



Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 160.901-GO (2010/0016291-1)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Impetrante: Cleber Lopes e outro

Advogado: Cleber Lopes de Oliveira - DF015068

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: J G G P

EMENTA

Processo Penal e Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. Art. 244-A do ECA. Nulidade. *Pas de nullité sans grief*. Violação do sistema acusatório não evidenciada. Absolvição. Atipicidade da conduta. “Cliente eventual” de menor de 18 e maior de 14 anos já inserida na prostituição. Crime anterior à Lei 12.015/2009. Óbice à retroação da lei penal prejudicial ao réu. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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

2. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na espécie.

3. Com a adoção do sistema condenatório pela Constituição Federal, no qual são divididas as funções de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, surge a necessidade de evitar que um magistrado, já previamente inclinado a condenar ou absolver um réu, por conhecer as minúcias de um caso antes mesmo de a lide ter sido submetida a seu julgamento, possa proferir decisão parcial ou contrária à verdade dos fatos, a qual somente será totalmente esclarecida após a

instrução criminal, onde será garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo réu. Porém, não se pode admitir que o julgador permaneça inerte diante de possível perecimento de prova ou da necessidade de produção de elementos de convicção complementares para o melhor esclarecimento dos fatos controversos.

4. No caso, conquanto seja pouco usual, o fato do Magistrado de 1º grau ter estado presente durante a ouvida das ofendidas no inquérito, *de per se*, não inquina o processo-crime de nulidade, máxime por não ter sido comprovado o dano causado à defesa. Importa destacar que o aludido Juiz não participou ativamente do ato, não tendo interrogado a vítima, ao contrário do que leva a crer a impetração, limitando-se a apontar erros ortográficos nos termos das declarações. Tal circunstância, a toda evidência, não denota quebra da imparcialidade do julgador e do dever de manter a equidistância entre as partes.

5. Se a lei processual autoriza, inclusive, que o julgador, quando provocado, decrete medidas cautelares e a produção probatória durante a fase inquisitorial, desde que evidenciada a necessidade e a urgência de tais diligências, sendo, para tanto, impreterível que ele tome conhecimento dos fatos sob apuração antes mesmo da oferta da denúncia, o que não o impede de julgar o eventual processo-crime, nada permite concluir que a sua presença durante a inquirição das vítimas, como mero observador, sem qualquer papel ativo na colheita do depoimento, possa implicar prejuízo à defesa ou favorecimento à acusação. Nesse passo, não se vislumbra ofensa ao sistema acusatório, pois o julgador não presidiu as investigações ou atuou diretamente na colheita das provas, o que não se admite, sob pena de ressuscitar a vetusta figura do juiz inquisidor, modelo rechaçado com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

6. Embora a Constituição Federal tenha estabelecido o princípio da proteção integral do menor (CF, arts. 227, *caput*, *c/c* o 4º), antes do advento da Lei n. 12.015/2009, que introduziu o novel tipo penal do art. 218-B do CP, a conduta do chamado “cliente ocasional” de adolescente maior de 14 anos e menor 18 anos, já submetido a exploração sexual, não era considerada típica, por não se subsumir ao art. 244-A do ECA.

7. O art. 218-B estabeleceu, em seu § 2º, que incorre nas mesmas penas do *caput* “quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo”. *In casu*, porém, percebe-se que as condutas foram perpetradas entre janeiro e abril de 2007, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009. Nesse contexto, não sendo admissível a retroação da lei penal desfavorável ao réu (CF, art. 5º, XL), impõe-se o reconhecimento da atipidade das condutas descritas na peça acusatória quanto ao ora paciente.

8. Conquanto o paciente tenha realizado pelo menos três “programas” com as adolescentes - condutas manifestamente atentatórias à integridade física, psíquica e moral das menores - importa reconhecer, repita-se, que tal comportamento não se adequa ao verbo “submeter” para fins do art. 244-A do ECA, sendo certo que a novel legislação, que derogou tal dispositivo de lei, trazendo maior repressão à prostituição infanto-juvenil e ao chamado “turismo sexual”, somente entrou em vigor anos após os fatos apurados no processo-crime ora em exame.

9. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reconhecer a atipicidade das condutas descritas na peça acusatória e, por consectário, absolver o paciente, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

ACÓRDÃO

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

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de *J. G. G. P.* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma do art. 71 do Código Penal (e-STJ, fls. 37-96).

Da sentença, foi interposta apelação pelo réu, que restou desprovida, sem discrepâncias de votos, nos moldes da seguinte ementa:

Ementa. Apelação criminal. Nulidade. Suspeição. Parcialidade do juiz. Prova ilícita. Inocorrência. Ação pública incondicionada. Prescindibilidade de representação. Poder de investigação do Ministério Público. Exploração sexual. Configuração. Sujeito ativo. Palavras das vítimas. Provas suficientes. Condenação mantida. Confissão espontânea.

1 - O alegado fato de ter o juiz acompanhado diligências realizadas na fase extrajudicial, por si só, não configura qualquer das hipóteses de suspeição tratadas no art. 254, do CPP.

2 - Não se considera ilícita provas obtidas em observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e de acordo com o rito preconizado na lei processual penal.

3 - Segundo inteligência do art. 227, ECA, a ação penal no crime de exploração sexual é de natureza pública incondicionada, logo, processa-se independentemente de representação dos genitores das vítimas.

4 - Ao Ministério Público não é vedado proceder a diligências investigatórias, consoante interpretação sistêmica da CF (art. 129), do CPP (art. 5º) e da Lei Complementar n. 75/93 (art. 8º), sendo-lhe defeso, porém, presidir inquérito policial, o que não é o caso.

5 - No delito previsto no art. 244-A da Lei n. 8.069/90 a conduta típica consiste em submeter, isto é, sujeitar, dominar moralmente criança ou adolescente, levando-a a manter relações sexuais mediante recebimento de vantagens pecuniárias ou de outra natureza.

6 - Pode figurar como sujeito ativo do crime de exploração sexual tanto o agente que alicia criança ou adolescente como o que mantém contato sexual, pois que, agindo dessa maneira, ocasionam graves prejuízos à sua formação moral e psíquica.

7 - As declarações das vítimas, prestadas de forma coerente e equilibrada, associadas a outros elementos jurisdicionalizados, servem de amparo para lastrear a condenação.

8 - Uma vez admitida a autoria do crime e tal confissão tenha servido de substrato para a condenação, impõe-se a redução da pena em razão da referida atenuante.

Apelação improvida (e-STJ, fls. 117-118).

Neste *writ*, o impetrante sustenta que o Juiz Titular da Vara de Niquelândia estava presente durante a ouvida dos réus na fase policial, o que evidencia a nulidade do feito, pois não é lícito ao julgador participar de produção probatória em sede pré-processual e, posteriormente, julgar o processo-crime, sob pena de violação do sistema acusatório.

Por outro, assevera que a conduta descrita na peça acusatória é atípica, pois o ora paciente foi condenado pela prática do crime do art. 244-A do ECA, conquanto não tenha realizado o núcleo do tipo “submeter” adolescente à prostituição ou exploração sexual.

Alega, para tanto, que o verbo “submeter” não pode ter outro significado senão subjugar, impor, ou, ainda, valer-se das vicissitudes da vítima para delas tirar proveito, ainda que não seja financeiro, não sendo possível expandir o seu alcance para açambarcar a conduta de quem, de maneira ocasional, mantém relação sexual com jovem já introduzida na prostituição, inexistindo crime quando de agente se vale de uma situação preexistente.

Pugna, assim, pela concessão da ordem para que o feito seja anulado por ter o julgador participado da investigação ou, ainda, para que seja reconhecida a atipicidade da conduta, absolvendo-se o réu.

Indeferido pleito de liminar (e-STJ, fl. 218), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 254-259).

É o relatório.

VOTO

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

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

Inicialmente, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na espécie.

Com efeito, com a adoção do sistema condenatório pela Constituição Federal, no qual são divididas as funções de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, surge a necessidade de evitar que um magistrado, já previamente inclinado a condenar ou absolver um réu, por conhecer as minúcias de um caso antes mesmo de a lide ter sido submetida a seu julgamento, possa proferir decisão parcial ou contrária à verdade dos fatos, a qual somente será totalmente esclarecida após a instrução criminal, onde será garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo réu. Porém, não se pode admitir que o julgador permaneça inerte diante de possível perecimento de prova ou da necessidade de produção de elementos de convicção complementares para o melhor esclarecimento dos fatos controversos.

