, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, de modo a proteger tanto o direito individual à intimidade quanto o direito difuso à segurança pública. Precedente.
>
> 3. O art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do sigilo telefônico, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais, devendo a mitigação de tal preceito, para fins de investigação ou instrução criminal, ser precedida de autorização judicial, em decisão motivada e emanada por juízo competente (Teoria do Juízo Aparente), sob pena de nulidade. Além disso, somente é admitida a quebra do sigilo quando houve indício razoável da autoria ou participação em infração penal; se a prova não puder ser obtida por outro meio disponível, em atendimento ao princípio da proibição de excesso; e se o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

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

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

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

7. Esta Corte Superior de Justiça há muito consolidou seu entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública, sendo o delito de perigo abstrato, afigurando-se irrelevante a quantidade de droga apreendida" (AgRg no REsp 1.578.209/SC, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, julgado em 07.06.2016, DJe 27.06.2016).

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

9. Recurso parcialmente provido, tão somente para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos (RHC 67.379/RN, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9.11.2016)

De igual forma, no julgamento do RHC n. 51.531/RO, da lavra do em. Ministro ***Nefi Cordeiro***, *Sexta Turma*, DJe de 5.9.2016, esta Corte teve a oportunidade de apreciar matéria semelhante ao caso aqui tratado, considerando ilícito o acesso aos dados do celular e das conversas de *whatsapp* extraídas do aparelho celular da acusada, dada a ausência de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente.

Referido pronunciamento ficou assim sintetizado:

> [...]
>
> Na perícia realizada, houve acesso aos dados do celular e às conversas de *whatsapp* obtidos sem ordem judicial.
>
> No acesso aos dados do aparelho, tem-se devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Embora possível o acesso, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada:
>
> [...]
>
> Na conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por *e-mail*, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial:
>
> [...]
>
> Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.
>
> Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de *whatsapp* obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial.
>
> Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

Na ocasião, o em. Ministro ***Rogerio Schietti Cruz*** pediu vista dos autos, proferindo o seguinte voto-vista:

> [...]
>
> Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como *Whatsapp*, *Viber*, *Line*, *Wechat*, *Telegram*, *BBM*, *SnapChat*, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Após baixados automaticamente no aparelho celular, tais arquivos ficam armazenados na memória do telefone, cabendo ressaltar que a maioria das empresas que disponibilizam tais funcionalidades não guardam os referidos arquivos em seus servidores.
>
> Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o

aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea.

A partir desse panorama, a doutrina nomeia o chamado *direito probatório de terceira geração*, que trata de "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais", *in verbis*:

[...]

Por isso, *o precedente do HC n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante*.

Essa hipótese foi melhor analisada na jurisprudência comparada, mais recentemente, na experiência da Suprema Corte norte-americana no julgado Riley v. California.

V. Jurisprudência comparada (a experiência da Suprema Corte norte-americana – Riley v. California

(...)

O Chief Justice John Roberts*, em nome da Corte, concluiu que um mandado é necessário para acessar o telefone celular de um cidadão na hipótese de prisão em flagrante*, haja vista que "telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção". No original:

[...]

O tema é novo e, salvo o citado precedente do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já passados mais de 10 anos, é ainda sujeito a oscilações.

Por ora, e sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito, sigo o entendimento do eminente relator.

Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões *a priori* absolutas

Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de *whatsapp* sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, e com essas considerações finais, *acompanho o voto do relator e dou provimento* ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

Oportunamente, a Exma. Sra. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura* também ponderou o seguinte:

> [...]
>
> Como bem observado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, o fato examinado naquele caso ocorreu no ano de 2004, quando os aparelhos celulares não detinham a capacidade funcional e de armazenamento atual, tendo sido verificadas, apenas, as ligações telefônicas recebidas pelo preso em flagrante.
>
> Diante da evolução tecnológica pela qual tais aparelhos passaram, a jurisprudência de diversos países tem voltado a se debater sobre o tema, reconhecendo o alto grau de violação da intimidade inerente ao acesso aos dados neles armazenados.
>
> Como mencionado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, a Suprema Corte dos EUA reconheceu recentemente (*Riley vs. California, 573 U.S._2014*) a necessidade de obtenção de uma ordem judicial prévia para que os policiais possam, após a realização de uma prisão ou de uma busca e apreensão, acessar os dados mantidos em um aparelho celular.
>
> O tema, porém, é ainda bastante controverso. Pouco após a prolação da referida decisão nos EUA, a Suprema Corte do Canadá, ao decidir R. v. Fearon (2014 SCC 77, [2014] S.C.R. 621), entendeu, por maioria de 4 votos a 3, pela legitimidade do acesso pela polícia aos dados armazenados em aparelho celular, sem a necessidade de prévia ordem judicial, quando realizado tal acesso na sequência de uma prisão em flagrante.
>
> No caso concreto, dois homens – um deles armado com uma espingarda – roubaram uma comerciante enquanto ela transferia jóias para o seu carro, fugindo em seguida. No mesmo dia, mais tarde, policiais encontraram o veículo da fuga, prenderam os suspeitos e, ao revistar um deles, encontraram um aparelho celular em seu bolso. Acessando imediatamente os dados constantes no aparelho, encontraram mensagens em que os suspeitos comunicavam que haviam realizado o roubo, bem como algumas fotos, inclusive da espingarda utilizada para a prática do crime. Um dia depois, com base em um mandado judicial de busca e apreensão para o exame do veículo, a espingarda, utilizada no roubo e retratada na foto, foi encontrada. Meses depois, as autoridades policiais requereram e obtiveram judicialmente a quebra do sigilo dos dados telefônicos, mas não foram encontradas novas evidências.
>
> [...]
>
> A referência à jurisprudência estrangeira tem o propósito de demonstrar que o tema objeto deste recurso, além de controverso, tem sido reexaminado judicialmente mundo afora, justamente em razão dos avanços tecnológicos que permitiram que os aparelhos celulares passassem a constituir verdadeiros depósitos da vida privada de seus proprietários.

