



Quinta Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 701.833-SP (2015/0105835-2)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: Hamilcar Schiavetti

Advogados: Sérgio Salgado Ivahy Badaró - SP124529

Rogério Nemeti e outro(s) - SP208529

Agravado: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal e Processo Penal. Agravo em recurso especial. Evasão de divisas. Art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1982. Alegada ilicitude das provas que embasaram a condenação. Dados bancários obtidos por autoridades norte-americanas, em conformidade com a legislação local, e remetidas à Polícia Federal. Falta de participação das autoridades centrais de Brasil e EUA neste procedimento. Nulidade. Inocorrência. Interpretação sistemática do acordo de cooperação jurídica firmado entre os dois países. Pretensão de incidência da exceção de ordem pública (art. 17 da LINDB). Descabimento. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

1. O recorrente se insurge contra o reconhecimento da licitude das provas que fundamentaram sua condenação (a saber, dados e extratos bancários remetidos por autoridades norte-americanas à PF e à 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, os quais demonstravam a existência de depósito em conta corrente no Delta National Bank de Nova Iorque).

2. Em hipóteses semelhantes, também em processos derivados das investigações do *Caso Banestado*, as duas Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior já se manifestaram pela validade das provas obtidas por meio de cooperação jurídica internacional na modalidade de auxílio direto.

3. A colaboração entre Brasil e EUA é regulada pelo Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (conhecido pela sigla MLAT, de *Mutual Legal Assistance Treaty*), incorporado ao ordenamento nacional pelo Decreto 3.810/2001. Seu art. 4º institui um procedimento

específico para as solicitações de cooperação, com a participação das autoridades centrais de cada país (o Ministério da Justiça, no Brasil, e o Procurador-Geral, nos EUA).

4. O MLAT busca facilitar a cooperação entre os Estados signatários, não só pelo rito do art. 4º (em que a solicitação é feita pela autoridade central do país requerente), mas também por “qualquer outra forma de assistência” (art. 1º, n. 2, “h”), “ajuste ou outra prática bilateral cabível” (art. 17). Tratar o procedimento formal do art. 4º como impositivo, sob pena de nulidade das provas obtidas por formas atípicas de cooperação, desconsideraria o teor destes textos normativos e violaria frontalmente o art. 1º, n. 5, do Acordo.

5. Respeitadas as garantias processuais do investigado, não há prejuízo na cooperação direta entre as agências investigativas, sem a participação das autoridades centrais. A ilicitude da prova ou do meio de sua obtenção somente poderia ser pronunciada se a parte recorrente demonstrasse alguma violação de suas garantias ou das específicas regras de produção probatória, o que não aconteceu.

6. Como a manutenção de valores na agência do Delta National Bank ocorreu em Nova Iorque, é à luz da legislação daquele Estado que deve ser aferida a licitude da obtenção das provas, segundo o art. 13 da LINDB. Neste ponto, não há controvérsia: tanto o recorrente (e-STJ, fls. 816) como o acórdão recorrido (e-STJ, fl. 673) concordam que o acesso às informações bancárias ocorreu em conformidade com a legislação então vigente no Estado de Nova Iorque.

7. Não viola a ordem pública brasileira (prevista como regra de exclusão no art. 17 da LINDB) o compartilhamento de dados bancários que, no Estado de origem, foram obtidos sem prévia autorização judicial, pois a reserva de jurisdição não era exigida pela legislação local.

8. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

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 agravo para negar provimento ao recurso especial. Os

Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 04 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 10.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de agravo contra a decisão que inadmitiu o recurso especial interposto por *Hamilcar Schiavetti*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo TRF da 3ª Região, assim ementado:

Penal. Processual Penal. Evasão de divisas (Lei n. 7.492/86, art. 22, parágrafo único, parte final). Ilicitude de prova; Preliminar afastada. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Atestada a tipicidade material e formal das condutas imputadas ao apelante. Reduzido o valor do dia-multa. Apelação parcialmente provida.

1. Afastada a alegação da imprestabilidade da prova colhida no exterior. As provas que embasam a denúncia foram obtidas de modo lícito, sendo encaminhadas pelas autoridades estadunidenses, não havendo, pois, falar-se em ilegitimidade ou ineficácia das aludidas provas.

2. A manutenção de depósito de valores no exterior, sem a declaração ao órgão competente - Receita Federal e Banco Central -, configura o delito de evasão de divisas previsto na parte final do parágrafo único do art. 22, da Lei n. 7.492/86. Precedentes da doutrina e da jurisprudência.

3. Em se tratando de crime formal e de perigo abstrato, não se exige nenhum resultado material, sendo suficiente, para responsabilização do agente apenas a sua prática. Assim, no caso, a mera omissão na prestação de informações dos depósitos mantidos no estrangeiro às autoridades competentes enseja a aplicação das sanções penais correspondentes.

4. Por essas razões, já se decidiu que é de todo prescindível a existência de lançamento definitivo de eventual crédito tributário para o reconhecimento da tipicidade ou punibilidade do delito em questão (TRF4 - ACR 2000040113469-0/PR, Sétima Turma, j. 12.06.07), de modo que, se como aduz a defesa, a SRFB informou que nada havia de relevante em relação ao Apelante que ensejasse a abertura de ações fiscais, isso, porém, não tem o condão de retirar a tipicidade material das condutas praticadas pelo Apelante.

5. A par da materialidade, a autoria e o dolo do Apelante restaram igualmente comprovados.

6. Havendo, pois, elementos suficientes para a condenação do Apelante como incurso nas sanções art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/86, é de ser mantida a condenação proferida em primeiro grau de jurisdição.

7. No que toca à dosimetria das penas, tanto a pena privativa de liberdade, como as penas restritivas de direitos, foram corretamente aplicadas e merecem ser mantidas nos moldes em que estatuídas pelo juízo sentenciante. A mesma conclusão se aplica ao *quantum* da pena de multa, fixado em 30 (trinta) dias-multa.

8. Em virtude do pedido deduzido pelo defensor do Apelante na sessão de julgamento, fica reduzido o valor de cada dia multa para 2,5 (dois e meio) salários-mínimos vigentes à época dos fatos, devidamente corrigidos. Deveras, o valor do dia-multa fixado na sentença - 5 (cinco) salários-mínimos - figura-se excessivo se considerado que o recorrente já terá de arcar com o pagamento de prestação pecuniária no valor equivalente a 74 (setenta e quatro) salários-mínimos.

9. Apelação parcialmente provida, tão somente para reduzir o valor do dia-multa (e-STJ, fls. 671-686).

Na origem, o MPF denunciou o ora recorrente pela prática do delito previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 (e-STJ, fls. 258-259). Para tanto, o *Parquet* aduziu que o acusado manteve numerário em conta corrente no Delta National Bank, sediado nos EUA, nos anos de 1999 a 2005, sem informar tal fato à RFB ou ao *Bacen*. A denúncia decorreu de inquérito instaurado pela PF (e-STJ, fls. 10-11) no âmbito de investigações da Força Tarefa CC5 sobre contas bancárias que receberam recursos oriundos da agência do extinto Banco do Estado do Paraná (Banestado) na cidade de Nova York.

A partir de requerimento formulado pela PF 23/11/2004 (e-STJ, fls. 15-18), o juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR decretou a quebra de sigilo bancário de diversas contas mantidas no Delta Bank, no dia 24/11/2004 (e-STJ, fls. 20-22). Em solo norte-americano, o compartilhamento dessas informações já havia sido deferido em 16/12/2003, quando a Suprema Corte do Estado de Nova Iorque determinou que a respectiva Procuradoria Distrital enviasse ao Ministério da Justiça brasileiro (e à CPI formada no Congresso Nacional para apurar o conhecido *Caso Banestado*) diversos documentos relativos a movimentações financeiras consideradas suspeitas (e-STJ, fls. 23-26). Foi a partir deste acervo que se localizou a conta bancária do recorrente (e-STJ, fls. 27-78).

Após o recebimento do material remetido pela Procuradoria de Nova Iorque, o magistrado da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR encaminhou os autos à Justiça Federal de São Paulo/SP, local de domicílio do recorrente (e-STJ, fl. 84).

Já perante o novo juízo, o *Parquet* ofereceu a denúncia, recebida em fevereiro de 2009 (e-STJ, fl. 260). Após a resposta à acusação (e-STJ, fls. 278-304), foram ouvidas as testemunhas defensivas em audiências (e-STJ, fls. 337-341 e 399-405), e ao final interrogou-se o réu (e-STJ, fls. 405-408); os memoriais, por sua vez, foram apresentados de forma escrita (e-STJ, fls. 417-480).

Em sentença (e-STJ, fls. 482-496), o juízo de primeiro grau condenou o acusado pelo delito imputado na denúncia, impondo as penas de 3 anos de reclusão (substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 70 salários-mínimos) e 30 dias-multa.

Interposta apelação (e-STJ, fls. 533-601), o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento, apenas para minorar a sanção monetária, no acórdão cuja ementa se transcreveu acima.

Opostos embargos de declaração contra este aresto, foram rejeitados (e-STJ, fls. 705-714).

Nas razões de seu recurso especial (e-STJ, fls. 766-825), a defesa aponta violação do art. 157, *caput* e § 1º, do CPP. Para tanto, narra que as provas que embasaram a condenação foram obtidas em desconformidade com o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (conhecido pela sigla MLAT, de *Mutual Legal Assistance Treaty*), celebrado entre os EUA e o Brasil e incorporado ao ordenamento nacional pelo Decreto 3.810/2001.

Argumenta que a decisão da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR não poderia ter sido cumprida imediatamente no exterior, pois não competiria àquele juízo decretar a quebra de sigilo de contas bancárias sediadas fora do território nacional. Em sua ótica, caberia à autoridade central brasileira solicitar à norte-americana o envio dos dados almejados pelo aparato investigador, conforme o procedimento previsto no MLAT. Em razão deste descumprimento, não foi garantido ao acusado o exercício prévio do direito ao contraditório, que a defesa entende necessário.

Aduz que a autenticação dos documentos incriminadores pelo Consulado brasileiro e o seu envio pela Procuradoria de Nova Iorque ocorreram na mesma data (24/11/2004) em que foi proferida a decisão de quebra de sigilo pelo juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, a indicar que as autoridades brasileiras e estadunidenses já tinham acesso a tais provas antes mesmo da autorização judicial.

Afirma que a obtenção da relação de contas mantidas por brasileiros no Delta Bank - lista que fundamentou o requerimento da PF para a quebra do sigilo bancário - foi, ela própria, obtida de forma também ilícita, pois entregue às autoridades brasileiras pelas americanas à míngua de decisão judicial. Destarte, e ainda que se reconhecesse a validade das provas obtidas após a quebra de sigilo, a ilicitude da lista de contas bancárias contaminaria todas as provas presentes nos autos, porque seriam da primeira derivadas.

Caso superada esta nulidade, a defesa pleiteia que as provas sejam consideradas ineficazes, por ofenderem a ordem pública brasileira, nos termos do art. 17 da LINDB - já que, apesar de permitida pela direito norte-americano, a quebra do sigilo bancário sem prévia decisão judicial afronta o regramento pátrio.

Em suas contrarrazões (e-STJ, fls. 833-841), o órgão acusador defende a regularidade do procedimento de compartilhamento direto das provas, sendo desnecessárias a intermediação das autoridades centrais e a própria decisão judicial de quebra de sigilo.

O apelo nobre foi inadmitido na origem (e-STJ, fls. 854-862), com espeque na Súmula 7/STJ, ao que se seguiu a interposição de agravo (e-STJ, fls. 870-931).

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF sugeriu o desprovimento do agravo, em parecer assim ementado:

Penal. Processo Penal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Evasão de divisas. Alegação de ilicitude de prova colhida no exterior por inobservância de acordo de assistência judiciária em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos (Decreto n. 3.810/2001). Necessidade de reexame fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Parecer pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 995-998).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator):

1. Considerações preliminares

O agravo combate de maneira específica o fundamento utilizado pela Corte de origem (qual seja, a incidência da Súmula 7/STJ) para obstar a tramitação do apelo nobre, de maneira que deve ser conhecido.

Ainda sobre o agravo, penso que o referido enunciado sumular realmente é inaplicável ao caso dos autos, como defende o agravante. A discussão devolvida a esta Corte Superior é limitada à licitude das provas oriundas de cooperação internacional, matéria estritamente jurídica e que pode ser decidida diante do quadro fático acima relatado.

Atendidos os demais requisitos de admissibilidade, também merece conhecimento o recurso especial, ora julgado conjuntamente, conforme a permissão do art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

Em breve síntese, a parte recorrente questiona a licitude das provas colhidas nos autos sob diversos aspectos. Seguindo a ordem cronológica dos documentos, o apelo nobre impugna a validade do compartilhamento da (I) relação de correntistas do Delta National Bank, enviada à PF pela Procuradoria de Nova Iorque, e (II) das informações bancárias detalhadas, como o contrato de abertura da conta bancária e os extratos de movimentação.

Sobre o primeiro documento, o recorrente compreende que não poderia ter sido obtido sem autorização judicial, de modo que não serviria para fundamentar a posterior decisão da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR que ordenou a quebra do sigilo bancário. Quanto ao segundo conjunto de documentos, a defesa argumenta que a referida decisão serviu apenas para conferir aparência de legitimidade à atuação dos investigadores, os quais já teriam obtido a prova documental antes mesmo da permissão judicial.

Outrossim, o recurso especial defende que todo compartilhamento de provas entre Brasil e EUA deveria passar pelas autoridades centrais de ambos os países, sendo ilícita a colaboração informal entre as respectivas agências investigativas e órgãos acusadores.

São estes os questionamentos que devem ser respondidos no presente julgamento; passemos à sua análise.

2. Cooperação jurídica internacional: a problemática da intervenção das autoridades centrais

Primeiramente, é importante destacar que o procedimento adotado pela 2ª Vara Federal de Curitiba/PR nas apurações derivadas do inquérito do *Caso Banestado* já foi validado por esta Corte Superior, em casos análogos ao presente. As provas então colhidas, também mediante o envio direto de informações pelas autoridades estadunidenses, tiveram sua licitude afirmada pelos dois órgãos fracionários da Terceira Seção do STJ.

Na Quinta Turma, a questão foi enfrentada nos seguintes termos:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Princípio da colegialidade. Ofensa não configurada. Penal e Processo Penal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Evasão de divisas. Alegação de ilicitude do contexto probatório derivado de cooperação jurídica internacional. Inocorrência. Acordo de assistência judiciária em matéria penal entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América. Decreto n. 3.810/2001. Amplo alcance com ressalva da inviolabilidade das leis dos países signatários. Sigilo bancário. Afastado pelas autoridades norte-americanas segundo o ordenamento jurídico vigente naquele país ao qual a agravante aceitou se submeter quando lá abriu a conta bancária. Impossibilidade de restrição à soberania do Estado Parte. Uso das informações na ação penal de origem sob a precedência de autorização pela autoridade judicial brasileira. Licitude. Depoimento de pessoa residente nos Estados Unidos da América. Colhido por meio de *mutual legal assistance treaty* - MLAT - em investigação policial diversa. Referência pelo decreto condenatório proferido nestes autos. Elemento de informação corroborado por provas produzidas sob o crivo do devido processo legal. Possibilidade. Reexame do conjunto fático-probatório. Vedação. Súmula 7/STJ. Dosimetria penal. Pena-base. Consequências do crime. Gravidade. Valor expressivo da movimentação financeira. Outras circunstâncias judiciais neutras. Irrelevância para o trabalho dosimétrico. Participação de menor importância. Necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Continuidade delitiva. Fator de aumento. Longa duração da atividade ilícita. Agravo regimental desprovido.

1. Agravante condenada pela prática do crime previsto no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986 - Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional -, tendo-lhe sido cominada pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, substituída por duas restritivas de direitos, além de multa de 163 (cento e sessenta e três) dias-multa, à razão de 10 (dez) salários-mínimos vigentes à época dos fatos.

2. A instância ordinária, considerando os elementos de informação e provas disponíveis nos autos, concluiu que a agravante, em coautoria com o corréu Francisco Maurício da Silva, operou no mercado paralelo de câmbio, isto é, à margem do conhecimento e controle de órgão oficiais do Estado, no sistema de transferências internacionais informais ou, como vulgarmente se é conhecido, no sistema de "operações de cabo", "via-cabo" ou "dólar-cabo".

3. Consoante o acórdão recorrido, entre os anos de 2001 e 2002, por meio da conta n. 87000237 - apelidada "conta *DaSilva*" -, aberta e mantida junto ao Merchants Bank of New York, os réus, com união de desígnios e repartição de tarefas, utilizando-se de pessoa jurídica constituída em território brasileiro - Astra Câmbio e Turismo Ltda. -, promoveram diversas remessas de valores ao exterior, sem autorização legal, evadindo vultosa quantia em dinheiro.

4. A instância ordinária considerou legítimo o acesso a informações relacionadas à referida conta bancária, com base na certeza de que o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal firmado entre os governos da República Federativa do Brasil e dos Estados Unidos da América, precisamente por meio de seu artigo I, item 1, alínea “h”, prevê o amplo alcance da cooperação jurídica mútua entre os países, ressalvando, apenas, a inviolabilidade das leis do Estado requerido.

5. Com efeito, o fato de a investigação ter sido inicialmente deflagrada em território alienígena, sob controle de órgão oficial do Estado norte-americano, não desnatura a importância e juridicidade da descoberta sobre a existência da conta bancária titularizada pela agência de turismo administrada pela recorrente e a movimentação de alguns milhões de dólares num período menor de 1 (um) ano.

6. O MLAT não faz qualquer tipo de restrição à soberania do Estado signatário que, na posse de informações legalmente obtidas e documentadas, capazes de, em tese, revelar atividade delitiva relevante, decida submetê-las ao conhecimento das autoridades do outro país, competentes para eventual persecução criminal de comportamento contrário ao seu ordenamento jurídico.

7. Consoante orientação da Corte Especial deste Tribunal Superior, “um sistema eficiente de comunicação, de troca de informações, de compartilhamento de provas e de tomada de decisões e de execução de medidas preventivas, investigatórias, instrutórias ou acautelatórias, de natureza extrajudicial. O sistema de cooperação, estabelecido em acordos internacionais bilaterais e plurilaterais, não exclui, evidentemente, as relações que se estabelecem entre os órgãos judiciários, pelo regime das cartas precatórias, em processos já submetidos à esfera jurisdicional. Mas, além delas, engloba outras muitas providências, afetas, no âmbito interno de cada Estado, não ao Poder Judiciário, mas a autoridades policiais ou do Ministério Público, vinculadas ao Poder Executivo” (Rcl 2.645/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 18/11/2009, DJe 16/12/2009).

8. A cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal tem a proposta de “facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países”. Ademais, como bem observado pelo Tribunal de origem, para materializar o objetivo do Acordo, *o alcance da cooperação jurídica foi ampliado de modo a permitir “qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado requerido” - ex vi artigo I, item 1, alínea “h”.*

9. Esta Corte Superior já reconheceu, em situações análogas, o caráter cooperativo amplo do MLAT, quanto à forma de assistência entre os países signatários, sempre com propósito, é óbvio, de promover o controle da criminalidade transnacional e, com isso, o progresso da humanidade, comportamento que, cabe acrescentar, tem assento constitucional no âmbito do Direito interno - *ex vi art. 4º, IX, da CF. Precedentes.*

10. Ademais, segundo registrado pelo Tribunal *a quo*, os elementos de informação foram obtidos pelas autoridades norte-americanas com estrita obediência à legislação vigente naquele País e, ainda, houve efetiva participação do Poder Judiciário brasileiro na formação da prova utilizada como parâmetro da condenação.

11. Não há se falar em ilegalidade da quebra do sigilo bancário quando “a medida foi realizada para a obtenção de provas em investigação em curso nos Estados Unidos da América, tendo sido implementada de acordo com as normas do ordenamento jurídico lá vigente, sendo certo que a documentação referente ao resultado da medida invasiva foi posteriormente compartilhada com o Brasil por meio de acordo existente entre os países” (HC 231.633/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014).

12. Não bastasse, o acórdão recorrido consigna expressamente que o uso das informações bancárias pela Justiça brasileira foi precedida de autorização judicial, a qual reportou a suspeita de que a conta bancária mantida junto ao Merchants Bank of New York era utilizada para a prática de operações “dólar-cabo”.

[...]

24. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 547.028/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe 10/8/2018; grifou-se)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal e Processual Penal. Crime de evasão de divisas. Alegada violação ao acordo de cooperação em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos. Decreto n. 3.810/01. Inexistência. Alegação de insuficiência de provas de fornecimento espontâneo por Governo Estrangeiro. Súmula n. 7 do STJ. Ofensa ao artigo 157 do CPP. Não ocorrência. Art. 13 do Decreto Lei n. 4.657/42. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - O Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, internalizado no ordenamento pátrio pelo Decreto n. 3.810/01, objetiva facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal, *não sendo possível extrair da norma invocada qualquer proibição à existência de outras formas de cooperação para combater a prática criminosa, como ocorreu, com êxito, no caso em análise.*

III - A reforma do juízo formulado pelo eg. Tribunal Regional de origem, no que toca a inexistência de violação ao Decreto n. 3.810/01, demandaria

inevitavelmente o reexame do quadro fático-probatório, sendo, todavia, vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito dos recursos extraordinários (Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF).

IV - O art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que a *prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar quanto aos meios de produzir-se*. Dessa forma, a prova lícitamente produzida em outro país certamente poderá ser aproveitada nas investigações levadas a efeito no Brasil, exceto em se tratando de prova que a lei brasileira desconheça, o que não é o caso, portanto, não ocorreu violação ao art. 157 do CPP.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.704.644/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 30/11/2018)

Na Sexta Turma, semelhantemente, as provas decorrentes de cooperação internacional no *Caso Banestado* foram aceitas em mais de um julgamento (v.g.: REsp 1.497.041/PR, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, DJe 9/12/2015; e (REsp 1.460.561/PR, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, DJe 26/11/2018), cujas ementas deixo de transcrever para evitar repetição.

No presente caso, deve ser mantida a orientação já firmada por esta Corte Superior.