No caso, conquanto seja pouco usual, o fato do Magistrado de 1º grau ter estado presente durante ouvida das ofendidas no inquérito, *de per se*, não inquina o processo-crime de nulidade, máxime por não ter sido comprovado o dano causado à defesa. Importa destacar que o aludido Juiz não participou ativamente do ato, não tendo interrogado a vítima, ao contrário do que leva a crer a impetração, limitando-se a apontar erros ortográficos nos termos das declarações. Tal circunstância, a toda evidência, não denota quebra da imparcialidade do julgador e do dever de manter a equidistância entre as partes.

De mais a mais, se a lei processual autoriza, inclusive, que o julgador, quando provocado, decreta medidas cautelares e a produção probatória durante o inquérito, desde que evidenciada a necessidade e a urgência de tais diligências, sendo, para tanto, impreterível que ele tome conhecimento dos fatos sob apuração antes mesmo da oferta da denúncia, o que não o impede de julgar o eventual processo-crime, nada permite concluir que a sua presença durante a inquirição das vítimas, como mero observador, sem qualquer papel ativo na colheita do depoimento, possa implicar prejuízo à defesa ou favorecimento à acusação. Nesse passo, não se vislumbra ofensa ao sistema acusatório, pois o julgador não presidiu as investigações ou atuou diretamente na colheita das provas, o que não se admite, sob pena de ressuscitar a vetusta figura do juiz

inquisidor, modelo rechaçado com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Quanto ao mérito, o Magistrado processante, no bojo do decreto condenatório, reconheceu a materialidade e a autoria delitivas pelos seguintes fundamentos:

2.2.2. Da tipificação constante da denúncia

Aos acusados é imputada a conduta criminosa prevista no artigo 244-A, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

“Art. 244-A - Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.”

Primeiramente, impõe-se discorrer sobre a contextualização dos elementos integrativos da figura criminosa:

Trata-se de crime comum, qualquer pessoa pode ser enquadrada como sujeito ativo do delito. Destarte, qualquer pessoa que submeter a criança ou o adolescente à exploração sexual ou prostituição, inclusive o proprietário, gerente ou responsável por local em que se verificar essa submissão.

A criança e o adolescente são os sujeitos passivos do crime do artigo 244-A e se remete ao caput do artigo 2º do ECA para estabelecer o critério que permite distinguir um do outro. Tal critério está demarcado por faixa etária.

No que tange à criança ou ao adolescente, pouco importa que tenha ou não a iniciação sexual, que tenha ou não capacidade de entender o ato sexual que com ela ou nela se pratique ou que, na exploração sexual, tenha uma intervenção ativa ou meramente passiva.

A criança e o adolescente, em qualquer dessas situações, serão sempre vítimas da conduta típica.

2.2.3. Da materialidade

A materialidade encontra-se devidamente comprovada, pelo laudo pericial de Conjunção Carnal e pelas declarações das vítimas, documentos que não foram impugnados pela defesa.

2.2.4. Da autoria

A autoria dos crimes restou inconteste na fase probatória, pela prova material e testemunhal, além de ter sido confessada pelos primeiros acusados.

2.2.5. Dos fatos e das provas

De acordo com a denúncia “os dezoito primeiros denunciados no período de janeiro a abril de 2007, nesta Cidade, submeteram à prostituição as adolescentes Daiane Cristina Resende Vieira e Rayssa Silva Vasconcelos, que estavam sendo

exploradas pela denunciada Marta Alves Vieira, sendo que alguns dos encontros sexuais se deram em locais pertencentes aos denunciados Gilmar Alves da Silva, Arlindo Bispo de Souza e Silvio Roberto Dias.

Consta dos autos que no dia 24 de abril de 2007, nas proximidades da Praça Silva Júnior, nesta Cidade, a adolescente Daiane Cristina Resende Vieira foi apreendida por estar na rua fora do horário estabelecido pela Portaria 005/05, do Juízo da Infância e a Juventude da Comarca e, ao ser encaminhada ao Conselho Tutela revelou que estava em Niquelândia-GO, acompanhada de outra adolescente, também, com 14 anos de idade para se prostituir, informando os nomes das pessoas que teriam feito programas sexuais com elas. no período acima mencionado.