O tema ainda suscitará muita discussão na jurisprudência brasileira. Para o caso concreto, penso que a solução proposta pelos Ministros Néfi Cordeiro e Rogério Schietti Cruz se afigura como a mais adequada.

Destaco, a propósito, que a ponderação dos interesses constitucionais em jogo foi realizada, entre nós, essencialmente pelo legislador, que previu, em mais de um dispositivo, o direito à inviolabilidade dos dados armazenados em aparelhos celulares.

Com efeito, a Lei n. 9.472/1997, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve, em seu artigo 3º, inciso V, que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito "à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas".

Já a Lei n. 12.965/2014, que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê, em seu artigo 7º, III, dentre os direitos assegurados aos usuários da rede mundial, "a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial".

No caso concreto, as autoridades policiais acessaram fotos, imagens e conversas existentes em aplicativo de mensagens instantâneas (*whatsapp*) extraídas do aparelho celular do recorrente. Não se trata, portanto, de verificação de registros das últimas ligações realizadas/recebidas ou de nomes existentes em agenda telefônica, informações tipicamente encontradas nos aparelhos antigos – como nos mencionados casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal (HC 91867) e pelo Tribunal Supremo espanhol (Sentencia 115/2013, de 9 de maio de 2013) –, mas de acesso a dados mais profundamente vinculados à intimidade, somente passíveis de armazenamento nos modernos aparelhos multifuncionais.

(...)

Não se encontra no caso dos autos, entretanto, nenhum argumento que pudesse justificar a urgência, em caráter excepcional, no acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular. Pelo contrário, o que transparece é que não haveria prejuízo nenhum às investigações se o aparelho celular fosse imediatamente apreendido – medida perfeitamente válida, nos termos dos incisos II e III do artigo 6º do CPP – e, apenas posteriormente, em deferência ao direito fundamental à intimidade do investigado, fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados.

Com isso, seriam observados, em medida proporcional, os interesses constitucionais envolvidos, isto é, o direito difuso à segurança pública (artigo 144) e o direito fundamental à intimidade (artigo 5º, X).

Diante da situação concreta posta no presente recurso, para a validade da obtenção dos dados caberia às autoridades policiais realizar imediatamente a apreensão do aparelho e postular ao Poder Judiciário, subsequentemente, a quebra de sigilo dos dados armazenados no aparelho celular. Não tendo assim

> procedido, a prova foi obtida de modo inválido, devendo ser desentranhada dos autos, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.
>
> Diante do exposto, acompanho o Relator e *dou provimento* ao recurso.
>
> É como voto.

No caso presente, o Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão.

Entendeu também o Tribunal de origem que: "verifica-se a ilicitude de raiz quanto à condução do recorrente à sua própria residência, de molde a nulificar tudo o que daí tenha advindo. Vale dizer: em sendo ilícita a origem da diligência geradora das provas, sobrevirá, por derivação, o reconhecimento da imprestabilidade de todos os demais elementos de convicção que a partir dela se estabeleceram e o que, na hipótese, engloba a arrecadação de todo o estupefaciente em questão." (fl. 223).

Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa.

O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente, e quem, por si só, imprimiria o ato de expor sua conversa privada "em alto e bom som" para que a autoridade pudesse ouvi-la? Por oportuno, transcrevo o referido trecho do julgado, que condiz com essa ideia, *litteris*:

> (...) no exato momento da realização daquele ato policial, o telefone celular de *Marcelo* teria tocado, vindo este a atender à ligação se utilizando do recurso de "viva-voz", o que possibilitou aos agentes da lei tomarem ciência da conversa que ali era travada, entre aquele e sua mãe, quem determinava que o filho se dirigisse

> à residência de ambos, para que este viesse a entregar o estupefaciente que ali existia para um indivíduo que o aguardava.
>
> Ora, tal hipótese nos remete à lição do mestre ANTOLISEI, quando afirmava que "possível é tudo contra o qual não existe uma lei da natureza", trazendo, a partir daí uma plêiade de hipóteses afetas à ocorrência de determinado fato, as quais não raro, são manejadas em desfavor de um réu. *E parece ser esta a hipótese dos autos, em que se busca ofertar credibilidade à inusitada perspectiva de que um indivíduo que esteja sendo submetido a uma revista pessoal por agentes da lei, venha a atender a uma ligação telefônica e, sponte própria, busque publicizar o conteúdo desta*, a partir do manejo de recurso tecnológico que possibilita a todos que se encontram relativamente próximos àquele ouvirem o conteúdo da conversa então travada, não se podendo olvidar de que, antes mesmo de se atender a uma ligação em um aparelho de telefonia celular, já se tem por possível identificar o interlocutor desta (fl. 221).

Como visto, está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos *frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree)*, consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

Desse modo, sem consentimento do réu ou prévia autorização judicial, é ilícita a prova colhida de forma coercitiva pela polícia de conversa travada pelo investigado com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso "viva-voz", que conduziu ao flagrante do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, devendo o v. acórdão recorrido ser mantido pelos seus próprios fundamentos.

Ante do exposto, voto pelo desprovimento do recurso especial.