Com efeito, como destaca a parte recorrente, o art. 4º do MLAT entre Brasil e EUA institui um procedimento específico para as solicitações de cooperação, com a participação das autoridades centrais de cada país (o Ministério da Justiça e o Procurador-Geral, respectivamente). Não obstante, o descumprimento deste rito, por si só, não é causa suficiente para declarar a nulidade das provas decorrentes da colaboração. Impende, aqui, interpretar sistematicamente o sobredito art. 4º, cotejando-o com as demais normas extraídas do MLAT, para que uma leitura isolada do dispositivo não conduza a resultados não contemplados no escopo do Tratado.

Como se percebe já em seu art. 1º, n. 2, “h”, o MLAT busca *desburocratizar* a cooperação internacional em matéria penal, pois permite a utilização de “qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado requerido”. No mesmo sentido, o art. 17 determina que:

Os termos de assistência e demais procedimentos contidos neste acordo não constituirão impedimento a que uma parte preste assistência à outra com base em dispositivos de outros acordos internacionais aplicáveis, ou de conformidade com suas leis nacionais. *As partes podem também prestar-se assistência nos termos de qualquer acordo, ajuste ou outra prática bilateral cabível* (grifou-se).

Por fim, a redação mais incisiva pode ser encontrada no art. 1º, n. 5, do Tratado, cujo teor é o seguinte:

O presente acordo destina-se tão-somente à assistência judiciária mútua entre as partes. *Seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova* ou impedir que uma solicitação seja atendida.

Com isso, fica claro que a finalidade do MLAT é facilitar a cooperação entre os Estados signatários, não só pelo rito do art. 4º (em que a solicitação é feita pela autoridade central do país requerente), mas também por “qualquer outra forma de assistência” (art. 1º, n. 2, “h”), “ajuste ou outra prática bilateral cabível” (art. 17). Tratar o procedimento formal do art. 4º como impositivo, sob pena de nulidade das provas obtidas por formas atípicas de cooperação, desconsideraria o teor destes textos normativos e violaria frontalmente o art. 1º, n. 5, do MLAT.

Destarte, a veiculação de pedidos pelas autoridades centrais não é a única forma válida de compartilhamento - pelo menos no âmbito do Acordo de Assistência firmado entre Brasil e EUA -, que não veda a cooperação direta entre os órgãos investigadores de cada país. O que o Tratado proíbe, ao revés, é a supressão de alguma prova com espeque em seus dispositivos, até mesmo porque *o MLAT não contempla regras de validade da atividade de produção probatória*.

Tais regras são previstas no ordenamento jurídico de cada Estado, e é frente a elas que a prova oriunda da cooperação internacional deve ser valorada (sobre isto se falará mais adiante). O Tratado disciplina, tão somente, a possibilidade de compartilhamento das informações, sem instituir parâmetros legais específicos para o exame de sua licitude. A única ressalva feita pelo MLAT a esse compartilhamento, na verdade, refere-se aos casos em que o Estado requerido solicite a restrição no uso da informação (art. 7º, n. 1 e 2).

Não há semelhante regra de exclusão, todavia, direcionada à cooperação direta, quando feita sem a intermediação das autoridades centrais. E trata-se, aqui, de um silêncio eloquente: o MLAT poderia ter vedado o uso de provas fornecidas por meios diversos daquele previsto em seu art. 4º, até porque conferiu ao Estado requerido a prerrogativa de impor condições e restrições, discricionariamente, ao emprego do material fornecido. Contudo, o Tratado não o fez, e ainda deixou claro que suas normas não excluem outras maneiras de compartilhamento de informações, tampouco servem de fundamento para que se pleiteie a exclusão ou supressão de qualquer prova.

Essa escolha, aliás, é bem justificada, pois “uma conhecida e efetiva forma de acelerar a cooperação internacional é conduzir uma investigação paralela, e podem existir medidas que aumentem a utilidade dessas investigações. De modo geral, agências estatais em dois países diferentes podem compartilhar informações como parte da investigação do mesmo crime ou alvo. Estes procedimentos, em média, são muito mais rápidos do que MLATs” (SWIRE, Peter; HEMMING, Justin. Mutual legal assistance in an era of globalized communications: the analogy to the visa waiver program. *NYU Annual Survey of American Law*, Nova Iorque, v. 71, 2017, p. 720-721, tradução direta).

Não se nega a relevância do papel atribuído às autoridades centrais, a quem foi delegada a importante tarefa de dinamizar e facilitar o intercâmbio de informações entre países soberanos, providência bastante difícil no vetusto sistema de cartas rogatórias. O que não se pode é, com as devidas vênias, entender que a falta de intervenção das autoridades centrais, instituídas para agilizar a assistência jurídica, seria suficiente para impor um entrave burocrático adicional e anular as provas compartilhadas.

Ademais, se respeitadas as garantias processuais do investigado, não vislumbro qual seria o prejuízo decorrente da cooperação direta entre as agências policiais e acusadoras, sem a participação das autoridades centrais. Este fato não causa qualquer gravame ao investigado, tampouco implica maior onerosidade na atuação estatal em seu desfavor. A ilicitude da prova ou do meio de sua obtenção somente poderia ser pronunciada se a parte recorrente demonstrasse alguma violação de suas garantias, ou das específicas regras de produção probatória - temas que, como dito, não são objeto do MLAT.

Sobre este ponto, a defesa compreende que a omissão das autoridades centrais teria impedido o exercício do contraditório antes da realização da diligência de quebra de sigilo bancário. Este argumento, contudo, não prospera. Em primeiro lugar, porque o Tratado em comento não prevê, como consequência da intermediação das autoridades centrais, qualquer forma de notificação ou participação do investigado no procedimento de entrega de documentos, disciplinado no art. 13 do MLAT. E, em segundo lugar, porque a quebra do sigilo independe da anterior formação de contraditório, o qual é exercido de forma diferida, no curso do processo judicial, como já se pronunciou este STJ:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Inquérito judicial instaurado contra magistrado federal. Ilcitude da prova. Inocorrência. Interceptação telefônica em juízo estadual. Indício de envolvimento do magistrado. Serendipidade

ou encontro fortuito de provas. Remetido o feito à autoridade competente. Nulidade não evidenciada. Desentranhamento de provas. Alegação de ingerência indevida na vida pessoal do investigado. Impossibilidade. Necessidade de análise probatória. Incompetência do Corregedor Regional. Inocorrência. Competência reconhecida pela Corte Especial do Tribunal de origem. Alteração do regime interno. Mudança no procedimento. Possibilidade. Princípio do *tempus regit actum*. Nulidade da decisão de quebra do sigilo bancário e fiscal. Inocorrência. Existência de fundamentação concreta. Inquérito judicial. Procedimento administrativo. Contraditório diferido. *Habeas corpus* denegado.

[...]

6. A adoção das medidas excepcionais de quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico da agravante encontra amparo na presença de indícios da autoria e da prova da materialidade dos crimes imputados, além da demonstração de imprescindibilidade das medidas para fins de esclarecimento dos fatos, situação que não pode ser considerada violadora de direito líquido e certo capaz de ensejar a concessão da segurança (AgRg no RMS 43.701/RJ, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 27/3/2018).

7. Considerando que o inquérito judicial é procedimento administrativo para apurar infração penal praticada por magistrado, é certo que, em relação aos elementos probatórios e as medidas de cautelares deferidas no curso da investigação, o exercício do contraditório fica diferido para a fase judicial, de acordo com o devido processo legal.

8. *Habeas corpus* denegado.

(HC 395.983/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe 26/9/2018)

Por todos estes fatores, penso que o compartilhamento direto de provas, sem requerimento formulado pela autoridade central brasileira e dirigido à norte-americana, não gera a nulidade enxergada pela defesa, devendo ser mantida a jurisprudência desta Corte Superior, formada em processos também derivados do *Caso Banestado*.

3. *Quebra de sigilo bancário, reserva de jurisdição e exceção da ordem pública*

Firmada a licitude do compartilhamento de provas, resta examinar as teses recursais relativas à falta de prévia autorização judicial para a obtenção dos dados bancários.

Para elucidar este aspecto, é importante relembrar o teor do art. 13 da LINDB, segundo o qual “a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-

se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça”.

Como a manutenção de valores na agência do Delta National Bank ocorreu em Nova Iorque, é à luz da legislação daquele Estado que deve ser aferida a licitude da obtenção da supracitada prova. Confira-se, a propósito, o seguinte aresto da Corte Especial deste STJ:

Ação penal originária. Cooperação jurídica internacional. Prova produzida no exterior. Parâmetro de validade. Admissibilidade no processo. Ordem pública, soberania nacional e bons costumes. Violação. Inocorrência. Provas ilícitas derivadas. Frutos da árvore envenenada. Exceções. Teoria da mancha purgada. Nexo de causalidade. Atenuação. Prerrogativa de foro. Conexão e continência. Competência. Desmembramento. Foro prevalente. Art. 78 do CPP. Prejuízo concreto. Defesa. Ausência. Corrupção passiva qualificada. Aptidão da denúncia. Lavagem de dinheiro. Consunção. Matéria de prova. Atipicidade. Inocorrência. Recebimento.

1. O propósito da presente fase procedimental é verificar a aptidão da denúncia e a possibilidade de absolvição sumária do acusado, a quem é imputada a suposta prática dos crimes de corrupção passiva circunstanciada (art. 317, § 1º, do CP), por 17 (dezesete vezes), e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98).

2. *A provas obtidas por meio de cooperação internacional em matéria penal devem ter como parâmetro de validade a lei do Estado no qual foram produzidas, conforme a previsão do art. 13 da LINDB.*

3. A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB.

[...]

14. Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida.

(APn 856/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/10/2017, DJe 6/2/2018; grifou-se).

Sobre este tema, não parece haver controvérsia: tanto o recorrente (e-STJ, fls. 816) como o acórdão recorrido (e-STJ, fl. 673) concordam que a obtenção dos dados cadastrais, do contrato de abertura da conta e dos extratos de sua movimentação ocorreu em conformidade com a legislação então vigente no Estado de Nova Iorque.

No direito brasileiro, como se sabe, a quebra do sigilo de tais informações se submete à reserva de jurisdição, na forma dos arts. 1º, § 4º, e 3º da Lei

Complementar 105/2001. Esta peculiaridade do ordenamento pátrio, contudo, não encontra par na legislação nova-iorquina. Em Nova Iorque, ainda na década de 1970, a Suprema Corte daquele Estado afirmou que a acusação tem a prerrogativa de encaminhar, ela própria, intimação (*subpoena*) para a entrega de documentos bancários (*Shapiro v. Chase Manhattan Bank*, 53 A.D. 2d 542, julgado em 15/6/1976); este entendimento, inclusive, tem sido confirmado em casos mais recentes (por exemplo: *People v. Lomma*, 35 Misc. 3d 396, julgado em 1/2/2012).

Por conseguinte, na forma do art. 13 da LINDB, não é possível declarar nulidade pela falta de prévia de decisão judicial quando da obtenção do documento de fls. 16-18 (e-STJ), no qual foram elencadas as contas de brasileiros no Delta National Bank. Se a validade da prova deve ser examinada tendo como parâmetro as normas estadunidenses, e o recorrente admite que estas permitiam a obtenção do documento diretamente pela Procuradoria do Estado, a inexistência de autorização judicial não inquina de qualquer vício a prova então encontrada pelas autoridades de Nova Iorque.

Da mesma forma, as suspeitas do recorrente quanto à data em que o restante da documentação (incluindo os extratos da conta) foi obtido perdem relevância.

Para a defesa, como a Procuradoria de Nova Iorque encaminhou os documentos ao Brasil exatamente no mesmo dia em que proferida a decisão de quebra de sigilo (24/11/2004), “não seria desarrazoado supor que tais documentos já deveriam estar em poder das autoridades brasileiras, antes mesmo da decisão” (e-STJ, fl. 800). Entretanto, ainda que o aparato de investigação tivesse conseguido tais provas antes da decisão de quebra de sigilo proferida pela 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, como acredita o recorrente, elas permaneceriam válidas, na forma do art. 13 da LINDB, por ser dispensável a prévia autorização judicial.

Antevendo a possibilidade de reconhecimento da licitude das provas, por terem obedecido ao direito vigente no Estado de Nova Iorque, a defesa reclama a aplicação da parte final do art. 17 da LINDB, segundo a qual são ineficazes as normas e atos produzidos em outro país que violarem a *ordem pública* brasileira. O recorrente argumenta que, como o sigilo bancário integra a área de proteção do direito fundamental à intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna), a sua quebra sem o controle prévio do Poder Judiciário violaria o devido processo legal (inciso LIV do mesmo art. 5º) e, por consequência, a noção de ordem pública a que se refere o dispositivo supracitado.

A conhecida *exceção da ordem pública* não é exclusiva do direito brasileiro, mas permeia uma série de normas internacionais das mais diversas áreas. De acordos comerciais (art. 20, “a”, do GATT) até o ordenamento comunitário europeu (Regulação Roma I, art. 21), a exceção da ordem pública permite que determinado país recuse aplicação à norma estrangeira que “violou algum princípio fundamental de justiça, uma concepção prevalente da boa moral, uma tradição do bem comum profundamente enraizada” (PAULSEN, Monrad; SOVERN, Michael. Public policy in the conflict of laws. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 59, n. 7, 1956, p. 969, tradução direta).

Esta ferramenta é, contudo, de aplicação extraordinária, uma vez que “a ordem pública não é violada sempre que a lei do foro diferir da lei estrangeira; caso contrário, a exceção engoliria a regra” (KRAMER, Larry. Same-sex marriage, conflict of laws and the unconstitutional public policy exception. *Yale Law Journal*, New Haven, 1997, p. 1.970, tradução direta).

Levada ao extremo, a interpretação deste conceito jurídico indeterminado do art. 17 da LINDB terminaria por inutilizar o art. 13 da mesma Lei, porque qualquer diferença procedimental na legislação estrangeira (em relação à brasileira) sobre o rito de produção de uma prova a tornaria inválida. Seria instituída, assim, uma espécie de extraterritorialidade incondicionada da lei pátria em matéria probatória, resultado oposto ao esperado pela aplicação do art. 13 da LINDB.

Por isso, a exceção da ordem pública reclama sempre uma análise cuidadosa, para evitar a banalização do instituto e, em última instância, impedir o próprio isolamento do Brasil no meio internacional. É este neste sentido o alerta de Gustavo Ferraz Monaco, professor titular da USP:

Dizer que a ordem pública é excepcional é reconhecer que a ela não se deve recorrer cotidianamente. Se assim se faz, se se age não no extremo do “tudo é permitido” das angústias de Raskolnikov, mas no extremo oposto, o extremo do “tudo é proibido”, de tudo que vem de outra cultura ou de outro modo de pensar os problemas da vida humana em sociedade nos assusta; no extremo nacionalista e *lexforista* em que se interdita no foro a incidência de qualquer lei estrangeira pelo simples fato de ela apresentar diferenças, estaremos diante de outra coisa, mas nunca de uma exceção (A exceção de ordem pública internacional. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 114, jan.-dez. 2019, p. 233).

Assentadas estas premissas, penso que, no presente caso, não há afronta à ordem pública brasileira, mas apenas a existência de um tratamento jurídico

diferente sobre a produção de prova no Brasil e nos EUA. Para a obtenção das provas em análise, não foi violada qualquer norma cogente de direito internacional, não se agrediu a soberania brasileira e não se violou a dignidade do recorrente.

Cada país tem a independência para estabelecer quais medidas investigativas se submetem à reserva de jurisdição, como modo de instituir uma cautela adicional à tutela da intimidade de seus cidadãos. Não se pode, todavia, exigir uniformidade sobre o tema no regramento das quase duas centenas de Estados soberanos, sob pena de inviabilizar a cooperação jurídica internacional.

Enquanto cláusula geral, o devido processo legal (que inclusive é positivado também na 5ª e 14ª emendas à Constituição dos EUA) admite diferentes conformações legislativas, admitindo-se certa margem de discricionariedade ao legislador para definir seus contornos. Impor a necessidade de prévia autorização judicial para esta ou aquela medida interventiva se insere em tal âmbito, não sendo possível dizer que, apenas por não ter sido submetida à reserva de jurisdição, determinada diligência praticada no estrangeiro ofende o devido processo legal.

Situação diferente existiria se a obtenção da prova tivesse ocorrido, por exemplo, mediante tortura, ou em procedimento eivado de perseguição político-ideológica. Nestes casos, por certo, nem mesmo eventual permissão judicial poderia convalidar a prova, porquanto violada profundamente a dignidade do investigado. Isso mostra que, para avaliar a admissibilidade de uma prova à luz do art. 17 da LINDB, mais decisivo é o respeito à condição humana do indivíduo do que, propriamente, a reserva de jurisdição.

Em hipótese análoga, esta 5ª Turma também já admitiu a validade probatória de dados protegidos pelo sigilo bancário oriundos do exterior (e lá obtidos em conformidade com a legislação local, consoante o art. 13 da LINDB), mesmo que a quebra do sigilo respectivo não contasse com autorização judicial brasileira. Eis a ementa do julgado:

Penal e Processo Penal. Agravo em recurso especial. Operação Curação. Crime de evasão de divisas. Art. 22 da Lei n. 7.492/1986. (I) Colaboração premiada. Aplicação dos benefícios. Implementação dos requisitos. Necessidade de revolvimento fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. (II) Cooperação jurídica internacional. Prova produzida no exterior. Compartilhamento. Autorização judicial de uso das provas colhidas no exterior e de quebra de sigilo bancário. Parâmetros de validade atendidos. Arts. 13 e 17 da LINDB. Convenção Internacional de Palermo e Convenção Internacional de Mérida. Precedentes

desta eg. Corte Superior. (III) Dosimetria. Exasperação da pena-base. Valoração negativa das circunstâncias do delito e consequências do crime. Fundamentação idônea.

[...]

III - “A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB. [...] Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo. [...] Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida” (APn 856/DF, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 6/2/2018).

IV - Nos termos do art. 13 do Decreto-Lei n. 4.657/42 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a prova dos fatos ocorridos no país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se. Dessa feita, verifica-se que, na hipótese, o compartilhamento das informações entre as autoridades brasileiras e holandesas observaram a legislação pertinente, em especial as Convenções multilaterais de Palermo e de Mérida, bem como o art. 13 da LINDB.

V - Imperioso assinalar que o sigilo bancário, tido como substrato da proteção constitucional da privacidade, não tem caráter absoluto. O ordenamento jurídico brasileiro abarca hipóteses de não incidência de sigilo (troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais; fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito; comunicação a autoridades competentes da prática de ilícitos penais ou administrativos que envolvam recursos públicos, entre outros), bem como hipóteses de transferência do sigilo dos dados e informações constantes nas contas correntes e aplicações diversas em instituições financeiras a outros entes. Dessa feita, não se verifica a suscitada contrariedade ao art. 17 do Decreto-Lei 4.657/42, sobretudo porque não verificado, *in casu*, qualquer ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

VI - Entender pela impossibilidade de compartilhamento de provas por meio de cooperações jurídicas internacionais significa inviabilizar a persecução penal de, além dos crimes de evasão de divisas e de lavagem de capitais, tantos outros delitos transnacionais, como o tráfico internacional de drogas, o tráfico internacional de pessoas, a pedofilia por meio da rede mundial de computadores, o tráfico internacional de armas, entre outros. Atenta ao fenômeno da

criminalidade globalizada e transnacional, essa eg. Corte Superior em diversas ocasiões tem afirmado e reafirmado a validade de provas produzidas no exterior e compartilhada por meio de cooperação jurídica internacional. Precedentes.

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.656.153/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/5/2018, DJe 30/5/2018)

Por todos estes fatores, reconheço a higidez da prova e rejeito a tese de sua ilicitude, permanecendo inalterada a condenação proferida nestes autos.

4. *Dispositivo*

Ante o exposto, *conheço* do agravo para *negar provimento* ao recurso especial. É o voto.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.555.030-GO (2019/0233236-0)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: Ministério Público do Estado de Goiás

Agravado: I L D

Advogado: Calisto Abdala Neto e outro(s) - GO009631

EMENTA

Penal e Processo Penal. Agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Crime cometido quando o autor tinha 19 e a vítima 13 anos de idade. Súmula 593/STJ. Irrelevância do consentimento ou da experiência sexual anterior. Impossibilidade, contudo, de imposição de pena, diante da excepcionalíssima situação dos autos. Namoro entre réu e vítima que teve continuidade, culminando em seu casamento (quando já adulta a ofendida). Família constituída, com dois filhos. Necessidade de preservar a escolha feita livremente pela ofendida,

como forma de evitar sua vitimização secundária. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

1. O réu I L D, à época com 19 anos de idade e padrasto da vítima C A C, manteve com ela relações sexuais no período de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013. Em decorrência destes fatos, C A C, que tinha então 13 anos de idade, engravidou e deu à luz uma filha.

2. Nos termos da Súmula 593/STJ, o consentimento da vítima e sua experiência sexual prévia não afastam o crime do art. 217-A do CP. O caso concreto, todavia, possui peculiaridades que impedem a aplicação do enunciado sumular para impor, automaticamente, a condenação do recorrido.

3. O namoro entre réu e vítima teve continuidade, já depois de a moça atingir a idade permitida pela legislação, culminando em seu casamento. Posteriormente, desta união foi gerado um segundo filho, de modo que existe uma unidade familiar constituída livremente pela ofendida, quando esta já tinha idade para consentir.

4. A vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana.

5. Impor a pena de reclusão ao recorrido constituiria, na prática, em nova vitimização da ofendida. Esta, uma jovem moça com atualmente 21 anos, seria deixada com a hercúlea tarefa de educar e sustentar, sozinha, dois filhos pequenos, sem o apoio de seu marido.

6. Configura verdadeira contradição causar à vítima um sofrimento desta natureza, colocando sobre seus ombros tão pesada missão, quando o objetivo da norma penal é justamente protegê-la.

7. Não se propõe a superação da Súmula 593/STJ (tampouco da tese repetitiva firmada pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.480.881/PI), mas apenas se reconhece distinção entre a situação tratada pelo enunciado sumular e a excepcionalíssima hipótese dos autos, a reclamar tratamento jurídico diferenciado que preserve a liberdade de escolha da vítima e a família por ela constituída.

8. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

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 agravo para negar provimento ao recurso especial. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 21.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se agravo contra a decisão que inadmitiu o recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Goiás*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo TJ/GO, assim ementado:

Apelação criminal. Estupro. Vulnerável. Absolvição. Atipicidade. Lesividade. Ausência. Consentimento. Discernimento. Constituição de família. Proteção do Estado. Súmula 593/STJ afastada. Particularidades do caso concreto.

1 - O art. 217-A do CP ampara a dignidade e o desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, protegendo a liberdade e integridade daqueles que não possuem a capacidade de consentir validamente.

2 - Na hipótese, vê-se que a menor (13 anos) tinha à época da relação maturidade e pleno discernimento, ausente lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado (atipicidade).

3 - Acusado e adolescente casaram-se e constituíram família, inclusive têm dois filhos. É cediço que a família, base da sociedade, deve contar com especial proteção do Estado (art. 226, CF). Eventual condenação na espécie violaria o preceito constitucional mencionado.

4 - Afastado o enunciado da Súmula 593/STJ excepcionalmente, diante da particularidade do caso. Apelo provido (e-STJ, fls. 269-278).

Na origem, o MP/GO denunciou o ora recorrido pela prática do crime de estupro de vulnerável, na forma majorada e em continuidade delitiva (arts. 217-A e 226, II, do CP). Como se colhe da denúncia (e-STJ, fls. 1-3), o réu I

L D, à época com 19 anos de idade e padrasto da vítima C A C, manteve com ela relações sexuais no período de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013. Em decorrência destes fatos, C A C, que tinha então 13 anos de idade, engravidou e deu à luz uma filha, de nome I S C.

O inquérito (e-STJ, fls. 4-101) foi instaurado após *notitia criminis* da avó da vítima, após o nascimento de I S C, por suspeitar da proximidade entre a ofendida e seu padrasto e notar semelhança física entre ele e a filha de C A C.

Após a instrução processual, na qual se confirmaram a paternidade da criança (e-STJ, fls. 45-47) e a prática consentida da conjunção carnal, sobreveio sentença (e-STJ, fls. 198-203) que condenou o réu à pena de 15 anos, 3 meses e 22 dias de reclusão.

Somente a defesa interpôs apelação (e-STJ, fls. 227-234), provida pela Corte de origem no acórdão cuja ementa transcrevi acima.

Em suas razões recursais (e-STJ, fls. 285-293), o *Parquet* aponta violação do art. 217-A do CP, ao argumento central de que o consentimento da vítima menor de 14 anos não afastaria a tipicidade do delito. Tampouco o posterior casamento entre vítima e réu permitiria a absolvição, diante da revogação do antigo inciso VII do art. 107 do CP pela Lei 11.106/2005 e da necessidade constitucional de proteção integral da adolescente.

Ao final, invoca a aplicação da Súmula 593/STJ e pede o provimento do recurso especial, para “restabelecer a sentença condenatória” (e-STJ, fl. 292).

Sem contrarrazões, apesar de intimada a defesa (e-STJ, fl. 299), o apelo nobre foi inadmitido na origem (e-STJ, fls. 300-302), com espeque na incidência da Súmula 7/STJ.

Contra esta decisão o MP/GO interpôs agravo (e-STJ, fls. 310-320), no qual argumenta que o acolhimento da tese recursal não demandaria o reexame dos fatos e provas da causa.

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF sugeriu o conhecimento do agravo e provimento do recurso especial, em parecer com a seguinte ementa:

Agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Razões do agravante que infirmam os fundamentos da decisão agravada. Conhecimento do agravo. Recurso especial. Autoria e materialidade delitivas incontestes. Discernimento e maturidade da vítima. Fundamentação inidônea. Presunção da violência. Súmula n. 593/STJ. Provimento do recurso especial.

1. As razões do agravante ensejam o conhecimento do recurso, por demonstrada a desnecessidade de reexame de fatos e provas para o exame do inconformismo ministerial. Conhecimento do agravo.

2. No mérito, não pairando qualquer dúvida quanto à autoria e materialidade delitiva, as quais foram reconhecidas pelas instâncias ordinárias, e sendo inadmissível o consentimento para afastar a tipicidade, vez que se trata de pessoa com discernimento reduzido, consoante já assentado na jurisprudência do STJ, o caso é de se reconhecer a negativa de vigência do art. 217-A do CP.

3. Parecer pelo conhecimento do agravo, para dar provimento ao recurso especial e restabelecer o édito condenatório proferido pelo Juízo de primeiro grau (e-STJ, fls. 336-343).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator):

1. Considerações preliminares

O agravo combate de maneira específica o fundamento utilizado pela Corte de origem (qual seja, a incidência da Súmula 7/STJ) para obstar a tramitação do apelo nobre, de maneira que deve ser conhecido.

Ainda sobre o agravo, penso que o referido enunciado sumular realmente é inaplicável ao caso dos autos, como defende o agravante. O *Parquet* não nega, em seu recurso especial, que as relações sexuais foram consentidas, ou que réu e vítima se casaram (o que, certamente, esbarraria no óbice da Súmula 7/STJ). A tese recursal é a de que nenhum destes fatos, cuja existência é incontroversa, poderia afastar a tipicidade do crime do art. 217-A do CP, matéria estritamente jurídica e que pode ser decidida diante do quadro acima relatado.

Atendidos os demais requisitos de admissibilidade, também merece conhecimento o recurso especial, ora julgado conjuntamente, conforme a permissão do art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

2. Irrelevância do consentimento da vítima do crime tipificado no art. 217-A do CP

Em sucinta recapitulação, o presente caso versa sobre a possibilidade de condenação, pelo crime do art. 217-A do CP, de um rapaz que, à época com

19 anos, manteve relações sexuais consentidas e no âmbito de uma relação de namoro com a vítima, então com 13 anos de idade.

O início precoce da vida sexual da jovem, quando estimulado ou manipulado por uma pessoa adulta, ainda é um fenômeno comum, apesar de legalmente proibido. A complexidade das causas deste problema, desde a falta de educação sexual adequada à vulnerabilidade socioeconômica, em muito supera a capacidade do direito penal de solucioná-lo. De todo modo, ainda que sua intervenção não seja uma panaceia, a legislação penal tutela a integridade sexual dos menores de 14 anos, sancionando severamente as ofensas a este bem jurídico inegavelmente precioso.

Mesmo antes da reforma da Lei 12.015/2009, quando ainda vigia o art. 224, “a”, do CP, o entendimento majoritário nas Cortes Superiores caminhava rumo à impossibilidade de flexibilização da presunção de violência na conjunção carnal praticada com menor de 14 anos. Cito, como exemplo neste STJ, o HC 65.267/SP, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 3/6/2008, DJe 1/9/2008; e, no STF, o HC 94.818/MG, Rel. Ministra *Ellen Gracie*, Segunda Turma, julgado em 24/6/2008, DJe 14/8/2008.

Não obstante, mesmo com a criação do art. 217-A do CP (que suprimiu a menção textual à presunção), o tema continuou a despertar debates doutrinários e jurisprudenciais, mormente nas instâncias ordinárias. Já sob a vigência da atual redação legal, e visando à uniformização do tema, a Terceira Seção desta Corte Superior apreciou a matéria sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, reafirmando a orientação que já se encaminhava para a pacificação, nos seguintes termos:

Recurso especial. Processamento sob o rito do art. 543-C do CPC. Recurso representativo da controvérsia. Estupro de vulnerável. Vítima menor de 14 anos. Fato posterior à vigência da Lei 12.015/09. Consentimento da vítima. Irrelevância. Adequação social. Rejeição. Proteção legal e constitucional da criança e do adolescente. Recurso especial provido.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei n. 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, “a”, do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança

com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo “seu grau de discernimento”, como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que “nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade”. Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo “discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento”, não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – “beijos e abraços” – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais

existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

(REsp 1.480.881/PI, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015).

O paradigmático aresto pôs fim à tentativa de etiquetamento da vítima do delito de estupro de vulnerável, não raro submetida a verdadeira devassa em sua vida íntima para que, com a comprovação de sua prévia experiência sexual, fosse relativizada a proteção legal a ela conferida. A conclusão então alcançada pelo douto Ministro *Rogerio Schietti Cruz* (e seguida à unanimidade pelos integrantes do colegiado), além de interpretar de forma irretocável o plexo normativo sobre o tema, tem um conteúdo nitidamente civilizatório, ao proteger parcela da população que tanto necessita da atenção estatal.

Refletindo a tese firmada naquele julgado, a Terceira Seção elaborou a conhecida Súmula 593/STJ, que enuncia:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Permaneço convencido de que esta conclusão é adequada, tanto pela interpretação literal do art. 217-A do CP como pela sua leitura conjunta com o texto constitucional - e, a bem da verdade, também pelo diálogo com outras áreas do conhecimento científico, que não deixam dúvidas sobre a severidade da conduta tipificada no referido dispositivo.

O presente caso, todavia, guarda elementos que exigem do aparato estatal uma resposta diferenciada, por não se amoldar com perfeição ao entendimento jurisprudencial acima referenciado - e do qual não discordo. Afinal, nem

toda discussão sobre o crime de estupro de vulnerável trata, exatamente, dos mesmos aspectos contemplados na Súmula 593/STJ; seguindo o alerta de DOSTOIÉVSKI, a realidade por vezes “desafia as mais engenhosas deduções e definições do pensamento abstrato - mais ainda: ela abomina as classificações claras e precisas que tanto nos agradam” (*House of the dead*. Nova York: E. P. Dutton, 1911, p. 306, tradução direta).

Pois bem. O drama exposto nestes autos, confirmando o aviso do romancista russo, não pode ser solucionado pela abstração da tese cristalizada na Súmula 593/STJ, como pretende o *Parquet*.

Conforme relatei, a relação entre o réu e a vítima iniciou-se quando aquele tinha 19 e esta 13 anos de idade. De seu namoro às escondidas nasceu uma filha, atualmente com 7 anos de idade (e-STJ, fls. 53-55). Em seguida, após a moça atingir a idade permitida pela legislação penal e civil, *réu e vítima se casaram e geraram um segundo filho*. Quando do julgamento da apelação defensiva, em 5/2/2019, a ofendida tinha 20 anos idade e já havia nascido a segunda criança do casal. É o que se colhe do acórdão recorrido:

Além disso, registro que I L D e C A C L casaram-se e têm dois filhos: constituíram família. É sabido que a família, base da sociedade, conta com especial proteção do Estado (art. 226, CF). A propósito, confira lição doutrinária:

[...]

Nesse contexto, tenho que na espécie, eventual condenação violaria o preceito constitucional mencionado. E mais, ofenderia também a proteção conferida à adolescente (art. 227, CF), em desrespeito à sua dignidade, liberdade e convivência familiar. Portanto, a solução absolutória se impõe, excepcionalmente afastado o enunciado da Súmula 593/STJ diante da particularidade do caso (e-STJ, fls. 275-277).

Como a defesa não mais se manifestou nos autos após a prolação do acórdão, deixando de apresentar contrarrazões ao recurso especial (e-STJ, fls. 298) ou ao agravo (e-STJ, fls. 325), apesar de regularmente intimada para tanto, não há informações mais atualizadas sobre a situação conjugal ou sobre os filhos do casal. Contudo, existe uma situação fática que não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário: a vítima optou por dar continuidade a sua relação com o recorrido, mantendo sua escolha mesmo após atingir a idade adulta. Na verdade, sua opção não foi apenas mantida, mas sim *reforçada*, porque se casou com I L D e com ele gerou uma nova vida - desta vez quando já havia superado a idade de consentimento do art. 217-A do CP.

Não sabemos os motivos pessoais desta escolha feita pela vítima, mas o fato é que se trata de uma opção tomada por uma pessoa adulta e capaz - parafraseando JOHN MILTON, enquanto “autora, em si mesma, de tudo quanto julga e daquilo que escolhe” (*Paradise Lost*. Seattle: Amazon Classics, 2017, p. 58). Não é objeto deste processo o julgamento moral quanto aos méritos de sua opção. O que se discute, nestes autos, é a possibilidade de intervenção do direito penal para, rompendo uma família voluntariamente constituída pela vítima, e sob a justificativa de protegê-la, privar da liberdade o seu ofensor - a quem a própria ofendida, quando já maior e capaz, decidiu chamar de marido.

Esta inequívoca manifestação de vontade da vítima não pode ser recebida com indiferença pelo sistema penal, sob pena de grave ofensa ao seu direito constitucional de desenvolver, livremente, a própria personalidade e resolver seus conflitos pessoais.

3. O papel da vítima no processo penal

Com a superação dos sistemas de vingança privada e o avanço na conquista do sistema penal pela civilização, o Estado ocupou espaços que tradicionalmente pertenciam à vítima de uma ofensa. A própria separação entre a sanção criminal e a reparação civil *ex delicto*, na verdade, concorreu para diminuir o protagonismo do ofendido na definição do *se* e *como* determinada pena seria imposta. Com efeito,

Isto foi correlato à ascensão de instituições monárquicas para a punição de infratores. A Coroa passou a exercer sua prerrogativa sobre o processo punitivo na extensão que sua capacidade institucional permitia. No final do século XVIII, o advento do positivismo científico removeu quase todas as referências à vítima ao conceituar o comportamento criminal nos termos de uma falta de integridade biológica do ofensor. A consolidação da lei penal e da justiça sob o Estado foi uma consequência, então, da transferência inicial dos poderes da vítima para a Coroa (KIRCHENGAST, Tyrone. *The victim in criminal law and justice*. Nova York: Palgrave MacMillan, 2006, p. 220, tradução direta).

O criminólogo norueguês NILS CHRISTIE (um dos primeiros proponentes, na segunda metade do século XX, do atual conceito de *justiça restaurativa*) detecta, com precisão, que:

A vítima suporta uma perda particularmente pesada nesta situação. Ela não apenas sofreu, perdeu materialmente ou se feriu, física ou mentalmente. E o Estado não apenas toma a compensação. Mas acima de tudo, a vítima perdeu

a participação em seu próprio caso. É a Coroa quem fica sob os holofotes. É a Coroa quem descreve as perdas, não a vítima. [...] Algo que lhe pertencia foi retirado dessa vítima (CHRISTIE, Nils. *Conflict as property*. The British Journal of Criminology, v. 17, n. 1, 1977, p. 7-8, tradução direta).

Na prática forense, com frequência, “a vítima serve apenas como um meio - especificamente, um meio de prova para ser usado pelo Estado a fim de obter uma condenação” (MCDONALD, William. *Towards a bicentennial revolution in criminal justice: the return of the victim*. American Criminal Law Review, v. 13, n. 4, 1976, p. 650, tradução direta). É pouco comum que se perguntem seus anseios, seus desejos, sua opinião sobre como a lesão pessoal e social causada pelo crime poderia ser resolvida. Embora sejam inegáveis os benefícios da concentração da justiça penal em entidades estatais, é real o risco de que o ofendido, que efetivamente suportou as consequências diretas do crime, acabe por restar alijado do processo.

Quando os desígnios do Ministério Público e os da vítima estão alinhados, este problema prático é certamente menos intenso, mas há situações em que a pretensão do órgão acusador pode não corresponder exatamente aos anseios do ofendido - ou, como no presente caso, parecer contrariá-los frontalmente.

Esta perplexidade, amplamente discutida no exterior, também não escapou ao debate doutrinário brasileiro. Especificamente sobre os crimes sexuais, apresento as pertinentes considerações de BÁRBARA SOUZA, publicadas recentemente na Revista do IBCCRIM:

O centro da crítica à reação repressiva estatal é que o Estado não considera o que a vítima deseja ou o que pensa da punição, aplicando mecanicamente a consequência penal prevista pela lei. Não abre espaço à vítima para saber qual seria, em sua opinião, a resposta mais adequada ao mal que lhe foi causado, passando, portanto, por cima dos interesses daquele que mais sofre com a ação ilícita, que podem não ser os mesmos que os do Estado (*O uso da mediação nos delitos sexuais: o resgate da dignidade da vítima*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 125, 2019 p. 25).

O debate é atual e relevante, não tendo encontrado ainda uma resposta juspositiva clara no já antigo CPP. Certo é que, em todo delito, mas especialmente naqueles contra a dignidade sexual, a desconsideração da vontade da vítima abre espaço para um processo de *vitimização secundária* - assim entendida, nas palavras do professor espanhol ANTONIO BERISTAIN, como o sofrimento imposto ao ofendido pelas “instituições mais ou menos diretamente encarregadas de ‘fazer justiça’: policiais, juízes, peritos, criminólogos,

funcionários de instituições penitenciárias, etc.” (*Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 105).

Semelhante definição é apresentada por CEZAR ROBERTO BITENCOURT, para quem

No âmbito procedimental-investigatório constata-se outro tipo de vitimização, em que a violência é causada pelo próprio sistema de justiça penal que viola outros direitos, vitimizando novamente a criança ou o adolescente. Essa revitimização denomina-se vitimização secundária, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas infantojuvenis novas vítimas, agora do estigma procedimental-investigatório; a violência do sistema pode dificultar (senão até inviabilizar) o processo de superação do trauma, provocando ainda uma imensa sensação de frustração, impotência e desamparo com o sistema de controle social, aumentando o descrédito e a desconfiança nas instituições de justiça criminal (*Tratado de direito penal* (v. 4). 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 113).

Faço essa breve digressão doutrinária para demonstrar que o processo penal não pode ignorar a vontade da vítima, substituindo-a integralmente pelo interesse acusatório na condenação e execução de uma sanção. Certamente é possível pensar em casos, como nos crimes contra a Administração Pública, nos quais a vontade do sujeito passivo imediato (o ente público lesado) não obsta a pretensão punitiva, haja vista a predominância do interesse social existente. Aqui, porém, está em julgamento a vida de quatro pessoas que, mesmo chegando a este Tribunal disfarçadas de autos processuais, são as mais diretamente interessadas na resolução do conflito decorrente do crime.

É necessário lembrar que a aplicação do direito penal, com a imposição de uma pena privativa de liberdade de 8 a 15 anos de reclusão (ainda majorada em metade pelo art. 226, II, do CP), traria consequências verdadeiramente devastadoras para a vítima e seus dois filhos, que se veriam privados, por longo período, da convivência diária com seu marido e pai - para além das considerações financeiras imediatas. O atendimento de um abstrato interesse público na condenação e segregação prisional do recorrido, *contra a vontade da vítima*, não lhe trará qualquer alívio, e nada fará para preencher o vácuo financeiro e emocional deixado pelo réu na sua vida conjugal e na educação de seus filhos.

O crime cometido pelo recorrido é, sem dúvida, de natureza grave, e o consentimento da vítima não exclui a tipicidade ou ilicitude de sua conduta, nos

termos da Súmula 593/STJ. Também não se questiona a presença dos elementos integrantes da culpabilidade. A tormentosa pergunta a ser respondida neste caso é: mesmo diante do cometimento do crime, há possibilidade de imposição da pena?

Ponderando detalhadamente os aspectos da causa, penso que a resposta é negativa. Não há dúvidas de que a dignidade sexual de crianças e adolescentes, bem jurídico tutelado pelo art. 217-A do CP, interessa a toda a coletividade (tanto que a respectiva ação penal é pública incondicionada, na forma do art. 225 do CP), mas *a proteção deste bem preocupa muito mais a própria vítima*, em especial quando esta atingiu a idade adulta no curso do processo. O encarceramento do recorrido equivaleria, na prática, a uma vitimização secundária da ofendida, que além de ter sofrido um abuso sexual - e isso não questiono - veria, já adulta, desrespeitada pelo Estado a sua escolha de casar-se, constituir família e gerar mais um filho com o réu.

Mesmo com a nobre intenção de protegê-la, respondendo de algum modo ao dano por ela sofrido enquanto adolescente, a imposição de uma pena simplesmente romperia a unidade familiar da ofendida, deixando-a em uma situação talvez ainda mais vulnerável do que em sua adolescência. Destaco que a reprimenda aplicada ao réu na sentença foi de *15 anos, 3 meses e 22 dias de reclusão* (e-STJ, fl. 201). Durante todo este período, a vítima, hoje com 21 anos de idade, teria de enfrentar sozinha o enorme desafio de educar e sustentar dois filhos pequenos, sem a presença do pai, que trabalha como pedreiro (e-STJ fl. 81). A tarefa já seria hercúlea para qualquer pessoa, mas há ainda um fator agravante: a ofendida engravidou aos 12 anos de idade e, apesar de não haver nos autos um estudo detalhado sobre as consequências deste fato sobre sua educação, a experiência nos permite afirmar a elevada probabilidade de que seu desenvolvimento acadêmico-profissional tenha sido dificultado desde então.

Destaco que foi louvável a atuação do MP/GO neste caso, pois participou ativamente das investigações e procurou, antes de tudo, resolver os problemas práticos decorrentes da relação sexual - como a realização de exame de DNA, o reconhecimento da paternidade, o pagamento de pensão alimentícia e o registro civil da criança pelo recorrido (e-STJ, fls. 45-56). Tais providências demonstram a preocupação do *Parquet* em atender, antes mesmo do oferecimento da denúncia, as necessidades concretas que emanavam do caso, postura que merece nosso reconhecimento profissional.

Ao votar pela inaplicabilidade da pena no presente caso, longe de questionar o excelente trabalho desenvolvido pelo MP/GO, estou movido por

similar preocupação prática: a de não piorar a vida da ofendida, submetendo-a a um novo processo de vitimização. Acredito que seria contraditório ignorar a vontade livremente manifestada pela ofendida, ao constituir uma família com o recorrido, e impor-lhe a difícil condição de mãe de dois filhos, jovem e solteira, com a finalidade de defender seu direito à dignidade sexual. Há, aqui, uma evidente e profunda inadequação entre o objetivo (lícito e correto, ressalto) da persecução penal, que é a tutela do bem jurídico, e o resultado prático que dela adviria.

Por todos estes fatores, creio que a manutenção do acórdão recorrido é a medida que menos danos concretos trará à vítima, aos seus filhos (todos merecedores de especial proteção, a propósito, consoante os arts. 226 e 227 da CF) e à própria sociedade.

4. Isenção de pena na teoria geral do delito

Reconheço que a proposta aqui encaminhada ao colegiado é de difícil enquadramento na teoria geral do delito. Mantenho a convicção de que a Súmula 593/STJ reflete um entendimento jurisprudencial acertado, e por isso o consentimento da vítima não exclui a tipicidade, ilicitude ou culpabilidade da infração cometida pelo recorrido. O afastamento da pena está, por conseguinte, na esfera de sua punibilidade, porque apesar de punível *em tese* a ofensa ao art. 217-A do CP, não há sentido prático, como argumentei acima, na aplicação de uma pena no caso *concreto*.

A hipótese se situa, destarte, no campo do que EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI denominam de *operatividade da coerção penal*:

Vimos que apesar de todo o delito ser merecedor de pena, ocasionalmente esta não é aplicada, porque há algum impedimento à sua imposição, isto é, algum impedimento à operatividade da coerção penal.

Isto significa que a coerção penal pelo delito atua somente sob certas condições, que, genericamente, chamamos de “condições de operatividade da coerção penal”. O lugar adequado para o seu tratamento não pode ser outro que não o da própria teoria da coerção penal. Preferimos o nome de “condições da operatividade da coerção penal” e não a que uma parte da doutrina deu à maioria dos casos negativos, ou ausência destas condições, chamados de “excusas absolutórias”, que não têm um sentido dogmático definido.

(*Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019, p. 661).

Com raciocínio similar, LUIZ RÉGIS PRADO se refere às escusas absolutórias, ainda que utilize terminologia diversa:

É possível dizer que as escusas absolutórias também são condições de punibilidade do delito. Todavia, são condições de punibilidade negativamente formuladas, excluindo a punibilidade do crime no tocante a determinadas pessoas. Embora presentes os elementos constitutivos do delito (tipicidade, antijuricidade e culpabilidade) isenta-se o réu de pena por razões de política criminal (utilidade e conveniência) - ou seja, são causas de impunidade *utilitatis causa* (PRADO, Luiz Régis. *Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa*. Revista dos Tribunais, v. 776, 2000, p. 446).

No caso dos autos, em minha visão, está-se diante de uma escusa dessa espécie, ainda que de natureza supralegal - já que, mesmo não elencada expressamente na legislação penal, uma leitura constitucional e finalística do art. 217-A do CP mostra que a imposição da pena nele cominada violaria ainda mais a legítima, e já fragilizada, posição jurídica da vítima.

Trata-se, é claro, de situação excepcionalíssima, que não busca ripristinar a odiosa causa extintiva de punibilidade do revogado inciso VII do art. 107 do CP, nem superar a Súmula 593/STJ. O que fundamenta a solução proposta para a causa é, ao revés, a constatação de que a aplicação da pena, neste específico e peculiar caso, está na contramão da própria finalidade maior da lei penal.

5. *Dispositivo*

Ante o exposto, *conheço* do agravo para *negar provimento* ao recurso especial. É o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 613.555-RJ (2020/0240776-9)

Relator: Ministro Felix Fischer
Agravante: Paulo Cesar Melo de Sa (Preso)
Advogados: Patrícia Proetti Esteves e outro - RJ083387
Tayna Duarte Pereira - RJ201762

Agravado: Ministério Público Federal
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

EMENTA

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que denegou o *habeas corpus*. Pedido de sustentação oral. Impossibilidade. Ausência de previsão regimental. Prisão preventiva. Fundamentos. Garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Gravidade concreta dos crimes. *Modus operandi* complexo e sofisticado. Capacidade de influência política que permanece. Risco de reiteração delitiva. Prisão domiciliar humanitária. Pandemia de Covid-19. Ausência dos pressupostos. Agravo regimental desprovido.

I - A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017, grifou-se).

II - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

*III - Conforme o art. 312 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva, inicialmente, condiciona-se à demonstração da prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*).*

IV - A 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos da Ação Penal Originária n. 0100523-32.2017.4.02.0000, condenou o agravante à pena de 12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pelo cometimento dos crimes de pertencimento a organização criminosa e corrupção passiva.

V - Ainda não ocorreu o trânsito em julgado do acórdão condenatório. Contudo, abrindo-se à defesa técnica para a impugnação do julgado apenas as vias do recurso especial ou do recurso extraordinário, espécies recursais que não admitem o revolvimento de fatos e provas, e, ademais, não se vislumbrando teratologia na fundamentação do acórdão condenatório, conclui-se que a discussão a respeito da demonstração da prova de materialidade e dos indícios de autoria já está superada.

VI - Ainda com base no art. 312 do CPP, a decisão que decreta a prisão preventiva deve demonstrar o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*), quando a prisão *ante tempus* revela-se concretamente necessária para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a efetividade da lei penal. Na presente hipótese, a segregação cautelar está fundada na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal

VII - Consoante se apurou no curso das investigações da Operação Cadeia Velha e durante a instrução criminal, o agravante, integrando organização criminosa associada ao ex-Governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, ter-se-ia valido de seu mandato para beneficiar-se ilicitamente com valores oriundos de crimes de corrupção, uma vez que, em contrapartida à sua atuação parlamentar favorável a projetos de interesses de diversos agentes corruptores, teria não só recebido vultosas quantias ilícitas desses agentes privados, como, também, teria sido beneficiado com um “loteamento” de cargos e funções da estrutura administrativa direta e indireta do Rio de Janeiro.

VIII - Considerados o seu histórico parlamentar e a sua ampla rede de contatos, tem-se que a capacidade de influência política e econômica do recorrente no cenário político fluminense ainda não exauriu de todo, a despeito de seu afastamento do mandato e do considerável tempo de prisão preventiva.

IX - Os crimes de corrupção passiva e pertencimento a organização criminosa atribuídos ao recorrente revestem-se de singular gravidade, não apenas abstrata, mas efetivamente concreta, dados o *modus operandi* que caracterizou as atividades criminosas; a amplitude da organização criminosa instalada no Poder Legislativo do Rio de Janeiro; e os elevados valores envolvidos nas operações ilícitas.

X - Nos limites objetivos da cognição sumária, os autos demonstram suficientemente a gravidade concreta - e não meramente abstrata - dos crimes de corrupção passiva e pertencimento a organização criminosa pelos quais o agravante foi condenado, tendo em vista não só a sofisticação, a complexidade e a amplitude das operações ilícitas deflagradas por numerosos agentes, mas também os elevados valores envolvidos e os significativos prejuízos que resultaram das condutas criminosas.

XI - A instância precedente indicou que não existem elementos que evidenciem que o estabelecimento penitenciário em que o recorrente está recolhido não tenha condições ou estrutura adequada para lidar com a pandemia de Covid-19, o que impede a concessão de prisão domiciliar humanitária.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes 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 João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de março de 2021 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 17.3.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida por esta Relatoria, a qual denegou *habeas corpus* impetrado em favor de **Paulo Cesar Melo de Sá**, em que se requeria a revogação da prisão preventiva, com fundamento na ausência dos fundamentos da medida, e, subsidiariamente, a concessão de prisão domiciliar humanitária.

No presente recurso, a Defesa sustenta que a decisão da e. Corte de origem que manteve a prisão preventiva do recorrente não teria demonstrado a existência

de risco à ordem pública e à aplicação da lei penal ou a contemporaneidade dos fatos que fundamentaram a imposição da medida cautelar.

Pondera que a manutenção da segregação cautelar após a prolação do acórdão condenatório pela e. Corte Federal consubstanciaria antecipação do cumprimento de pena, em violação ao entendimento fixado pelo c. Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.

Afirma que o término do mandato e a consolidação de partido de oposição no Poder Executivo e no Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro afasta o risco de reiteração delitiva, visto que todos os crimes imputados ao recorrente haveriam sido praticados no desempenho do mandato de parlamentar estadual.

Salienta que todos os bens e direitos do recorrente estariam submetidos a medidas de constrição judicial, de modo que não poderiam ser empregados para a reiteração delitiva ou para evasão do território nacional.

Registra que a circunstância de o recorrente ter comparecido espontaneamente perante a autoridade policial, após ser solto em virtude de alvará de soltura expedido por equívoco judiciário, evidencia que ele não tencionaria furtar-se à jurisdição penal brasileira. Do mesmo modo, menciona o curto período em que o agravante esteve em prisão domiciliar antes da deflagração da Operação Favorito sem cometimento de novos crimes ou de atos que apontassem o intento de evadir-se.

Requer, ao final, a colocação em mesa do agravo para que, uma vez provido, seja concedida ordem de *habeas corpus* a fim de revogar a prisão preventiva imposta ao recorrente.

O Ministério Público Federal, às fls. 484-489, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O presente Agravo Regimental não merece provimento.

Sustenta o Agravante a necessidade de reforma do *decisum* guerreado, sob o argumento, em resumo, de ausência de fundamentos para a manutenção da prisão preventiva.

Pois bem. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas no presente recurso, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 443-456. Ao contrário, os argumentos externados por esta Relatoria merecem ser ratificados pelo Colegiado, senão vejamos.

Inicialmente, com relação ao pedido de *sustentação oral*, consigno que a *Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça* sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do **Agravo Regimental em Matéria Penal**, que o feito será **apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta**. A disposição está em harmonia com a previsão de que **o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)**” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017, grifou-se).

Nesse sentido:

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que não conheceu do *habeas corpus*. Sustentação oral. Impossibilidade. Ausência de previsão regimental. Incompetência. Prevenção. Não verificada. Princípio da colegialidade. Direito de defesa. Violação. Inexistente. Decisão monocrática. Agravo regimental. Julgamento pendente. Súmula 691/STF. Supressão de instância. Ilegalidade flagrante. Inexistência. Agravo regimental desprovido.

I - A Terceira Seção desta Corte sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017).

II - O julgamento monocrático do *writ* não representa ofensa ao princípio da colegialidade, quando a hipótese se coaduna com o previsto no art. 34, XX, do RISTJ, notadamente porque qualquer decisão monocrática está sujeita à apreciação do órgão colegiado, em virtude de possibilidade de interposição do agravo regimental, como na espécie.

III - A operação “Furna da Onça” é desdobramento da operação “Cadeia Velha”, que, de sua vez, decorre da operação “Lava Jato”, podendo se extrair do procedimento em tela que a persecução penal aqui em análise não guarda similitude fática com os feitos afetos à Operação “Calicute” e “Eficiência”, a ponto de justificar a prevenção da e. Sexta Turma.

IV - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

V - A decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal Abel Gomes, relator da Ação Penal n. 0100368- 58.2019.4.02.0000/RJ na 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao apreciar os embargos de declaração opostos em face do acórdão que julgou questão de ordem e determinou a remessa dos autos ao Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, efetivamente examinou o mérito das teses de: (a) ilegalidade da remessa dos autos ao Juízo de 1º Grau independentemente do julgamento de eventuais recursos; e (b) de nulidade do julgamento da questão de ordem por ausência de prévia intimação da defesa.

VI - Conquanto os embargos tenham sido opostos em face de acórdão, válido o seu julgamento por decisão unipessoal quando as hipóteses taxativamente fixadas no art. 619, *caput*, do Código de Processo Penal não forem cumpridas pelo recorrente, tendo em vista as disposições do art. 620, § 2º, do mesmo Código, e, mais particularmente, do art. 44, § 1º, II, do RITRF-2.

VII - Contra a decisão que julga monocraticamente os embargos cabe o agravo regimental (ou o agravo interno), como prevê o § 2º do mesmo art. 44 do RITRF2. Desse modo, não tendo sido apreciado o agravo regimental interposto pelo recorrente na origem, inviável o exame das matérias nele aventadas por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância, por aplicação analógica da Súmula n. 691/STF.

VIII - Não se vislumbra teratologia ou constrangimento ilegal flagrante nas decisões proferidas pela autoridade coatora que justifique a superação do óbice sumular, haja vista que, de um lado, o art. 91, II, do RITRF2 efetivamente afirma não depender de pauta - e, portanto, de prévia intimação da defesa - o julgamento de questões de ordem; e, de outro, não existe recurso com efeito suspensivo oponível em face da decisão que julga questão de ordem, de modo que, em princípio, não se identifica ilegalidade no processamento do feito na primeira instância.

Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no HC 544.819/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 18/6/2020).

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Pedido de sustentação oral. Indeferimento. Decisão de recebimento da denúncia. Natureza

interlocutória. Fundamentação complexa. Inexigibilidade. Agravo regimental desprovido.

1. “A Terceira Seção desta Corte sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, *Terceira Seção*, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017).

2. Tanto a decisão que recebe a denúncia (CPP, art. 396) quanto aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (CPP, art. 397) não demandam motivação profunda ou exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser realizado após o desfecho da instrução criminal, com a devida observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 126.928/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 12/8/2020).

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Sustentação oral. Impossibilidade. Julgamento monocrático. Efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo. Prisão preventiva. Vedação ao recurso em liberdade. Ausência de flagrante ilegalidade. Gravidade concreta do delito. Art. 312 do CPP. *Periculum libertatis*. Motivação suficiente. Agravo regimental não provido.

1. O julgamento do agravo regimental independe de indicação de pauta e não comporta sustentação oral, nos termos dos arts. 159, IV, e 258, *caput*, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. O julgamento monocrático do *habeas corpus* ocorreu, na verdade, como forma de dar efetividade ao princípio constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), porquanto, em razão da pandemia causada pelo Coronavírus, os prazos processuais, inicialmente, estavam suspensos, assim como as sessões de julgamento, não havendo, portanto, naquele momento, nenhuma previsão de que voltassem a ocorrer.

3. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas - e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos dos artigos 282, incisos I e II c/c 312 do CPP.

4. O Juízo singular apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal para a manutenção da prisão, em especial o risco

à ordem pública, haja vista a gravidade concreta do delito, em que o réu foi condenado por haver traficado grande quantidade de drogas cuja natureza é mais perniciosa aos usuários: 9 kg de crack, os quais estavam escondidos no quarto de seu filho.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC 125.617/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 4/8/2020).

Para o exame da controvérsia, colacionem-se os fundamentos do acórdão impugnado, *in verbis* (fls. 126-131):

“Verifico que os agravantes reiteram argumentos já exaustivamente apreciados por este Relator e em alguns pontos envolvendo questões afetas à execução da pena que também já foram apreciados pelo c. STJ, nos autos do HC n. 553.674/RJ.

Com relação aos argumentos apresentados por Paulo César Melo de Sá, já foram enfrentados na decisão de fls. 3.136/3.138, da qual transcrevo trecho:

‘... a 1ª Seção Especializada, ao julgar a ação penal originária n. 0100523-32.2017.4.02.0000, denominada operação ‘Cadeia Velha’ (da qual a presente medida cautelar é instrumental), manteve a prisão preventiva dos requerentes reafirmando, por unanimidade, sua necessidade para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, como se lê de fls. 9.883/9.888 e acórdão de fls. 9.912/9.918 daqueles autos.

Ademais, o que me parece mais relevante é que ambas as defesas requereram que fosse dado início à execução provisória da pena, pedidos deferidos por este Relator, como se confere de fls. 10.058; 10.200; 10.060/10.061 e 10.202 da ação penal n. 0100523-32.2017.4.02.0000, então com base na Resolução n. 113/2010 do CNJ cuja aplicação, repito, foi expressamente requerida por ambas as defesas.

Nesse contexto, não houve nenhuma alteração fática a não ser o equívoco na expedição de alvarás de soltura nos autos do HC n. 0003838-89.2019.4.02.0000, julgado por maioria pela 1ª Turma Especializada deste TRF2, e do qual não participei por impedimento legal (art. 252, inciso III do CPP em razão das decisões proferidas ainda nos autos n. 0100860-84.2018.4.02.0000).

O referido HC, afeto à denominada operação? Furna da Onça?, não deveria abarcar sob nenhum aspecto matéria já definida no julgamento de mérito da denominada operação? Cadeia Velha?, da competência da 1ª Seção Especializada do TRF2, equívoco, aliás, reconhecido pelas defesas e prontamente corrigido pelo em. Relator daquele writ, em decisão proferida ainda dia 13/12/2019.? (grifei)

Na mesma ocasião ainda ressaltei que Paulo Melo foi beneficiado por decisão coletiva da VEP que dispensou detentos que realizavam trabalho extramuros de

retornar à prisão pelo prazo de 30 dias em razão da pandemia de Coronavírus (COVID-19), valendo consignar que essa situação de recolhimento domiciliar não guarda nenhuma relação com o contexto que respaldou sua prisão preventiva.

*Com relação ao agravo interno oposto pela defesa de **Edson Albertassi**, repisa tudo que já foi objeto de múltiplos pedidos de revogação de sua prisão preventiva, cabendo destacar trechos da decisão de fls. 3.258/3.265, proferida em 26/03/2020, na qual destaquei que não havia transcorrido 90 dias da última reapreciação de sua custódia cautelar, na forma do art. 316 do CPP, como de todo ainda não transcorreu até esta data, transcrevo:*

*“Através da citada petição a defesa de **Edson Albertassi** renova pedido de revogação de sua prisão preventiva, agora se amparando no art. 316 do CPP, com a nova redação trazida pela Lei n. 13.964/2019.*

(...) inicialmente é preciso destacar que ainda em 27/02/2020 apreciei anterior pedido da mesma defesa requerendo a revogação da prisão preventiva, o que foi realizado inclusive logo depois do julgamento de seus embargos declaratórios (último recurso pendente na ação penal principal – autos 0100523–32.2017.4.02.0000).

Portanto, não transcorreram 90 (noventa) dias desde a última oportunidade em que este Relator deliberou sobre o tema, na forma como prevê a nova redação do art. 316 do CPP.

Transcrevo aqui as razões de decidir que já lancei em 27/02/2020:

*“Observa-se que a petição protocolada na data de hoje (fls. 3.242/3.244) pela ilustrada defesa de **Edson Albertassi**, ao contrário do fundamentado oralmente, em questão de ordem, na tribuna da sala de sessão da 1ª Seção Especializada quando do julgamento de embargos declaratórios opostos na ação penal originária 0100523–32.2017.4.02.0000 no dia 20/02/2020 revela questões ligadas à execução provisória que deflagrada à pedido da defesa com base na Resolução n. 113/2010 do CNJ, tramita atualmente perante a VEP.*

Ora, as questões ventiladas na referida petição não são de competência deste TRF, pois desafiam decisão proferida pelo Exmo. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais.

Ademais, as questões alegadas, acerca da progressão de regime e condições de estabelecimentos carcerários afetos à jurisdição estadual já estão a cargo do eg. STJ no HC n. 553.674/RJ, destinado a produzir ordem a ser observada também pela justiça estadual.

Já no que concerne a uma pretendida reavaliação da prisão preventiva, note-se que não se apresenta até o presente momento nenhuma modificação do estado de fato e de direito que a ensejou senão que, com a deflagração da execução requerida pela própria defesa, estando o réu preso, a mesma conduziu a benefícios que devem ser avaliados e reconhecidos pela própria VEP.

Ora, o requerente foi condenado pelo mercadejo da função de Deputado Estadual, permaneceu todo o processo preso e ao final restou condenado a uma pena de 13 anos e 04 meses de reclusão, cuja execução já foi deflagrada por pedido de sua própria defesa e restando já julgados seus últimos embargos declaratórios, tudo a apontar para o encerramento desta Corte na denominada operação? Cadeia Velha?

E somando-se a isso ainda é preciso lembrar que na residência do requerente foi apreendida planilha apontando verdadeira distribuição entre parlamentares de centenas de cargos nos mais diversos órgãos públicos do Estado do Rio de Janeiro, fato que lhe rendeu também uma nova denúncia, agora no âmbito da denominada operação? Furna da Onça?

Por fim, apenas reforço que o fato de os crimes não terem sido praticados com violência ou grave ameaça em nada afeta sua concreta gravidade, sobretudo no caso destes autos, onde o mercadejo da função pública eletiva de Deputado Estadual, dentro do parlamento atuando em benefício de empresas específicas, acarreta ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja a impessoalidade, legalidade e probidade no desempenho da função pública, que se resumem na seguinte máxima: deve o servidor público exercer sua função de acordo com a finalidade constitucional para a qual foi concebida: o interesse público; e não no interesse particular de quem quer seja?. (grifo nosso)

*E mais, apreciando o último pedido da defesa de **Edson Albertassi** (fls. 3307.3311 e decisão de fls. 3.325/3.328), salientei que o requerente já progrediu ao regime semiaberto e também já obteve decisão da VEP concedendo-lhe prisão domiciliar, tudo isso nos autos da execução penal n. 0156693-43.2019.8.19.0001, formada a pedido de sua defesa e que tramita regularmente.*

*E foi exatamente por isso que o HC n. 553.674/RJ, impetrado perante o c. STJ para tratar de questões afetas à execução penal de **Edson Albertassi** – restou julgado prejudicado, o que só reforça a inexistência de qualquer alteração que induza necessidade desta Corte deliberar novamente. Transcrevo trecho de minha última decisão:*

Outrossim, urge destacar, como feito pelo MPF, que o requerente, além de ter progredido do regime fechado ao semiaberto, por meio de decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais, também lhe foi concedida a prisão domiciliar, conforme consta da decisão proferida nos autos do HC n. 553.674/RJ, do c. STJ, de Relatoria do Exmo. Min. Felix Fischer, acostada às fls. 3.318/3.321, in verbis:

? (...) O Juízo da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro/RJ prestou informações às fls. 1.092-1.101. Menciona que, em decisão proferida em 19/3/2020 (fls. 1.098-1.100), apreciando pedido formulado pelo Ministério Público estadual e pela Secretaria Estadual de Administração Penitenciária (SEAP), concedeu, em caráter excepcional, a prisão domiciliar a todos os presos daquela unidade federada beneficiados com saída temporária (visita periódica ao lar - VPL), tendo em vista a pandemia da COVID-19.

Consigna, nesse passo, que, em decisão de 30/3/2020, deferiu o pedido de autorização de saída temporária (VPL) ao paciente, o qual, portanto, por força da decisão coletiva acima referida, também será posto em prisão domiciliar. Por conseguinte, havendo, por um lado, decisão que agregou novos fundamentos para a manutenção da prisão preventiva à luz das Recomendação n. 62/CNJ e, por outro, tendo o Juízo da Execução Penal concedido a prisão domiciliar excepcional ao paciente, concluo que o habeas corpus está prejudicado, por perda superveniente do objeto. 2. Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, julgo prejudicado o habeas corpus.?’ (grifo nosso)

*Até mesmo alegações afetas à crise sanitária decorrente da pandemia mundial de COVID-19 foram expressamente tratadas por este Relator na decisão de fls. 3.258/3.265. **E embora o recolhimento domiciliar que atualmente vigora prejudique qualquer discussão nesse sentido, é necessário salientar que o risco de contaminação existe em qualquer lugar e não havia comprovação de que o local onde se encontravam custodiados PAULO MELO e EDSON ALBERTASSI estivesse objetivamente condenado à interdição por parte das autoridades de saúde pública, nem provas de que as autoridades encarregadas da administração penitenciárias não estivessem adotando medidas capazes de criar mecanismos de prevenção naqueles estabelecimentos, e nem se isso seria objetivamente necessário.***

*De toda forma, com a deflagração da denominada operação **‘Favorito’**, que dentre outros alvos envolveu também a pessoa de PAULO MELO (tramitando também perante a 7ª Vara Federal Criminal/SJRJ e tratando de supostas fraudes no sistema de saúde pública do Rio de Janeiro), este Relator tomou conhecimento de consultas realizadas pelo MPF acerca das condições de infraestrutura do Presídio*

PEDROLINO WERLING DE OLIVEIRA, onde estavam custodiados PAULO MELO e EDSON ALBERTASSI, antes de lograrem o recolhimento domiciliar.

No âmbito dos habeas corpus impetrados naquela investigação de origem (dentre eles o HC n. 5005745-77.2020.4.02.0000, cujo paciente era exatamente Paulo Melo), foi apresentado o ofício SEAP/SEAPCG SEI n. 104, no qual a Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro informou os encaminhados para recolhimento junto ao Presídio Pedrolino Werling de Oliveira são colocados em regime de quarentena para evitar risco de contágio.

Foi igualmente encaminhado a este Relator, naqueles habeas corpus, o ofício SEAP/SEAPCG SEI n. 129, informando o quantitativo de internos recolhidos naquela unidade prisional, no total de 70 (setenta) e com capacidade de comportar 152 (cento e cinquenta e duas) detentos, demonstrando que nenhuma cela ou galeria, ao menos até aquele momento, encontrava-se com lotação acima das vagas.

Portanto, nem mesmo enquanto recolhidos àquela unidade prisional (situação que não mais persiste) o risco de contágio era algo que se pudesse concretamente verificar, quanto mais para que esta Corte avançasse na competência da VEP para apreciar questões especificamente afetas às unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro, na forma da súmula 192 do c. STJ.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos internos.” (fls. 126-131, grifou-se).

Pois bem. Inicialmente, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva condiciona-se à demonstração da prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*).

Percorrendo os autos, verifica-se que a 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos da Ação Penal Originária n. 0100523-32.2017.4.02.0000/RJ, condenou o agravante à pena de 12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pelo cometimento dos crimes de pertencimento a organização criminosa e corrupção passiva.

Ainda não ocorreu o trânsito em julgado do acórdão condenatório. Contudo, abrindo-se à defesa técnica para a impugnação do julgado apenas as vias do recurso especial ou do recurso extraordinário, espécies recursais que não admitem o revolvimento de fatos e provas, e, ademais, não se vislumbrando teratologia na fundamentação do acórdão condenatório, conclui-se que a discussão a respeito da demonstração da prova de materialidade e dos indícios - ou mesmo provas - de autoria já está superada. Nesse sentido:

Agravo regimental na decisão liminar de *habeas corpus*. Excepcionalidade não verificada. Execução provisória da sentença condenatória de pessoa que esteve presa preventivamente durante a instrução. Impossibilidade de análise de peça processual que o impetrante deixou de fazer instruir seu pedido. Agravo regimental não conhecido.

1. A jurisprudência desta Corte não admite o agravo regimental interposto contra decisão que indefere, de forma fundamentada, o pedido liminar em *habeas corpus*. Afinal, a regra da colegialidade não prevalece nos julgamentos liminares, em relação aos quais a decisão monocrática, mais célere, faz-se necessária.

2. *Se o paciente esteve preso preventivamente durante a instrução, não se afigura desarrazoado que permaneça recluso com o advento da sentença penal condenatória, pois ela reforça o fumus comissi delicti, anteriormente indiciário, preenchendo os requisitos da prisão cautelar que se referem à autoria e à materialidade.*

3. Como é cediço, cumpre ao impetrante instruir adequadamente seu pedido de *habeas corpus*, sendo certo que a ausência de cópia da sentença condenatória que determinou o cumprimento imediato da pena inviabiliza a análise da tese de que seria ela carente de fundamentação.

4. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no HC 358.913/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2016, grifou-se).

Habeas corpus. Operação Sevandija. Crime de responsabilidade e associação criminosa. Prisão preventiva mantida na sentença. Art. 387, § 1º, do CPP. Fundamentação inidônea. Ordem concedida.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. *A prolação de uma sentença condenatória reforça o inicial fumus comissi delicti, transformando em certeza o que antes era provável: a prova do crime e sua autoria. Sem embargo, a cautelaridade da custódia exige que se indique, nesse momento do iter processual, qual a efetiva necessidade da cautela (periculum libertatis), visto que perdura a presunção de não culpabilidade, como princípio de cariz político-criminal, bem assim a excepcionalidade e a provisoriedade da prisão ante tempus, enquanto pende o processo de conhecimento.*

[...]

8. Ordem concedida para tornar sem efeito a sentença, no ponto em que impôs a prisão preventiva à paciente, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia provisória caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos

novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Estendidos os efeitos do *decisum* aos corréus em situação idêntica. (HC 492.848/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 19/12/2019, grifou-se).

Adiante, ainda com base no art. 312 do CPP, a decisão que decreta a prisão preventiva deve demonstrar o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, i. e., o *periculum libertatis*, que se evidencia quando a prisão *ante tempus* revela-se concretamente necessária para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a efetividade da lei penal.

Na presente hipótese, constata-se que a segregação cautelar está fundada na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Considerando os fundamentos exarados no acórdão impugnação para a manutenção da prisão preventiva do recorrente, não vislumbro constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem.

Consoante se apurou no curso das investigações da Operação Cadeia Velha e durante a instrução criminal, em apertada síntese, o agravante, integrando organização criminosa associada ao ex-Governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, ter-se-ia valido de seu mandato para beneficiar-se ilicitamente com valores oriundos de crimes de corrupção, uma vez que, em contrapartida à sua atuação parlamentar favorável a projetos de interesses de diversos agentes corruptores (como Odebrecht e FETRANSPOR), teria não só recebido vultosas quantias ilícitas desses agentes privados, como, também, teria sido beneficiado com um “loteamento” de cargos e funções da estrutura administrativa direta e indireta do Rio de Janeiro.

Concluiu-se, desse modo, considerados o seu histórico parlamentar e a sua ampla rede de contatos, que sua capacidade de influência política e econômica no cenário político fluminense ainda não exauriu de todo, a despeito de seu afastamento do mandato e do considerável tempo de prisão preventiva.

Por outro lado, constata-se que os crimes de corrupção passiva e pertencimento a organização criminosa atribuídos ao recorrente revestem-se de singular gravidade, não apenas abstrata, mas efetivamente concreta, dados o *modus operandi* que caracterizou as atividades criminosas; a amplitude da organização criminosa instalada no Poder Legislativo do Rio de Janeiro; e, enfim, os elevados valores envolvidos nas operações ilícitas.

Nos limites objetivos da cognição sumária, conclui-se que os autos demonstram suficientemente a gravidade concreta – e não meramente abstrata

- dos crimes de corrupção passiva e pertencimento a organização criminosa pelos quais o agravante foi condenado, tendo em vista não só a sofisticação, a complexidade e a amplitude das operações ilícitas deflagradas por numerosos agentes, mas também os elevados valores envolvidos e os significativos prejuízos que resultaram das condutas criminosas.

Conjugadas essas circunstâncias, entendo satisfatoriamente demonstradas a gravidade concreta dos crimes e a possibilidade significativa de reiteração criminosa, tendo em vista que os elementos dos autos não permitem aprofundar que a capacidade de influência política do recorrente tenha se extinguido. O cenário caracterizado nos autos, por conseguinte, permite afirmar a necessidade de manter a prisão preventiva do agravante com o objetivo de resguardar a ordem pública.

Nesse sentido:

Processo Penal. Agravo regimental da decisão que não conheceu do *habeas corpus*. Prisão preventiva. Requisitos. Configurados. Garantia. Ordem pública. Ordem econômica. Gravidade concreta. Contemporaneidade. Valores ocultos. Conveniência. Instrução criminal. *Modus operandi*. Organização criminosa. Prática rotineira de fraudes. Assegurar. Aplicação lei penal. Disponibilidade de recursos no exterior. Contatos com *trading companies* internacionais. Cidadania sueca. Agravante que não se encontra em território nacional. Constrangimento ilegal. Não demonstrado. Medidas cautelares. Agravo regimental desprovido.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva, é imprescindível a demonstração da prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

III - Os pressupostos da prisão preventiva restaram, nos limites da cognição sumária, suficientemente demonstrados pelas instâncias ordinárias, cujas decisões se fundaram em numerosos elementos colhidos no curso da investigação, inclusive mensagens eletrônicas trocadas entre o agravante e demais acusados, que apontam, em tese, a sua participação central nas operações de organização criminosa constituída com a finalidade, em termos gerais, de obter vantagens indevidas em negócios realizados no âmbito da Petrobras.

IV - Além dos pressupostos da prisão preventiva, a decisão também deve revelar a presença de um ou mais fundamentos da medida, e que também estão elencados no referido art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

V - *In casu*, da argumentação veiculada no decreto de prisão preventiva do agravante, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal que justifique o provimento do agravo. Isso porque, da análise da decisão reprochada, tem-se que a custódia estaria devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, com indicação de dados concretos, tendentes à conformação destes requisitos.

VI - A probabilidade de reiteração e persistência na prática de atividades ilícitas, evidenciados, tanto na decisão que decretou a prisão preventiva, como no acórdão que denegou o habeas corpus, consubstanciam o requisito da garantia da ordem pública, densificando-o diante das singularidades da situação concreta.

VII - A prática rotineira de fraudes para acobertamento de crimes evidenciada no *modus operandi* da organização criminoso indica, de modo concreto, o real risco à instrução processual, tendo em vista haver a probabilidade significativa de que novos documentos sejam fraudados para justificar relações contratuais ilícitas.

VIII - Conforme observado pelo e. Tribunal *a quo*, houve o acesso de integrantes do grupo à sede da Petrobras, fato que, indica, ao menos em tese, a permanência do recorrente na prática de crimes, uma vez que, não obstante ele próprio não se encontre em território nacional atualmente, compunha o mesmo núcleo.

IX - A disponibilidade de recursos financeiros no exterior, a existência de relações com *trading companies* internacionais e a titularidade de cidadania sueca apontam, em seu conjunto, a relevante possibilidade de o recorrente se furta à aplicação da lei penal.

X - Embora a titularidade de cidadania estrangeira não constitua, *de per se*, motivo suficiente para presumir a intenção de fuga e o consequente risco à aplicação da lei penal, tal situação jurídica, quando tomada conjuntamente com os demais elementos concretos da realidade fático-processual dos autos, acima apontados, integra, sim, motivo idôneo para a decretação da prisão preventiva com supedâneo neste fundamento.

XI - Verifica-se, em face dos múltiplos riscos à ordem pública, com a ressalva de que a situação do recorrente não destoa da de outros investigados, sendo impossível supor a desagregação natural do grupo criminoso ou da sequência de atos delitivos sem a segregação cautelar dos personagens mais destacados, que não é viável substituir a prisão preventiva por medidas cautelares.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 502.311/PR, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 18/6/2019, grifou-se).

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Inadequação. Roubo majorado. Prisão preventiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC

180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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 prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ademais, dispõe o art. 387, § 1º, do mesmo Código, que, quando da prolação da sentença, “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar”.

3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva é decretada em razão do *modus operandi* com que o crime fora praticado, como ocorreu no caso dos presentes autos.

4. *A prisão preventiva do paciente está suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, em razão do risco concreto de reiteração delitiva, pois, segundo consta do decreto preventivo, ele possui histórico criminoso.*

5. Nos moldes da jurisprudência desta Corte, “afasta-se a ausência de contemporaneidade dos fatos quando o decreto não pode ser cumprido porque foragido o paciente por diversos anos, período em que suspensa a ação penal e o curso do prazo prescricional” (HC 574.885/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 30/6/2020, DJe 5/8/2020).

6. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta da conduta delituosa indica que a ordem pública não estaria acautelada com a soltura do paciente.

7. Conquanto seja notória a gravidade da ampla disseminação do novo coronavírus no Brasil, as alegações sobre o risco de contágio do paciente no estabelecimento prisional não foram objeto de cognição pela Colegiado de origem, o que obsta o exame da matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

8. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 601.482/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 8/9/2020, grifou-se).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Estatuto do Desarmamento, Associação Criminosa, Receptação e Moeda Falsa. Tese de inépcia da denúncia. Matéria não apreciada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância não verificada. Existência de flagrante ilegalidade. Prisão preventiva. Requisitos. Gravidade concreta da conduta, necessidade de cessar as atividades

de associação criminosa e fundado receio de reiteração delitiva. Fundamentação idônea. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância, no caso. Prisão domiciliar. Supressão de instância. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício.

1. A Corte de origem não examinou a tese de inépcia da denúncia, ao fundamento de supressão de instância. No entanto, o ato coator que motivou a impetração originária consiste na decisão do Magistrado de primeiro grau que recebeu a inicial acusatória, de modo que não há óbice à análise da matéria pelo Tribunal *a quo*. Cabível, no ponto, a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

2. *A decretação da prisão preventiva está suficientemente fundamentada, tendo sido amparada na especial gravidade da conduta - pois o Recorrente é acusado de integrar associação criminosa destinada à prática de vários crimes, sendo que, no dia da prisão, teria se deslocado de sua cidade para a prática de delitos no pequeno município de Ocara/CE, situado a mais de 50 quilômetros.*

Ademais, destacou-se o fundado receio de reiteração delitiva, pois o Recorrente responde a outra ação penal por delito previsto no Estatuto do Desarmamento, bem como a necessidade de fazer cessar as atividades de associação criminosa.

3. Em consulta ao endereço eletrônico do Tribunal de origem, verifica-se que ainda não foi cumprido o mandado de prisão expedido em desfavor do Recorrente, tendo sido desmembrado o feito com relação a ele e outro corréu, enquanto os demais já foram sentenciados.

4. A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não é apta a desconstituir a prisão processual, caso estejam presentes os requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação/manutenção da medida extrema.

5. A matéria relativa à prisão domiciliar não foi objeto de análise pelo Tribunal *a quo*, o que inviabiliza a apreciação do tema por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Recurso ordinário *em habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Ordem concedida, de ofício, apenas para determinar que o Tribunal de origem examine a tese de inépcia da denúncia, apresentada na impetração originária." (RHC 119.541/CE, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 9/9/2020, grifou-se).

Por outro lado, com relação ao pedido de concessão de prisão domiciliar humanitária em virtude da pandemia de Covid-19, segundo consignou a instância precedente, não existem elementos que evidenciem que o estabelecimento penitenciário em que o recorrente está recolhido não tenha condições ou estrutura adequada para lidar com a pandemia de coronavírus. Ao contrário, as informações fornecidas pela autoridade penitenciária indicam

que todos os presos que ingressam nas unidades prisionais do Rio de Janeiro são obrigatoriamente submetidos a período de quarentena justamente com o objetivo de evitar a contaminação dos demais internos. Ademais, ainda com base nas informações prestadas pela autoridade penitenciária, o presídio Pedrolino Werling de Oliveira, em que o agravante está recolhido, conta com lotação de cerca de 70 (setenta) internos, em face de um quantitativo máximo tolerado de até 152 (cento e cinquenta e dois) internos.

Além disso, como bem destacou o parecer do Ministério Público Federal, “*embora seja certo que Paulo Cesar de Melo Sá, por possuir 69 anos de idade, integre o grupo de risco em relação ao coronavírus, é igualmente certo que a circunstância de ele estar encarcerado em Bangu 8 e não em sua residência não eleva de modo extraordinário o seu risco de contaminação e, tampouco, o potencial de letalidade na hipótese de contrair a doença*” (fl. 433), tomando em consideração as características do estabelecimento penitenciário acima referidas.

À luz dessas considerações, não vislumbro ilegalidade flagrante no acórdão impugnado que motive a concessão da ordem de *habeas corpus*, porquanto a necessidade da prisão preventiva para resguardar a ordem pública e a aplicação da lei penal e a impossibilidade de a converter em prisão domiciliar humanitária estão devidamente demonstradas, não havendo motivo que justifique a intervenção desta Corte Superior.

Assim, em que pese o elevado esforço argumentativo do recorrente, não vislumbro razões para modificar os fundamentos da decisão agravada.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo*.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 653.202-PE
(2021/0081497-3)**

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Agravante: Ministério Público do Estado de Pernambuco
Agravado: Fernando Nogueira de Souza (Preso)
Advogado: Ivanilson da Silva Albuquerque - PE033626
Interes.: Ministério Público Federal

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

EMENTA

Agravo regimental em *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Tráfico ilícito de entorpecentes e posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Invasão domiciliar efetuada por policiais militares sem autorização judicial, sem denúncia e sem diligências prévias. Ausência de consentimento escrito do morador. Fuga de indivíduo para o interior de sua residência, ao avistar a viatura policial. Ausência de justa causa. Nulidade das provas obtidas na busca e apreensão. Constrangimento ilegal evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício. Agravo regimental improvido.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Quinta Turma*, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Precedentes desta Corte.

3. “a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso

de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida.” (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)

4. A existência de denúncia anônima de tráfico de drogas no local associada ao avistamento de um indivíduo correndo para o interior de sua residência não constituem fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, na residência em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. Necessária a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: “campana que ateste movimentação atípica na residência”).

Precedentes: RHC 89.853/SP, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020; RHC 83.501/SP, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018; REsp 1.593.028/RJ, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

5. Aliás, em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051, da relatoria do Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sessão de 02/03/2021 (...) *que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito. E* apresentou as seguintes conclusões:

a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.

c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo.

e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal dos agentes públicos que tenham realizado a diligência.

6. No caso concreto, a leitura da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, embora faça alusão à afirmação dos policiais responsáveis pela busca domiciliar de que o paciente teria autorizado sua entrada na residência, evidencia que agiram sem mandado judicial e sem o amparo de denúncia ou de investigação prévias que os conduzisse a crer que naquele local havia tráfico de drogas. Suas suspeitas tiveram por base apenas o fato de que as pessoas que estavam na frente da casa correram para o seu interior assim que perceberam a aproximação da viatura policial.

7. Deve ser considerada inválida eventual autorização do morador da residência vistoriada, se essa autorização não foi concedida por escrito, na esteira da tese firmada no HC 598.051 (Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021), tanto mais quando a descrição dos procedimentos efetuada pelos policiais, em sede inquisitorial, se revela inverossímil, ao afirmarem que, após baterem insistentemente à porta da residência, quando finalmente abriu, o paciente teria consentido na busca e confessado, imediatamente, que dentro de uma caixa de papelão havia drogas e uma arma de fogo.

8. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no domicílio do paciente sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião (333 gramas de cocaína, 4 gramas de maconha, um revólver cal. 38 e 06 munições intactas) deve ser considerada ilícita.

9. Encontrando-se a ação penal ainda na fase de instrução probatória inicial, deve ser considerada ilegal a prisão preventiva fundada em indícios de materialidade de delito obtidos por meios ilícitos, expedindo-se alvará de soltura em favor do Paciente, se não estiver detido por outras razões, cabendo ao magistrado de 1º grau avaliar se remanescem evidências independentes de materialidade dos delitos que justifiquem o prosseguimento da ação penal.

10. Agravo regimental a que se nega provimento.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 24.5.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco contra decisão monocrática de minha lavra que concedeu a ordem de ofício, para reconhecer a nulidade das provas de tráfico de entorpecentes e do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 obtidas no flagrante no processo n. 0000006-60.2021.8.17.1250 (referente ao Inquérito Policial n. 02017.0128.0002.00/2021-1.3), assim como das provas delas derivadas, determinando sejam elas desentranhadas do processo, cabendo ao magistrado

de 1º grau avaliar se remanescem evidências independentes de materialidade dos delitos que justifiquem o prosseguimento da ação penal.

Determinei, ainda, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se não estivesse detido por outras razões, diante da ilegalidade da decretação de prisão preventiva ancorada em indícios de materialidade do delito obtidos de forma ilícita.

Concedi a ordem, por entender que (1) não havia consentimento escrito do morador para entrada na residência e o paciente, em sede inquisitorial, negou ter dado tal autorização e (2) o mero avistamento de um indivíduo correndo para o interior de sua residência não constitui fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, na residência em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. De consequência, não ficou demonstrado que, no caso concreto, havia fundadas razões a autorizar a entrada dos policiais na residência do Paciente sem sua prévia permissão e sem prévia autorização judicial.

No presente recurso, o *Parquet* estadual sustenta que “Na hipótese sob julgamento, todas as circunstâncias que se apresentaram aos policiais, na realização de investigações do furto na casa vizinha, justificaram a atitude dos policiais em investigar aquele morador, diante do comportamento suspeito das pessoas que se encontravam em frente a sua residência e a do próprio morador. Houve fundadas razões” (e-STJ fls. 212/213).

Argumenta que “nem a lei, nem a decisão do Supremo Tribunal Federal exige que o morador dê consentimento para entrada em sua casa quando há crime permanente, tampouco se exige assinatura do morador e filmagem de tal ato” (e-STJ fl. 213).

Aduz que, “Quanto à prova do consentimento do morador, além de não existir, até o momento, exigência na lei de Abuso de Autoridade e na interpretação do Supremo Tribunal Federal na apreciação da repercussão geral da questão constitucional, *Tema 280*, foi dado um prazo de um ano, no precedente dessa Sexta Turma desse Superior Tribunal de Justiça, citado no voto do eminente Relator, a fim dos Estados instruírem a polícia de como providenciar o consentimento do suspeito, por escrito e com testemunhas, além de providenciarem material e pessoas preparadas para o registro áudio visual, não podendo ser exigido neste processo, o que o foi” (e-STJ fls. 213/214).

Pede, assim, o provimento do agravo regimental, a fim de manter o Acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que considerou a prova lícita.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): O agravo regimental é tempestivo.

Em que pesem os judiciosos argumentos postos no agravo regimental, tenho que não tiveram o condão de abalar os fundamentos da decisão monocrática concedeu a ordem de ofício, nos seguintes termos:

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, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; e STF, HC n. 113.890/SP, Relatora Ministra *Rosa Weber*, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Este é exatamente o caso dos autos, em que a presente impetração faz as vezes 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.

Da busca domiciliar

O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

O crime de tráfico de drogas na modalidade atribuída ao ora paciente (guardar ou ter em depósito) possui natureza permanente. Tal fato torna legítima a entrada de policiais em domicílio para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, *desde que* existam elementos suficientes de probabilidade delitiva capazes de demonstrar a ocorrência de situação flagrancial.

Deve-se frisar, ainda, que “a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida.” (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)

Nesse sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Crime permanente. Ingresso em domicílio sem mandado judicial. Flagrante. Justa causa. Possibilidade. Súmula 83/STJ. Revisão probatória. Não cabimento. Súmula 7/STJ. Agravo improvido.

1. É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que naquele momento, dentro da residência, haveria situação de flagrante delito.

2. Tendo o ingresso em domicílio decorrido de investigações preliminares, dando conta da existência de traficância na residência da recorrente, não há falar em nulidade do flagrante.

3. A análise de eventual validade das declarações prestadas por testemunha, que teria sido obrigada a prestar informação falsa sobre o delito, exigiria revolvimento fático-probatório, providência inadmissível nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1.512.826/PR, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020)

Processo Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Crime de tráfico de entorpecentes. Nulidade por violação de domicílio. Crime permanente. Justa causa configurada. Inocorrência de ilegalidade. Agravo não provido.

1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

3. No caso em exame, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, impulsionados por denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas, foram até o local onde se encontrava o réu que, de pronto, tentou empreender fuga, lançando uma sacola de plástica sobre a laje da casa em que estava, na qual foram encontrados 26 microtubos de cocaína e 4 porções de maconha.

4. Considerando a natureza permanente do delito de tráfico e estando devidamente registrada a justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, como acima destacado, conclui-se que não se identifica a manifesta ilegalidade sustentada pela defesa.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 516.746/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/08/2019, DJe 20/08/2019)

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da via eleita. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Invasão de domicílio. Alegação de nulidade das provas. Crime permanente. Flagrante delito. Fundadas razões. Atuação de guardas municipais. Ausência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

1. (...).

2. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio (REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 31/8/2017).

3. Na espécie, a fuga de suspeitos em direção à residência, os quais possuíam em depósito quantidade significativa de substância entorpecente (142,3g de crack e 287g de maconha), e as informações no sentido de que um dos pacientes controlava o tráfico de drogas na região, legitimou a entrada dos policiais no domicílio, ainda que sem autorização judicial.

4. “É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de

policimento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal” (HC 471.229/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/2/2019, DJe 1º/3/2019)

5. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 525.772/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/10/2019, DJe 24/10/2019)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Busca e apreensão domiciliar. Possibilidade. Inviolabilidade de domicílio. Existência de fundadas razões sobre a prática do ilícito. Dosimetria. Aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Quantidade das drogas apreendidas. Ações penais em curso. EREsp 1.431.091/SP. Dedicção às atividades criminosas. Fundamentos idôneos a afastar o benefício. Regime prisional. Tribunal que aplicou o regime fechado em razão da natureza e quantidade da droga apreendida. Gravidade concreta do delito. Ausência de constrangimento ilegal. Regime mais gravoso mantido. Agravo desprovido.

I - (...).

II - Em crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão, vale dizer, o estado flagrancial do delito de tráfico de drogas consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal.

III - Na hipótese, o Tribunal de origem bem consignou “que a incursão ao local dos fatos ocorreu sob estado de flagrante delito, uma vez que havia fundadas razões para se acreditar que drogas estivessem ali armazenadas.” Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. Precedentes.

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 495.488/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 29/04/2019)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Nulidade decorrente da falta de registro escrito da sentença condenatória. Ausência de prequestionamento. Incidência dos Verbetes Sumulares n. 282 da Suprema Corte e n. 211 desta Corte Superior. Concessão de

habeas corpus de ofício. Utilização como meio para análise do mérito do recurso. Inviabilidade. Busca e apreensão domiciliar. Possibilidade. Inviolabilidade de domicílio. Existência de fundadas razões sobre a prática do ilícito. Gratuidade da justiça. Isenção de custas. Impossibilidade. Agravo regimental desprovido.

(...).

3. O tráfico ilícito de drogas é delito permanente, podendo a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão.

4. No caso concreto, a entrada na residência pela autoridade policial foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática do crime, mormente pelo fato de que existiam denúncias apontando o Agravante como traficante local, sendo que os milicianos visualizaram o Acusado portando porções da droga. O Réu, ao perceber a presença dos agentes da lei, tentou dispensar os entorpecentes.

5. (...).

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.371.623/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019)

De se pontuar, ainda, que, em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051 (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021):

(...) que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, *devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito.*

O colegiado estabeleceu o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações.

Seguindo o voto do relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, a turma concedeu *habeas corpus* – requerido pela Defensoria Pública de São Paulo – para anular prova obtida durante invasão policial não autorizada em uma casa e absolver um homem condenado por tráfico de drogas. Os policiais

alegaram que tiveram autorização do morador para ingressar na casa – onde encontraram cerca de cem gramas de maconha –, mas o acusado afirmou que os agentes forçaram a entrada e que ele não teve como se opor.

“A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam nesta corte superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança”, afirmou o relator.

Segundo ele, deve ser vista com muita reserva a afirmação usual de que o morador concordou livremente com o ingresso dos policiais, principalmente quando a diligência não é acompanhada de documentação capaz de afastar dúvidas sobre sua legalidade.

Conclusões

Ao firmar o precedente, a Sexta Turma estabeleceu cinco teses centrais:

1) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

2) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. *Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.*

3) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4) *A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo.*

5) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em

decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal dos agentes públicos que tenham realizado a diligência. - Sessão de 02/03/2021.

(<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02032021-Policiais-devem-gravar-autorizacao-de-morador-para-entrada-na-residencia--decide-Sexta-Turma.aspx>).

A diretriz proclamada na Sexta Turma, ora reafirmada por este Relator, no sentido de que a gravação audiovisual e o registro escrito da autorização do morador, além de confirmarem a licitude da prova obtida, trarão proteção tanto para o residente quanto para os policiais – teve como base precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e de cortes estrangeiras, especialmente dos Estados Unidos, da França, Espanha e de Portugal. A tese em questão foi referendada no HC 628.371/SC, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sexta Turma, julgado em 16/03/2021, DJe 23/03/2021.

No caso concreto, a leitura da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, embora faça alusão à afirmação dos policiais responsáveis pela busca domiciliar de que o paciente teria autorizado sua entrada na residência, evidencia que agiram sem mandado judicial e sem o amparo de denúncia ou de investigação prévias que os conduzisse a crer que naquele local havia tráfico de drogas. Suas suspeitas tiveram por base apenas o fato de que as pessoas que estavam na frente da casa correram para o seu interior assim que perceberam a aproximação da viatura policial.

Confira-se o seguinte trecho:

Consta das peças de informação que instruem o presente APFD que **policiais militares que estavam de serviço foram averiguar uma situação de furto em uma residência, que ao chegarem no local, observaram que havia algumas pessoas em frente à casa vizinha da averiguada, e que estas pessoas correram assim que perceberam a aproximação da viatura da polícia, e que a pessoa que estava no interior da residência fechou a janela.**

Em razão da atitude suspeita, os milicianos foram até a referida residência, oportunidade em que o flagranteado abriu a porta e confessou que possuía objetos ilícitos.

Na residência de Fernando Nogueira foram encontrados 333g de cocaína, 4ct de maconha, um revólver cal. 38, 06 munições intactas, o montante de R\$ 458,00 (quatrocentos e cinquenta e oito reais) em espécie.

(e-STJ fl. 80 – negritei)

O depoimento do Policial Militar *Maximiano Fernandes Leite Júnior* também narra os mesmos eventos:

Que, no dia de hoje, 02/01/2021, por volta das 12h20min, seguiu a Rua Assis Severino Chagas, bairro Rio Verde, neste chegar município, para averiguar uma situação de furto; *Que* ao chegar no local, viu várias pessoas na frente da casa vizinha à casa da ocorrência do furto; *Que* estas pessoas correram assim que perceberam a aproximação da viatura; *Que* no interior desta casa havia um homem que “brechou” pela cortina de porta e logo em seguida trancou a janela; *Que* a guarnição achou suspeita a atitude do homem; *Que* primeiramente o efetivo verificou a ocorrência do furto; *Que* logo em seguida, resolveram bater na porta da casa vizinha (casa do conduzido); *Que* o conduzido não respondeu ao efetivo; *Que* continuou a chamar na frente da porta até o imputado abrir a porta; *Que* ao questionar *Fernando Nogueira* se o mesmo tinha alguma coisa ilícita no interior da casa, o mesmo de pronto respondeu que dentro de uma caixa de papelão havia drogas e arma de um fogo; *Que* o efetivo localizou 333g de cocaína, 4g de maconha, revólver cal .38, 06 munições intactas, R\$ 458,00 em espécie;

(e-STJ fl. 38)

Ora, não é minimamente crível que uma pessoa se autoincrimine ao ser questionada por policial que bate à sua porta. Tampouco é crível que o ora recorrente tenha consentido com a realização de vistoria em sua residência tanto mais quando, mesmo interrogado em sede policial, afirmou que “não quis abrir a porta para os policiais” e que “os policiais adentraram na casa do interrogando e lhe renderam” (e-STJ fl. 41).

Deve, portanto, ser considerada inválida eventual autorização do morador da residência vistoriada, se essa autorização não foi concedida por escrito, na esteira da tese firmada no HC 598.051 (Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021).

Ademais, a jurisprudência desta Corte tem entendido que o mero avistamento de um indivíduo correndo para o interior de sua residência não constitui fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, na residência em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não.

Nesse sentido recentemente decidiu esta Quinta Turma:

Recurso em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Flagrante. Violação de domicílio. Tema 280/STF. **Fuga isolada do suspeito. Ausência de justa causa. Nulidade de provas configurada.** Constrangimento ilegal evidenciado.

1. No RE n. 603.616/Tema 280/STF, a Suprema Corte asseverou que a flagrância posterior, sem demonstração de justa causa, não legitima o ingresso dos agentes do Estado em domicílio sem autorização judicial e fora das hipóteses constitucionalmente previstas (art. 5º, XI, da CF).

2. Apesar de se verificar precedentes desta Quinta Turma em sentido contrário, entende-se mais adequado com a jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal o entendimento que exige a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: “campana que ateste movimentação atípica na residência”).

4. Recurso em habeas corpus provido para que sejam declaradas ilícitas as provas derivadas do flagrante na ação penal n. 0006327-46.2015.8.26.0224, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP.

(RHC 89.853/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020) – negritei.

Em situação bastante semelhante à dos presentes autos, na qual se contou com “denúncia anônima” e fuga do morador após visualizar os policiais, a Sexta Turma desta Corte entendeu que, mesmo diante da conjugação de desses dois fatores, não se estaria diante de justa causa. Aquele Órgão julgador ressaltou a imprescindibilidade de prévia investigação policial para verificar a veracidade das informações recebidas:

Processual Penal e Penal. Recurso em *habeas corpus*. Prisão preventiva. **Tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes.** Corrupção de menores. **Entrada em domicílio sem ordem judicial e sem elementos mínimos de traficância no local. Prisão preventiva ilegal. Trancamento da ação penal.** Recurso em *habeas corpus* provido.

1. Ainda que esta Sexta Turma tenha admitido como fundamento para a prisão preventiva a relevante quantidade entorpecentes apreendidos em poder da paciente, tratando-se de 132 pedras de crack, 84 papalotes de cocaína e ainda 26 trouxinhas de maconha, **não foi apontado nenhum elemento idôneo para justificar a entrada dos policiais na residência da paciente, citando-se apenas a verificação de denúncias de tráfico de drogas que receberam através do “Disque Denúncia”, e a fuga do adolescente.**

2. Verifica-se ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5º, inc. XI, da Constituição da República, quando não há referência a prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância no domicílio violado.

3. Recurso em *habeas corpus* provido, para a soltura da recorrente, *Tereza Rodrigues*, e de ofício determinar o trancamento da Ação Penal n. 0001783-23.2016.8.26.0695.”

(RHC 83.501/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018) - negritei.

Na mesma linha, o seguinte julgado:

Recurso especial. Tráfico de drogas. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. **Invasão de domicílio pela polícia. Necessidade de justa causa. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Absolvição que se mostra devida.** Divergência jurisprudencial. Julgado proferido em *habeas corpus*. Impossibilidade. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). No mesmo sentido, neste STJ, REsp n. 1.574.681/RS.

2. **Não há, no caso, referência à prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Não há, da mesma forma, menção a eventual movimentação de pessoas na residência típica de comercialização de drogas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que policiais militares receberam “notícias” acerca de eventual traficância praticada pelo réu, sem a realização, ao que tudo indica, de outras diligências prévias para apurar a veracidade e a plausibilidade dessa informação, de maneira que não se configurou o elemento “fundadas razões” a autorizar o ingresso no domicílio do réu.**

3. A descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante não passou de mero acaso, de maneira que **a entrada no domicílio do acusado, no caso, desbordou do que se teria como uma situação justificadora do ingresso na casa do então suspeito. Sem eficácia probatória, portanto, a prova obtida ilicitamente, por meio de violação de norma constitucional, o que a torna imprestável para legitimar todos os atos produzidos posteriormente.**

4. Acórdão proferido em *habeas corpus* não serve de paradigma para fins de comprovação de alegado dissídio jurisprudencial.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(REsp 1.593.028/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020) – negritei.

Patente, assim, a ilegalidade da entrada dos policiais na residência em que o réu foi flagrado, sem mandado judicial e sem autorização do morador por escrito, devem ser reconhecidas como ilícitas as provas de tráfico de entorpecentes e do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 derivadas do flagrante no processo n. 0000006-60.2021.8.17.1250 (referente ao Inquérito Policial n. 02017.0128.0002.00/2021-1.3).

A consulta ao andamento processual do feito, no site do TJPE, indica que o defensor do acusado (ora recorrente) apresentou Defesa Prévia em 08.03.2021 e em despacho proferido em 15.03.2021 foi recebida a denúncia e designada a audiência de instrução e julgamento para o dia 14.07.2021, informações essas corroboradas nos esclarecimentos prestados pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Santa Cruz do Capiberibe/PE às e-STJ fls. 132/133.

Entretanto, não foi juntada aos autos cópia da denúncia, não havendo, portanto, como se verificar se as acusações imputadas ao paciente se arrimam exclusivamente em provas coletadas por ocasião da busca domiciliar aqui reconhecida como ilegal ou dela derivadas.

De outro lado, a leitura da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente revela que ela se ancora unicamente em indícios de materialidade colhidos na busca domiciliar ilegal, pelo que tal decisão não merece subsistir.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concedo, entretanto, a ordem de ofício, para reconhecer a nulidade das provas de tráfico de entorpecentes e do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 obtidas no flagrante no processo n. 0000006-60.2021.8.17.1250 (referente ao Inquérito Policial n. 02017.0128.0002.00/2021-1.3), assim como das provas delas derivadas, determinando sejam elas desentranhadas do processo, cabendo ao magistrado de 1º grau avaliar se remanescem evidências independentes de materialidade dos delitos que justifiquem o prosseguimento da ação penal.

Diante da ilegalidade da decretação de prisão preventiva ancorada em indícios de materialidade do delito obtidos de forma ilícita, deverá ser expedido alvará de soltura em favor do Paciente, se não estiver detido por outras razões.

Reafirmo que não é verossímil a narrativa dos policiais que efetuaram o flagrante sobre o consentimento do paciente para efetuarem busca em sua residência e sobre sua confissão “espontânea” a respeito da existência de drogas e de uma arma no local, logo no momento em que abriu a porta e foi indagado sobre isso.

Ressalto, ainda, que o mero fato de os policiais terem-se dirigido à casa vizinha para investigar uma ocorrência de furto não permite deduzir que, na casa ao lado, estaria sendo cometido qualquer tipo de delito – de natureza permanente ou não. Assim sendo, é forçoso concluir que os investigadores

foram movidos apenas e exclusivamente por suspeita advinda do fato de que as pessoas que estavam em frente à casa do paciente correram para dentro da residência ao avistarem a viatura policial, motivo esse que a jurisprudência desta Corte não considera enquadrar-se no conceito de “fundadas razões” a autorizar a busca domiciliar sem mandado e sem diligências prévias.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS N.
136.961-RJ (2020/0284469-3)**

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Agravado: Osmar Oliveira de Souza (Preso)

Advogado: Altelande dos Santos Valentim - RJ180396

EMENTA

Agravo regimental. Ministério Público Estadual. Legitimidade. IPPSC (Rio de Janeiro). Resolução Corte IDH 22/11/2018. Preso em condições degradantes. Cômputo em dobro do período de privação de liberdade. Obrigação do Estado-Parte. Sentença da Corte. Medida de urgência. Eficácia temporal. Efetividade dos direitos humanos. Princípio *pro personae*. Controle de convencionalidade. Interpretação mais favorável ao indivíduo, em sede de aplicação dos direitos humanos em âmbito internacional (princípio da fraternidade - desdobramento). Súmula 182 STJ. Agravo desprovido.

1. Legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para interposição do agravo regimental. “*Não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro*

Celso de Mello, 'indiscutível relevo jurídico-constitucional' (RCL-AGR n.7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema" (AgRg nos EREsp n. 1.256.973/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Relator p/ acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 27/8/2014, DJe 6/11/2014).

2. Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse “em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução”.

3. Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País alarga o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos.

4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.

5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade,

o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.

7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano.

- Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a *que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna”* (HC n. 94.163, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 divulg 22/10/2009 public 23/10/2009 Ement vol-02379-04 pp-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça.

- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da

Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

8. Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.

9. A alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada Resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos *ex nunc*, não merece guarida. O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (*ex nunc*), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada nas peculiaridades do caso.

10. Por fim, de se apontar óbice de cunho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar eventuais efeitos futuros da multimencionada Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, *verbis*: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

11. *Negativa de provimento ao agravo regimental* interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 15 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 21.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Cuida-se de agravo regimental (e-STJ fls. 353-364) interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* em face de decisão exarada às e-STJ fls. 342-347, na qual foi dado provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* (Recurso em *habeas corpus*), interposto por *Osmar Oliveira de Souza* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (HC n. 0056922-61.2020.8.19.0000).

Consta dos autos que a defesa impetrou *habeas corpus* em favor do ora recorrente, perante a Corte estadual do Rio de Janeiro, pleiteando o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, vale dizer, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

O Tribunal, por sua vez, denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 68/69):

Habeas corpus. Impetração objetivando o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho,

vale dizer, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019. Ao aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica), em 25.09.1992, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Legislativo n. 678/92, o Estado Brasileiro reconheceu expressamente a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante à interpretação e aplicação daquele tratado. O artigo 63 da referida convenção internacional, preceitua que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, poderá determinar medidas provisórias para reparação de situação que configure violação a um direito ou liberdade por ela protegidos. De outro vulto, o artigo 68 do mesmo tratado, estabelece que os Estados-Parte comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todos os casos em que forem partes. Nesta toada, forçoso concluir-se quanto à obrigatoriedade da determinação contida na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, que determinou o cômputo em dobro do período de cumprimento de pena privativa de liberdade dos apenados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Referida resolução foi omissa quanto marco *a quo* da contagem, de forma que se deve aplicar as regras do ordenamento jurídico brasileiro, que confere efetividade e coercibilidade as decisões, na data de sua notificação formal, *in casu*, no dia 14 de dezembro de 2018. Precedente do TJRJ. Escorreita a decisão do juízo impetrado, não fazendo jus o paciente ao cômputo em dobro no tocante ao período em que esteve custodiado no suso mencionado estabelecimento prisional anteriormente ao dia 14 de dezembro de 2018. *Ordem conhecida e denegada.*

Em sede de recurso ordinário, pretende o recorrente seja o seu recurso provido para que, uma vez reformada a decisão atacada, que o período de pena cumprida pelo apenado, no Complexo Prisional de Gericinó, em Bangu/RJ, seja considerado em dobro, por se tratar de pena cumprida de maneira degradante e desumana, conforme determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Aduz que a contagem em dobro deve incidir sobre o total da pena cumprida de forma degradante, o que levaria o recorrente a alcançar o período necessário tanto para a progressão de regime quanto para o livramento condicional.

Em parecer, o *Ministério Público Federal* opinou pelo provimento do recurso ordinário em *habeas corpus*.

O recurso restou provido nos termos da decisão agravada, tendo-se determinado que “*se efetue o computo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.*” (e-STJ fls. 346)

Em sede de agravo regimental (e-STJ fls. 353-364) o *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* aduz, em suas razões, que a determinação exarada pela

Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória, nos termos do art. 63.2 da Convenção Americana apontada.

Aduz que, ante tal circunstância, referida resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos tão somente *ex nunc*, a contar da intimação da parte obrigada. Assevera que o fato de mencionada resolução estabelecer prazos para seu cumprimento corrobora tal entendimento.

Pugna pelo provimento do agravo e reforma da decisão atacada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Inicialmente, no que concerne à legitimidade do agravante para interposição do recurso ora em apreço, nada obstante os princípios de unidade e indivisibilidade constitucionais que regem o Ministério Público, importa destacar precedente no sentido de que “*não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro Celso de Mello, ‘indiscutível relevo jurídico-constitucional’ (RCL-AGR n. 7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema*” (AgRg nos EREsp n. 1.256.973/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, relator p/ acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 27/8/2014, DJe 6/11/2014). Interpretação do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

Sendo assim, cedendo passo à Jurisprudência mencionada, presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conhecimento do agravo regimental.

Verifica-se, porém, que o recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão impugnada.

Como restou asseverado na decisão impugnada, a hipótese dos autos diz respeito ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC). A referida unidade prisional foi objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou no item n. 4, que se computasse “em dobro cada dia de

privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução”.

Ao denegar a ordem, o Tribunal *a quo*, no acórdão recorrido, assim se pronunciou, no que aqui interessa (e-STJ fls. 72):

(...)

Nesta toada, forçoso concluir-se quanto à obrigatoriedade da determinação contida na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, que determinou o cômputo em dobro do período de cumprimento de pena privativa de liberdade dos apenados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Posto isto, não se discute o direito à contagem em dobro da pena, tanto o é, que o pleito foi acolhido pelo juízo impetrado.

Referida resolução foi omissa quanto marco a quo da contagem, de forma que se deve aplicar as regras do ordenamento jurídico brasileiro, que confere efetividade e coercibilidade as decisões, na data de sua notificação formal, *in casu*, no dia 14 de dezembro de 2018.

O Juízo da Execução, por sua vez, sobre o tema ventilado, assim havia se manifestado (e-STJ fls. 57):

(...)

No que se refere ao termo a quo a partir do qual a medida ora em escopo é aplicável, deve-se ter como parâmetro o dia 14/12/2018, data em que o Brasil foi formalmente notificado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para cumprimento das medidas dispostas na Resolução de 22/11/2018. Pelo vigo de todo o exposto, *defiro* o pleito. *Cumpra-se* a Resolução CIDH de 22/11/2018, computando-se *em dobro* o tempo de pena cumprida pelo penitente no Instituto Plácido Sá Carvalho de 17.08.2018 até 06.09.2019, conforme TFD, ou seja, pelo período em que esteve configurada a situação constatada pela CIDH. Registre-se o incidente de “remição”, explicitando-se o período de prisão ora “dobrado”.

Conforme se extrai dos trechos transcritos, a controvérsia se cinge ao termo inicial de efetividade da já mencionada a Resolução da Corte IDH, de 22 de novembro de 2018, no que tange ao item 4, onde se determinou que se computasse “em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução”.

Vale asseverar, por oportuno, que, conforme constatado pelo Juiz da Execução, na hipótese, “não houve vulneração da integridade física das vítimas” (e-STJ fls. 56), situação que, de plano, afasta qualquer necessidade de digressão acerca do tema, ante os termos do item 4 retrotranscrito.

Posta tal premissa, a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, em 1969, trouxe aos Estados americanos, signatários do documento internacional, uma série de direitos e deveres envolvendo o tema.

A partir do Decreto 4.463, de novembro de 2002, o Brasil submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte IDH e passou a figurar no polo passivo de demandas internacionais, o que resultou em obrigações de ajustes internos para que suas normas pudessem se coadunar com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País amplia o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode alargar a efetividade dos direitos humanos.

As sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada. Em caso de descumprimento da sentença, a Corte poderá submetê-la à análise da Assembleia Geral da Organização, com o fim de emitir recomendações para que as exigências sejam cumpridas e ocorra a consequente reparação dos danos e cessação das violações dos direitos humanos.

A supervisão de cumprimento de sentença ocorre pela própria Corte, a qual pode requerer informações ao Estado-parte, quando consideradas pertinentes. Essa característica deriva do princípio internacional do *pacta sunt servanda*. Isto é, parte-se da premissa que os Estados têm de cumprir suas obrigações e deveres de boa-fé ao assumirem a responsabilidade diante da comunidade internacional. Tal princípio evita que os Estados se eximam das obrigações adimplidas, perante o Direito Internacional, em razão de seu direito interno, o qual deve se coadunar com as resoluções e documentos internacionais dos quais faça parte. A propósito, o artigo 26 da CADH afirma que os Estados-partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, inclusive para prevenir a violação dos direitos humanos.

Portanto, a sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença.

Sobre o tema vale destacar o art. 69 da CADH que afirma que a “sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção”.

Contudo, na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.

No que diz respeito à alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos *ex nunc*, melhor sorte não assiste ao recorrente.

O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (*ex nunc*), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada das peculiaridades do caso.

No plano doutrinário, corroborando tal entendimento, acerca do efeito das *medidas de urgência* decorrentes das questões submetidas à Corte, leciona Amaral Júnior que “em caso de *extrema gravidade e urgência*, e quando se fizer necessário *evitar danos irreparáveis às pessoas*, a Corte nos assuntos a ela submetidos, poderá adotar *medidas provisórias* que considerar pertinentes. Quando decidir que houve *violação de um direito ou liberdade protegidos pela Convenção*, a Corte determinará que *se assegure ao prejudicado o gozo ou liberdade violado*.” (grifei, in AMARAL JÚNIOR, Aberto do. Manual do candidato; noções de direito internacional - 4. ed. atual. - Brasília: FUNAG, 2015).

Da lição mencionada se extrai que as referida medidas de urgência, ao contrário de carecer de relevância e força executiva, possuem a natureza de medida cautelar garantidora da efetividade da sentenças da Corte IDH, ganhando, portanto, em importância, na extensão em que visam, em última análise, assegurar sejam reparadas consequências da situação que haja configurado a violação de direitos, não significando, com isso, possuam efeito restritivo *ex nunc*.

A interpretação aventada pelo recorrente, na hipótese, careceria, inclusive, de viés sentido interpretativo lógico, na medida em que significaria, em última instância, limitar no tempo, de forma arbitrária, as circunstâncias degradantes de cumprimento carcerário que motivaram o cômputo em dobro da pena pela Corte. De fato, não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

Nesse ponto, vale asseverar que, por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, *interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados*.

No mesmo diapasão, as autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o *controle de convencionalidade*, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao Ser Humano.

Logo, os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.

Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a *que mais se aproxima da Constituição*

Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna” (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 divulg 22/10/2009 public 23/10/2009 Ement vol-02379-04 pp-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça (FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019).

Sobre o tema, recorro a expressiva doutrina brasileira: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Por fim, de se apontar óbice de cunho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar eventuais efeitos futuros da mencionada Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, *verbis*: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental* interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, determinou cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.882.079-RS
(2020/0155818-2)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: A P F

Advogados: Tracy Joseph Reinaldet dos Santos - PR056300

Matteus Beresa de Paula Macedo - PR083616

Giovanni Diniz Machado da Silva - PR103541

Agravado: Ministério Público Federal

Interes.: União

EMENTA

Penal. Processo Penal. Operação Lava Jato. Colaboração premiada. Compartilhamento requerido pela Receita Federal. Indeferimento. Agravo regimental no recurso especial da decisão monocrática que deu provimento ao recurso ministerial. Legitimidade e interesse recursal do Ministério Público Federal na condição de *custos legis*. Possibilidade. Decisão mantida.

I - O Agravo Regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento firmado anteriormente, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - Não vislumbro ilegitimidade ou ausência de interesse recursal do *Parquet* para representar judicialmente a Receita Federal do Brasil contra indeferimento do pleito de compartilhamento da colaboração premiada para instruir procedimento administrativo fiscal, uma vez que o Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para recorrer nos processos em que oficiou como *custos legis*, já que nítido prejuízo relacionado à Fazenda Pública, além de possuir o concreto interesse de agir, haja vista a necessidade de proteção do patrimônio público.

Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes 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 João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 7.6.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de Agravo Regimental interposto por *APF*, contra decisão de minha relatoria, a qual deu provimento ao recurso do *Parquet*, a fim de determinar o retorno dos autos a origem.

Ressai das alegações aventadas pelo agravante, a pretensão de que seja efetivado o juízo de retratação, com a reforma da decisão fustigada e o consequente desprovimento do Apelo Nobre.

Consta dos autos que, em sede de Agravo Regimental, o Tribunal de origem, por unanimidade, *não conheceu* do recurso ministerial, nos termos da seguinte ementa (fl. 1.878):

Agravo regimental. Colaboração premiada. Compartilhamento requerido pela Receita Federal. Indeferimento. Ilegitimidade para recorrer do Ministério Público Federal. Não conhecimento. 1. Não se conhece, por ausência de legitimidade e de interesse, o recurso interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que indefere pedido de compartilhamento da colaboração premiada formulado pela Receita Federal do Brasil, para instruir procedimento administrativo fiscal. 2. Agravo regimental não conhecido.

Após, o agravado interpôs o Recurso Especial (fls. 1.674/1.703), cujas razões, sustentou violado os seguintes dispositivos legais:

a) artigos 4º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, artigo 577 do Código de Processo Penal, artigo 178, inciso I c/c o artigo 996 do Código de Processo Civil, ao manter o indeferimento de “(...) *compartilhamento de provas obtidas em*

sede de acordo de colaboração premiada formalizado pela Polícia Federal.” (fl. 1.681). Pleiteou, pois, o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público Federal para assegurar a titularidade da ação penal e interesse público da autoridade fazendária e **b)** artigos 4º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, bem como o artigo 100, § 1º, do Código Penal e artigos 138 e 180 do Código Tributário Nacional, “(...) *ao possibilitar que o acordo de colaboração premiada formalizado pela Polícia Federal extrapole as atribuições da autoridade policial e repercuta no exercício da titularidade da ação penal e nas hipóteses de isenção de responsabilidade e anistia tributárias.*” (fl. 1.688). Pretendeu o reconhecimento do interesse processual do Ministério Público Federal sobre o compartilhamento de Colaboração Premiada, em relação à Receita Federal, e seus efeitos.

Na decisão agravada, de minha relatoria, *dei provimento do Recurso Especial*, a fim de determinar o retorno dos autos a origem, para análise do recurso ministerial como entender de direito.

No presente Agravo Regimental (fls. 1.917/1.928), a Defesa acentua que o recurso ministerial “(...) *não deve ser apreciado por essa distinta Corte Superior porque a pretensão contida no referido pleito, ao contrário do que concluiu a decisão monocrática, não atende aos pressupostos processuais básicos da legitimidade (II.1) e do interesse de agir (II.2).*” (fl. 1.920).

Obtempera que “(...) *por não ter sido o MPF o autor do inicial pedido de compartilhamento de provas, não poderia ele próprio ter aviado o recurso em questão, fazendo as vezes e atropelando a vontade processual da real autora do pedido denegado, que era a Receita Federal; sobretudo quando essa mesma Receita Federal deixa deliberadamente de recorrer da decisão que indeferiu o seu pleito originário. Com isto, já de antemão, é possível verificar a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal no presente caso, a qual é aqui constatável e confirmada por quatro razões.*” (fl. 1.920).

Acrescenta, no ponto, que: **i)** “(...) *a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal no presente caso porque tal ente é titular da “ação penal”, mas não dos “procedimentos administrativos disciplinares” fiscais que serão eventualmente instaurados pela Fazenda Pública a partir do pleiteado compartilhamento de provas, caso este seja deferido.*” (fl. 1.921); **ii)** “(...) *a ilegitimidade recursal do MPF no caso em tela porque o recurso penal é voluntário (art. 574, do CPP), sendo inadmissível a interposição “da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão” (art. 577, parágrafo único), já que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio” (art. 18, do CPC, c/c art. 3º do CPP).*” (fl. 1.921); **iii)** “(...) *o Parquet seria*

parte ilegítima para aviar o Recurso Especial neste caso porque sobre sua insurgência já se operaram os institutos da preclusão lógica e consumativa, uma vez que a parte que efetivamente detinha o poder para recorrer do decisum do TRF-4 – isto é, a parte que formulou o pedido original (Receita Federal) – essa Autarquia deixou de impugnar a decisão que lhe interessava e que havia indeferido a sua pretensão inicial” (fl. 1.921); iv) “(...) ainda que a União Federativa possa ser representada por mais de uma pessoa jurídica de direito público de função independente (tal como são o MPF e a Receita Federal), esta é – por definição – um ente uno, indivisível e indissolúvel, de modo que não seria possível comportar a um só tempo duas posições processuais distintas.” (fl. 1.922).

Assevera, também, que “(...) ao contrário do que sustenta a decisão monocrática, não há desrespeito aos dispositivos legais que versam acerca da atuação do Ministério Público (arts. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei n. 12.850, art. 577 do CPP, art. 100, CP e arts. 178, inciso I c/c 996, do CPC); o que há, por outro lado, é a mera observância aos requisitos de admissão recursal e à regra dos institutos da preclusão lógica e consumativa.” (fl. 1.923).

Afirma que “(...) ainda que o Ministério Público Federal cumule as funções de parte (*dominus litis*) e de fiscal da Lei (*custos legis*), tais papéis não lhe permitem atuar de toda e qualquer maneira, chegando inclusive ao ponto de exercer o direito recursal voluntário em nome de outrem, que seria plenamente apto a assim fazer, caso desejasse.” (fl. 1.924).

Outrossim, sustenta que “(...) o recurso em questão também não poderia ter sido conhecido – independentemente se ele fosse postulado pelo MPF ou pela Receita Federal – porque o objeto imediato de tal insurgência não traz qualquer benefício prático que possa ser alcançado pelo recorrente (o ilegítimo MPF ou ainda que fosse a Receita Federal).” (fl. 1.925).

No ponto, informa que “(...) não há utilidade no Recurso Especial do Ministério Público Federal pois a 11ª Cláusula do Acordo de Colaboração Premiada de **Antônio Palocci** é clara ao dizer que eventuais provas obtidas em razão da cooperação do ora Agravante poder-se-iam ser compartilhadas, **desde que – e tão somente se – observados os limites e o escopo penal de seu acordo, sem ultrapassar dessa esfera; sendo inviável, portanto, a utilização de tais provas para fins extrapenais, tal como é a atividade fiscal.**” (fl. 1.926).

Com essas considerações, requer “(...) que a decisão monocrática proferida neste Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal seja reformada com a consequente inadmissão da pretensão recursal originária.” (fl. 1.927).

O Ministério Público Federal opinou pelo *desprovemento* do Agravo Regimental (fls. 1.943/1.950).

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O presente recurso *não merece provimento*.

Como se sabe, o Agravo Regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento firmado anteriormente, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas nesta via recursal, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 1.900/1.913. Ao contrário, os argumentos ali externados merecem ser ratificados por este eg. Colegiado Julgador.

Pois bem. Extrai-se dos autos que o ora agravante pretende manter o não conhecimento da insurgência ministerial por ilegitimidade ativa, bem como pela ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal para representar judicialmente a Receita Federal do Brasil contra indeferimento do pleito de compartilhamento da colaboração premiada para instruir procedimento administrativo fiscal e, também, por falta de utilidade do objeto recursal.

Contudo, no presente caso, ao não vislumbrar a ilegitimidade ou a ausência de interesse recursal do órgão ministerial, dei provimento ao Apelo Nobre a fim de determinar o retorno dos autos a origem, para análise do recurso ministerial como entender de direito, em razão dos seguintes fundamentos da decisão agravada (fls. 1.903/1.912, destaquei):

*“Conforme relatado, busca o ora recorrente, em síntese, a reforma do julgado, para que se reconheça a **legitimidade ativa e o interesse recursal** do Ministério Público Federal para que possa pleitear o compartilhamento de provas que instruiriam procedimentos administrativos fiscais. Para tanto, aponta a contrariedade do acórdão recorrido aos artigos 4º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, artigo 577 do Código de Processo Penal, artigo 178, inciso I c/c o artigo 996 do Código de Processo Civil, bem como o artigo 100, § 1º, do Código Penal e artigos 138 e 180 do Código Tributário Nacional.*

Para melhor delimitar a presente quaestio, trago à baila os fundamentos lançados no v. acórdão vergastado, in verbis (fls. 1.846/1.857, destaquei):

2. No que diz respeito ao julgamento de mérito do agravo regimental interposto nesta Corte e do recurso especial em epígrafe, informo que a discussão diz respeito à **legitimidade do Ministério Público Federal em impugnar decisão deste Relator, pela qual foi indeferido compartilhamento da colaboração de ANTÔNIO PALOCCI FILHO com a Receita Federal do Brasil, com a finalidade de usá-la para lançamento de crédito tributário.**

Em 08/08/2018, a Receita Federal do Brasil requereu o compartilhamento de peças objetivando o acréscimo de elementos probantes “para uso como elementos probantes de lançamento de ofício de crédito tributário” (evento 67 - OFIC1 e OFIC_C2). Na ocasião, o pedido foi indeferido pela Juíza Federal Bianca Georgia Cruz Arenhardt nos seguintes termos (evento 69):

[...]

Em 30/10/2018, novo pedido foi protocolado pela Receita Federal do Brasil, reafirmando os termos do requerimento anterior (evento 103 - OFIC1 e OFIC2). Em decisão lançada no evento 105, não conheci do pedido, com os seguintes fundamentos:

[...]

Novo pedido foi protocolado pela Receita Federal do Brasil em 17/05/2019 (evento 160). Na ocasião, determinei a intimação da defesa do colaborador para manifestação e posterior remessa ao Ministério Público Federal para parecer (evento 161).

A defesa se manifestou contrariamente ao compartilhamento dos termos do acordo de colaboração com a Receita. Subsidiariamente, postula que o “**disposto na cláusula 11 do acordo seja respeitado pela Receita Federal, em especial com relação ao reconhecimento dos efeitos e dos limites do pacto de cooperação**” (evento 174).

[...]

Em resposta ao requerido pela defesa de **Antonio Palocci, a Receita Federal informou a inviabilidade de extensão, ao campo de isenção tributária, dos benefícios obtidos pelo contribuinte no acordo de colaboração premiada, que atinge apenas o âmbito penal** (evento 180). Ao final, proferi decisão indeferitória do pedido nas seguintes letras (evento 182 - DESPADEC1):

[...]

Em face de tal decisão, foram a defesa e o Ministério (sic) Público Federal intimados nos autos (eventos 188 e 189) e requerente Receita Federal do Brasil por meio do Ofício n. 40001367205 (em 23/09/2019).

Apenas o Ministério Público Federal recorreu, por meio da interposição de agravo regimental, postulando fosse deferido compartilhamento da colaboração premiada em razão da existência de indicativos de crimes de sonegação praticados pelo coautor (evento 199 - AGR-REG-PENAL1). (sic)

Em sessão realizada em 19/02/2020, a 8ª Turma deste Regional, por maioria, não conheceu do agravo regimental por ilegitimidade da parte recorrente. Segue assim lançado o voto condutor:

[...]

1. De início, importa frisar que não se desconhece os precedentes de autorização de compartilhamento dos termos de colaboração e tampouco se nega a relevância do intento, bem como a necessidade de colaboração interinstitucional entre órgãos de repressão.

No entanto, não verifico, na hipótese dos autos, a possibilidade de deferimento do pedido.

2. Primeiramente, insta destacar que **a Receita Federal baseia seu pedido no fundamento de que “a produção de provas nos procedimentos criminais resulta em consequências com repercussão além da esfera penal. Assim, os fatos delatados e suas consequências afetam o interesse público tutelado por outros órgãos de Estado. Neste sentido a restrição do compartilhamento de provas afeta a ação da RFB na defesa do interesse público do dever de arrecadar os tributos que servem para sustento do próprio Estado brasileiro”.**

Deve-se destacar que, como já pacificado na doutrina e na jurisprudência, **o acordo de colaboração premiada não é prova, mas sim meio de obtenção de prova.**

De tal natureza impõe-se consignar que, **no âmbito criminal, as declarações do colaborador, por si só, não possuem valor probatório se não forem revestidas por elementos de corroboração.** Tanto é assim que o art. 4º, § 16 da Lei de Combate às Organizações Criminosas estabelece que ‘nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador’. Na mesma linha, não se pode olvidar que nem mesmo a confissão do réu isoladamente - isto é, sem que seja confrontada com elementos probatórios colhidos no curso da ação penal-, tem aptidão para sustentar um decreto condenatório.

Dessa forma, **não há como conferir aos termos de colaboração a qualidade de “prova”, na linha do que pretende a autoridade fazendária e como se depreende das razões lançadas no pedido de compartilhamento.**

Ressalte-se:

A colaboração premiada é, em apertada síntese, instituto de natureza criminal que, em um estágio mais avançado, com a aferição de eficácia do auxílio prestado e o estabelecimento da contrapartida em benefícios, assume papel de negócio jurídico processual de interesse das partes acordantes, sob o crivo da autoridade judicial.

Nessa estreita perspectiva e ainda que legítima a pretensão, a necessidade de constituição do crédito tributário não tem aptidão para modificar a natureza jurídica do acordo de colaboração, notadamente porque, no caso, estão ainda insuficientemente qualificadas as ditas declarações como prova.

Refiro, por oportuno e porém, que a resistência do contribuinte de prestar informações no âmbito fiscal decorre de sua exclusiva responsabilidade e/ou de eventual orientação de seus representantes legais, não tendo resguardo no presente acordo de colaboração premiada.

3. Ademais, **o afirmado pela Receita no evento 180, reforça a impossibilidade de compartilhamento na hipótese.** Das informações trazidas pelo órgão destaco:

O pagamento dos tributos não recolhidos no vencimento e enquanto o contribuinte que tenha colaborado com as investigações não estiver submetido a procedimento fiscal, estará sujeito apenas à multa de mora de até 20% (art. 61 da Lei n. 9.430/1996), como qualquer outro contribuinte. Tal situação é relevante, pois não se vislumbra no ordenamento jurídico qualquer impedimento para aqueles que eventualmente submetam-se ao regime especial de colaboração premiada declarem espontaneamente a renda omitida ao Fisco e recolham os tributos devidos.

Nas hipóteses em que não houver o recolhimento do tributo devido e, iniciado procedimento fiscal, os contribuintes estarão sujeitos ao lançamento de ofício pelo Auditor-Fiscal da RFB, com multas de ofício que podem variar entre 75% ou 150%, nos casos em que for caracterizada sonegação, fraude ou conluio (art. 44, I e § 19 da Lei n. 9.430/1996).

As penalidades tributárias são prescritas em lei pela não declaração dos tributos (lançamento por homologação), e proporcionais aos tributos sonegados. Além disso, as hipóteses de incidência tributária estão previstas na Constituição Federal, regulamentadas em norma geral complementar à CF (Lei n. 5.172/1996 - Código Tributário Nacional) e instituídas por lei, devendo ser constituídas mediante atividade vinculada praticada pelo Auditor Fiscal da RFB, no caso dos tributos federais.

Dessa forma, o pagamento de tributos não se constitui em direito disponível que possa ser excluído de alguma forma do conjunto de obrigações que todos devem cumprir, inclusive por aquele contribuinte que, eventualmente, participe de colaboração premiada. Em outras palavras, não há hipótese legal que dispense o colaborador premiado do cumprimento das obrigações tributárias.

Assim, concluímos que eventuais benefícios obtidos pelos contribuintes em acordos celebrados com a Justiça, Ministério Público Federal e ou Polícia Federal, em matéria penal, não produzem efeitos em relação à obrigação tributária desses mesmos contribuintes, pois os benefícios previstos na Lei n. 12.850/2013 alcançam apenas o campo penal e o campo de isenção tributária é possível apenas mediante criação por lei específica.

Da análise do acordo, verifica-se que na cláusula 11ª consta, expressamente, **a previsão de compartilhamento dos temas, desde que as instituições a requerer a prova reconheçam a existência, a relevância, os efeitos e os limites do acordo.** A referida cláusula está assim está redigida (grifei):

V - Validade da Prova

Cláusula 11ª - A prova obtida mediante o presente acordo de colaboração premiada, após devidamente homologada, será utilizada validamente para a instrução de inquéritos policiais, procedimentos administrativos criminais, ações penais, ações cíveis e de improbidade administrativa e inquéritos civis, **podendo ser emprestada** também a outras unidades da **Polícia Federal** e outros órgãos públicos também indicados pela **Polícia Federal**, a exemplo de Ministério Público Federal, para procedimentos próprios, ao Ministério Público dos Estados, **à Receita Federal**, à Procuradoria da Fazenda Nacional, ao Banco Central do Brasil e a outros órgãos, **desde que tais instituições reconheçam a existência, a relevância, os efeitos e os limites do presente acordo.**

Tratando-se de ato negocial, espera-se o cumprimento recíproco de ambas as partes.

Considerando-se que (i) **o colaborador concordou com o empréstimo das provas a outros órgãos, desde que esses reconhecessem “a existência, a relevância, os efeitos e os limites do acordo”,** e (ii) **a afirmação categórica da Receita Federal no sentido de que quaisquer benesses concedidas no âmbito penal não se estenderiam ao campo tributário,** não se mostra possível o pretendido compartilhamento.

O empréstimo, nos termos em que postulado, **não é compatível com os termos acordados e o seu deferimento acabaria por impor ao juízo da homologação uma compactuação com a quebra da confiança depositada pelas partes ao realizarem o referido ato.**

Ante o exposto, indefiro do pedido.

Nada obstante os argumentos lançados na impugnação manejada pelo Ministério Público Federal, tenho que o agravo regimental não merece ser conhecido por ilegitimidade de parte.

Vê-se que o compartilhamento de provas de provas foi indeferido sem que a própria Receita Federal – esta sim, legítima interessada – até o momento a decisão monocrática.

*A par disso, convém destacar que, ao contrário do que sustenta o Ministério Público Federal, **inexiste na decisão ora impugnada – ou nas decisões anteriores – qualquer indicação de vedação à instauração de processo administrativo fiscal ou,***

menos ainda, proibição de que o órgão de acusação ofereça denúncia em desfavor do colaborador.

A afirmação, à evidência, é absolutamente dissociada da realidade dos autos e da compreensão dos termos da decisão ora impugnada.

Ora, nem mesmo a Nota Cofis/Diaud n. 82, de 26/07/2019 segue pela ótica da ausência de vinculação de terceiros que não participaram do acordo, limitando-se a referir que eventuais benefícios fiscais possuem previsão legal.

3. Sob a mesma ótica legal, repita-se – com já afirmado em várias oportunidades – que a colaboração premiada, por si só, não é prova, mas apenas meio para a sua obtenção. Assim, ainda que deferido o compartilhamento, de tal natureza não é possível o distanciamento, de modo que a utilização de declarações como meio probante na esfera fiscal, contrapõe-se à natureza do instituto fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Afora essas considerações já indicadas na decisão impugnada em outras anteriores, o Ministério Público Federal não possui legitimidade para pleitear o compartilhamento dos meios de obtenção de provas em nome de terceiro.”

De sua vez, no voto-vista, da lavra do Desembargador Federal Leandro Paulsen, vencido no ponto, constou a seguinte fundamentação (fls. 1.858/1.859. grifei):

2. Da ilegitimidade do Ministério Público Federal. O art. 178, do Código de Processo Civil dispõe que o Ministério Público Federal deverá intervir, **como fiscal da ordem jurídica**, nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal. A mesma norma aponta, exemplificativamente, que tal intervenção se faz necessária nos casos em que há interesse público ou social, interesse de incapaz ou litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Foi analisando os fins pretendidos por tal regra que **o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou afirmando que o Ministério Público detém legitimidade para, em sede criminal, questionar temas que ultrapassem a simples imposição de penas aos acusados, pois sua função primordial é a manutenção da higidez do processo penal, ante a necessidade de busca da verdade real** (AgRg no AREsp 1.320.743/MR, 5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, set/19).

A afirmação feita pelo órgão julgador encontra amplo amparo na Constituição Federal, a qual atribuiu ao Ministério Público Federal a titularidade da ação penal pública (art. 129, inciso I), bem como o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II). **O MPF integra a estrutura da União e, portanto,**

ostenta legitimidade para questionar decisões judiciais que tenham o potencial de trazer prejuízo ao interesse público, o qual, eventualmente, pode estar correlacionado à Fazenda Pública. É por tal razão que o mesmo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do AgRg no REsp 1.541.802/SC, relatado pelo Min. Sebastião Reis Júnior, pontuou que **o Ministério Público é órgão que integra a estrutura do Estado, sendo o responsável, dentre outras funções, pela persecução penal. O Estado, portanto, é parte integrante da ação penal pública, sendo que a atuação do parquet, inclusive, vincula a Fazenda Pública.**

Na hipótese dos autos, entendo que **o potencial prejuízo ao interesse público está consubstanciado na negativa ao pleito formulado pela Receita Federal do Brasil de acesso ao acordo de colaboração celebrado entre ANTÔNIO PALOCCI e Polícia Federal.** Trata-se de relato feito por ex-Ministro de Estado acerca de supostas movimentações financeiras espúrias geradoras de severa lesão aos cofres públicos. **As informações podem servir de ponto de partida para que as autoridades que representam os interesses da Fazenda Pública consigam identificar tais transgressões e, assim, realizar os necessários lançamentos tributários e execuções fiscais.** Destarte, penso que não há como se negar legitimidade recursal ao Ministério Público Federal. O que se deve discutir neste feito, e isso configura uma segunda questão, é a possibilidade ou impossibilidade de atendimento do pleito de acesso aqui formulado.

2. Os acordos de colaboração premiada não podem dispor sobre os efeitos tributários dos fatos que venham a ser revelados pelos colaboradores. Não há legitimidade da Polícia Judiciária nem do Ministério Público para disporem sobre isso.

A lei, **ao dispor sobre os acordos de colaboração premiada, não prevê qualquer tipo de remissão ou de anistia tributárias.** O colaborador, diga-se, negocia benefícios em face de possíveis consequências penais das condutas por ele praticadas. Não tem como afastar, no acordo, as eventuais e possíveis consequências tributárias.

Ademais, as autoridades públicas devem colaborar, elas próprias, entre si. O Código Tributário Nacional **estabelece o amplo acesso da fiscalização (sic) tributária a elementos que possam revelar fatos econômicos objeto de tributação,** dizendo, inclusive, da possibilidade de o Fisco officiar a pessoas privadas para que facultem acesso à informação de que disponha. É o que se vê a partir do seu art. 195 e seguintes. De outro lado, o art. 198 do CTN determina que **as autoridades fiscais mantenham o sigilo quanto à situação econômica ou financeira dos sujeitos passivo fiscalizados e sobre a natureza e o estado das suas atividades.** O sigilo, diga-se, não impede o intercâmbio de informação sigilosa no âmbito da Administração Pública, devendo ser feito com as cautelas para a sua preservação.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao Agravo Regimental para **determinar que seja dado amplo acesso, à Receita Federal do Brasil, ao acordo de colaboração premiada e todos os documentos (sic) que lhe dizem respeito ou que decorram dele,** com as cautelas para a preservação do sigilo.

De início, convém salientar que a possibilidade de compartilhamento de informações constantes dos acordos firmados é amplamente aceita na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A propósito:

Processo Civil. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Presença do fumus boni iuris. Comprovação de efetiva dilapidação patrimonial. Desnecessidade. Periculum in mora presumido. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Súmula 83/STJ. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Omissão. Inexistência. Não ofende o princípio do juiz natural a criação de vara especializada. Legitimidade passiva. Reconhecimento pelo Tribunal de origem. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Depoimento. Delação premiada. Recurso especial não provido. Histórico da demanda [...] Legitimidade passiva 12. Por fim, quanto à alegação de ilicitude dos depoimentos em delação premiada, como bem esclareceram a Corte Regional e o Parquet Federal no seu parecer, “o Pretório Excelso autorizou o compartilhamento do depoimento e provas nos autos do Inquérito 3.842, mediante solicitação do Ministério Público” (fls. 1.003-1.004, grifo acrescentado). 13. Recurso Especial não provido.” (REsp 1.653.591/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 30/06/2017).

No mesmo sentido, recentemente já decidiu o e. Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental. Petição. Colaboração premiada. Pedido de compartilhamento de termos de depoimento. Competência do órgão jurisdicional homologador. Instrução de procedimento deflagrado para apuração de atos de improbidade administrativa. Possibilidade. Insurgência desprovida. 1. **Ainda que remetidos a outros órgãos do Poder Judiciário para as apurações dos fatos declarados, remanesce competência ao juízo homologador do acordo de colaboração premiada a deliberação acerca de pretensões que envolvem o compartilhamento de termos de depoimento prestados pelo colaborador.** 2. É assente na jurisprudência desta Corte a admissibilidade, em procedimentos administrativos, de prova emprestada do processo penal (RE 810.906, Rel. Min. **Roberto Barroso**, julgado em 25.5.2015, DJe de 28.5.2015), assim como já se decidiu pela admissibilidade para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar (INQ-QO 2.725, Rel. Min. **Carlos Britto**, julgado em 25.6.2008, publicado em 26.9.2008, Tribunal Pleno). 3. Havendo delimitação dos fatos, **não se verifica causa impeditiva ao compartilhamento de termos de depoimento requerido pelo Ministério Público estadual com a finalidade de investigar a prática de eventual ato de improbidade administrativa por parte de agente público.** 4. Agravo regimental desprovido. (Pet 7.065 AgR, Segunda Turma, Relator(a): Edson Fachin, Acórdão Eletrônico DJe-037 divulg 19-02-2020 public 20-02-2020).

Aduz o Parquet que o v. acórdão recorrido, ao negar o pedido formulado pela Receita Federal do Brasil, de compartilhamento do acordo celebrado entre o ex ministro da Fazenda e a Polícia Federal, impede o acesso de prova à legítimo exercício de sua função fiscalizatória.

Pois bem. Em resumo, cinge-se a questão em saber se é possível o Ministério Público Federal – na defesa do interesse público da Receita Federal de apurar infrações tributárias – pleitear o compartilhamento de meios de obtenção de provas, em razão da existência de indício de crimes de sonegação praticados pelo ora colaborador.

Da Legitimidade Ativa do Ministério Público Federal para assegurar a titularidade da ação penal e interesse público da autoridade fazendária – alegada violação aos artigos 4º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, artigo 577 do Código de Processo Penal, artigo 178, inciso I c/c o artigo 996 do Código de Processo Civil:

Tenho que é inafastável a legitimidade do Ministério Público Federal para representar a Receita Federal pelo compartilhamento das informações constantes do acordo de delação premiada, indeferido na origem, quando ficar evidenciado o interesse federal na causa, cujo objeto seja a tutela do patrimônio público.

Com efeito: Súmula 99/STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.”

Ilustrativamente, colaciono os seguintes julgados desta e. Corte Superior de Justiça:

Recurso especial. Processual Civil. Ação civil pública. Cheque de baixo valor. Emissão. Tarifa. Cobrança. Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil. Ilegitimidade passiva. Instituições financeiras privadas. Litisconsórcio passivo facultativo. Formação. Possibilidade. Ministério Público Federal. Tutela de interesses nitidamente federais. Legitimidade ativa. Justiça Federal. Competência configurada.

[...]

*6. O Ministério Público Federal tem legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas sempre que ficar evidenciado o **envolvimento de interesses nitidamente federais, assim considerados em virtude dos bens e valores a que se visa tutelar.***

[...]

*9. Recursos especiais de **HSBC, Santander, Bradesco e Itaú-Unibanco** não providos. (REsp 1.573.723/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 13/12/2019, destaquei).*

Processual e Administrativo. Registro de arma de fogo. Legitimidade recursal do Ministério Público Federal. Porte e registro. Membro do Ministério Público Federal. Comprovação de capacidade técnica. Necessidade.

I - É firme o entendimento no âmbito do STJ no sentido de que **o Ministério Público tem legitimidade para recorrer nos processos em que oficiou como custos legis, ainda que se trate de controvérsia relativa a direitos individuais disponíveis e as partes estejam devidamente representadas por advogados.** Enunciado da Súmula n. 99/STJ, art. 499 do Código de Processo Civil de 1973, art. 996 do Código de Processo Civil de 2015. Precedentes do STF e do STJ. Preliminar de ilegitimidade recursal do Parquet afastada.

[...]

III - Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp 1.606.433/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 10/03/2017, destaquei).

E também, a título de exemplo, o seguinte precedente da e. Suprema Corte:

Processo Civil. Ação civil pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Ministério Público Federal. Legitimidade ativa. Caracterização. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o objetivo de evitar lesão ao patrimônio público decorrente de contratação de serviço hospitalar privado sem procedimento licitatório. Agravo regimental desprovido. (RE 244.217 AgR, Primeira Turma, Relator(a): Eros Grau, DJ 25-11-2005 pp-00009 Ement vol-02215-03 pp-00497 RNDJ v. 6, n. 75, 2006, p. 45-46).

Dessa feita, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal a quo em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, in verbis: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.”

Do Interesse Recursal do Ministério Público Federal para atribuir a acordo de colaboração premiada efeitos além do inquérito policial - alegado malferimento aos artigos 4º, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, bem como o artigo 100, § 1º, do Código Penal e artigos 138 e 180 do Código Tributário Nacional:

No que diz respeito à apontada falta de interesse de agir do Parquet Federal, asseverou a ilustre Subprocuradora-Geral da República em seu d. parecer:

A regra é o compartilhamento entre os órgãos de fiscalização na Administração Tributária, por norma constitucional.

Não se pode afastar o interesse processual do Ministério Público Federal em tema que não se poder opor à Receita Federal compartilhamento de Acordo de

Colaboração Premiada, mesmo que haja sido – como na espécie – notificada a Receita conforme do Voto Vencedor – para se manifestar sobre o termos de Acordo.

Como – também, não pode a Receita Federal aquiescer quanto a questões tributárias constantes de Acordo de Colaboração Premiada porquanto no negócio jurídico (Acordo de Colaboração Premiada) não pode ser disposta matéria diversa daquela para o qual previsto (Lei n. 12.850/2013)

Nesse diapasão, há interesse processual da Instituição Ministério Público Federal - na espécie. (fl. 1.890).

*Segundo Silva, Geocarlos: “Anoto-se que nem sempre será possível, em abstrato, definir que o Ministério Público não poderá atuar ou intervir neste ou naquele processo. Apenas a análise do caso concreto e das circunstâncias do processo permitirá essa conclusão. Ou seja, cumpre **investigar os motivos que reclamam a presença do Ministério Público naquele caso específico. Sendo esses motivos relacionados aos interesses públicos primários e/ou sociais, legitima-se a sua presença.**” in. Silva, Geocarlos Augusto Cavalcante da. **Limites da atuação do Ministério Público nos recursos especiais repetitivos.** Revista de Direito Privado. vol. 10. ano 20. p. 221-234. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2019.*

*Logo, não vislumbro a **ilegitimidade ou ausência de interesse recursal do Ministério Público Federal para representar judicialmente a Receita Federal do Brasil contra indeferimento do pleito de compartilhamento da colaboração premiada para instruir procedimento administrativo fiscal.**”*

Ora a questão refere-se tão somente a respeito da legitimidade ativa e do interesse recursal do *Parquet* para representar judicialmente a Receita Federal do Brasil contra indeferimento do pleito de compartilhamento da colaboração premiada para instruir procedimento administrativo fiscal, que, *in casu*, foram devidamente demonstrados, motivo pelo qual foi determinado o retorno dos autos a origem, para que a e. Corte *a quo* julgue como entender de direito.

No que tange à *legitimidade ativa*: o Ministério Público tem legitimidade ativa para recorrer nos processos em que oficiou como *custos legis* e em razão de integrar a estrutura da União, já que nítido prejuízo ao interesse público, na hipótese, relacionado à Fazenda Pública.

Em relação ao *interesse de agir*: o órgão ministerial possui o concreto interesse de agir, haja vista a necessidade de proteção do patrimônio público.

À guisa de exemplos, cito os seguintes precedentes desta e. Corte Superior:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. 1. Execução de astreintes. Superveniência de questão de ordem pública. Perícia em caso bastante semelhante. Pedido de isenção. Matéria estranha ao AREsp. Indevida inovação recursal. Ausência de prequestionamento. 2. Julgamento monocrático. Possibilidade. Arts. 34, VII, e 253 do RISTJ e art. 932 do CPC. Entendimento jurisprudencial indicado. Controle recursal utilizado. 3. Ilegitimidade do Ministério Público. Não verificação. Astreintes fixadas pelo juízo criminal. Necessidade de assegurar interesses públicos envolvidos. Art. 178, I, do CPC, c/c o art. 129, I, da CF. 4. Contrariedade aos arts. 536 e 537 do CPC efetivamente verificada. Fixação de multa cominatória. Existência de rito próprio. Impossibilidade de aplicação de rito diverso. 5. Ofensa a princípios constitucionais. Matéria que deve ser submetida ao STF. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

[...]

3. A fixação das astreintes no processo penal tem o objetivo de assegurar a necessária força imperativa das decisões judiciais, protegendo a eficiência da tutela do processo e dos interesses públicos nele envolvidos. Nessa linha de inteligência, reitero que a legitimidade do Ministério Público encontra amparo no art. 178, inciso I, do Código de Processo Civil, haja vista o interesse público afeto às ações penais públicas, cuja iniciativa lhe é privativa, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Portanto, o interesse na execução das astreintes no processo penal não se limita à consequência patrimonial, mas, primordialmente, à manutenção da higidez do processo penal, ante a necessidade de busca da verdade real.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.320.743/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 12/09/2019).

Agravo regimental em recurso especial. Penal. Estado de Santa Catarina. Honorários advocatícios. Legitimidade recursal caracterizada. Honorários advocatícios. Defensor dativo. Tabela da OAB. Utilização. Ofensa. Princípios e dispositivos constitucionais. Discussão. Via inadequada. Princípio da proporcionalidade. Valor de mercado. Falta de observância. Matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ.

1. O Ministério Público de Santa Catarina é órgão que integra a estrutura do Estado-membro, sendo o responsável, dentre outras funções, pela persecução penal. O Estado, portanto, é parte integrante da ação penal pública, sendo que a atuação do Parquet inclusive vincula a Fazenda Pública.

2. Por não se tratar o Estado de Santa Catarina de terceiro prejudicado, mas de parte que já integra a lide penal, não há necessidade de demonstração do interesse jurídico previsto no art. 499, § 1º, do Código de Processo Civil, para que seja reconhecida a legitimidade do órgão responsável pela defesa da Fazenda Pública catarinense para interpor recurso contra a decisão que fixou honorários advocatícios ao advogado dativo que patrocinou a defesa, desde que restrito apenas à discussão

referente à verba honorária a ser suportada pelo Estado, sem prejuízo da legitimidade do Parquet para também se insurgir quanto ao tema.

[...]

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.541.802/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 15/10/2015).

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. Legitimidade do Ministério Público para recorrer na condição de custos legis. Possibilidade. Prescrição da pretensão executória. Termo inicial.

I - O Ministério Público Federal, atuando na condição de custos legis, tem legitimidade para recorrer, ainda que também o faça o Ministério Público Estadual (ou do Distrito Federal) que atue na condição de parte.

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 217.718/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Min. Felix Fischer, DJe 03/08/2015).

Deve ser mantido, portanto, o *decisum* ora recorrido, pois, de fato, encontra em consonância com o entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal, pelo que a aplicação da *Súmula n. 568/STJ* mostra-se adequada.

Como ressaltado pelo representante do *Parquet* Federal, na contraminuta:

“Ao contrário do que alega o agravante, há, sim, legitimidade e interesse recursal do Ministério Público para recorrer de decisão que indefere pedido de compartilhamento de colaboração premiada formulado pela Receita Federal, a fim de instruir procedimento administrativo fiscal.

*Isso porque, de cotejo dos autos, mostra-se evidente o **interesse federal na tutela do patrimônio público**, o qual deve ser resguardado pelo Parquet, segundo sua **missão constitucional**, não sendo, portanto, o caso de impor empecilhos no exercício de seu mister.*

Outrossim, no exercício da função de fiscal da ordem jurídica, havendo interesse público patente na causa, como ocorre no caso em exame, o Ministério Público tem legitimidade e interesse para recorrer e velar pelos interesses caros à sociedade.” (fl. 1.948).

Desse modo, *nego provimento* ao Agravo Regimental.

É o voto.