Segundo a adolescente Daiane Cristina. Resende Vieira denunciados *Iron, José Batista, Neira Matos, Rogério, Alan, Alex, 'João Galinha', Aduino, Walison e Joscelino*, fizeram, cada um, apenas um 'programa' sexual com ela e, com exceção de *Neira Matos e Joscelino*, que se recusaram a pagar pelo ato sexual e *Alan e Alex*, que deram um celular, os demais pagaram entre R\$50,00 e R\$80,00 pelos programas.

Os denunciados *Anderson, José Geraldo Gavazza, Rusley, Gláucio, Revair e Wilson*, fizeram mais de um 'programa' sexual com Daiane, sendo que *Revair* teria fornecido bebida alcoólica e cocaína para a adolescente, em troca dos atos sexuais, enquanto que *Gláucio* se recusou pagar pelos programas e, os demais pagaram de R\$50 a R\$80,00, pelos favores sexuais.

Segundo a adolescente Rayssa Silva Vasconcelos os denunciados *Jurivan, José Batista, Rusley, Alan, Alex, Aduino, Joscelino, Leandro e Neira Matos*, teriam feito, cada um, apenas um 'programa' sexual com ela e, com exceção de *Joscelino e Neira Matos*, que se recusaram pagar, *Leandro* que não pagou e *Alan e Alex* que deram um celular para transar com as duas adolescentes ao mesmo tempo, os demais pagaram entre R\$60,00 e R\$80,00 pelos programas.

Extrai-se dos autos, que as adolescentes estavam sendo exploradas pela denunciada *Marta Alves Vieira*, que é tia de Daiane e, intermediava os encontros sexuais e cobrava dos clientes pelo serviço de agenciar as garotas.

Consta, também, que a maioria dos encontros sexuais se deu no Fênix Motel, de propriedade do denunciado *Arlindo Bispo de Sousa*, que não faz qualquer controle sobre a entrada de adolescentes em seu estabelecimento. O encontro de Daiane com *Neira Matos* ocorreu no Hotel Dias, de propriedade do denunciado *Silvio Roberto Dias*, que teria entregue a chave do quarto ao vereador. Por sua vez, a denunciado *Gilmar Alves da Silva* teria emprestado sua casa para viabilizar o encontro sexual entre a adolescente (Daiane) e o prefeito Ronan Rosa Batista.

Extrai-se aos autos, por fim, que a denunciada *Datila Abadia Evangelista Batista Calaça*, corrompeu e facilitou a corrupção da menor Rayssa, ao manter com ela um relacionamento amoroso, com a prática de atos sexuais e, ao se responsabilizar pela hospedagem dela em dois hotéis desta Cidade." (fls. 05-06) (grifei).

Os acusados *José Geraldo Gavazza Pedroni* e *Rusley Olegário Dias*, ao serem interrogados, admitiram como verdadeira a imputação que lhes é feita.

O denunciado *Anderson da Silva Rocha*, disse ser parcialmente verdadeira a acusação que lhe é feita, sendo que o acusado *Gláucio Almeida Soares* interrogado em Juízo, negou a imputação que lhe é feita.

O acusado *José Geraldo Gavazza Pedroni* afirmou que:

*“É verdadeira a imputação que lhe é feita. (...) Uma semana antes do carnaval as adolescentes estiveram no gabinete do acusado, que é chefe de gabinete do Prefeito, porque queriam conhecê-lo; não permitiu que elas tivessem contato com o Prefeito porque o motivo da presença das adolescentes era fútil, já que queriam somente conhecer o Prefeito, e estes estava em reunião; contudo, forneceu a elas o nome de seu telefone celular (do acusado), a pedido de *Daiane* que queria ligar para marcar um encontro com o Prefeito; tem quase certeza que não comentou com o Prefeito a visita das adolescentes, porque é próprio de sua função filtrar as pessoas que desejam falar com o Prefeito, de acordo com as necessidades; depois do carnaval, *Daiane* telefonou ao acusado, mas se insinuando afim de marcar encontro sexual; aceitou o convite e encontrou-se com as adolescentes no Jardim Atlântico, em frente a 1º estação, localizada em frente a garagem da Prefeitura, por volta de 19:00 horas; não se recorda se no mesmo dia ou no seguinte, saiu com *Daiane*, mas o convite foi presenciado por *Raíssa*; *Daiane* não cobrou e o acusado não pagou nada pelo encontro, que se deu no Motel Fênix; no segunda vez, recebeu convite de *Raíssa*. que também não cobrou nada pelo programa, igualmente ocorrido no Fênix; dias depois foi a outro encontro, onde estavam ambas as adolescentes que se ofereceram para ir juntas ao Motel Fênix com o acusado novamente não cobraram nada; nunca perguntou e os adolescentes nunca falaram a idade; sempre encontrou os adolescentes e elas aparentavam ser maiores de idade, pelo sua compleição físico; também telefonou algumas vezes para fases, adolescentes, se utilizando celular, que era da Prefeitura, que pagava a conta; ligava para os adolescentes não só por fazer programas,*

[...]

Com base nas declarações dos acusados e documentos juntados nestes autos, o *Ministério Público do Estado de Goiás* propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em face de *Ronan Rosa Batista*, atual Prefeito Municipal de Niquelândia, *Neira Matos Ribeiro de Araújo*, Vereador, *Rusley Olegário Dias*, ex-Secretário Municipal de Agricultura, *Anderson da Silva Rocha*, motorista do Prefeito, *José Geraldo Gavazza Pedroni*, ex-Chefe de Gabinete da Prefeitura de Niquelândia, e *Gláucio Almeida Soares*, ex-Secretário Municipal da Indústria e Comércio, Autos n. 200704397832, em trâmite nesta Comarca.

Segundo o representante do Ministério Público, “Na audiência de interrogatório, da ação penal ajuizada para apurar a participação dos réus, com exceção do Prefeito *Ronan* que tem foro privilegiado, na prática de crime previsto no art. 244-A, do Estatuto de Criança e Adolescente, eles revelaram que utilizavam

os telefones pagos pelo Município de Niquelândia, que ficavam à disposição de cada um deles, para manter contato com as adolescentes e agendar os programas sexuais.

Diante de tal situação, foi requerido pelo Ministério Público e deferido pelo Juízo criminal a extração cópia dos autos da ação penal para apuração de eventual prática de ato de improbidade administrativa.

Também foi afirmado na peça de ingresso que 'Instaurado procedimento administrativo para apurar os fatos narrados na ação penal, constatou-se que os réus mantiveram, aproximadamente, 270 contatos telefônicos com as adolescentes (Ronan Rosa Batista, 20 contatos; Neira Matos Ribeiro de Araújo, 61 contatos; Rusley Olegário Dias, 80 contatos; Anderson da Silva Rocha, 47 contatos; José Geraldo Gavazza Pedroni, 36 contatos e Gláucio Almeida Soares, 26 contatos), no período de fevereiro a abril de 2007. devendo se destacado que quase a totalidade das ligações foi o Município que arcou com as despesas porque até as chamadas feitas pelas adolescentes eram a cobrar.'

[...]

No caso *sub judice*, todavia, a palavra dos acusados é desmentida pela versão das vítimas e das testemunhas, que não deixam dúvidas quanto à perpetração do crime e de sua autoria, porquanto evidentes nos autos:

Vítima Daiane Cristina Resende Vieira:

'... esclarece que Geraldo Gavaza, Chefe de Gabinete do prefeito, que também fez programa com Rayssa, pagava entre R\$100,00 e R\$150,00 por programa com a declarante: Geraldo fez pelo menos 3 (três) programas com a declarante e 5 (cinco) com Rayssa e outros 2 (dois) com as duas ao mesmo tempo, sendo que nesses dois pedia para que a declarante e Rayssa namorassem como lésbicas para que ele pudesse assistir e se masturbando esclarece que nestes dois programas com as duas amigas, Geraldo pagou cerca de R\$170,00 para cada e os programas foram feitos no Motel Fênix

Com efeito, embora a Constituição Federal tenha estabelecido o princípio da proteção integral do menor (CF, arts. 227, *caput*, c/c o 4º), antes do advento da Lei n. 12.015/2009, que introduziu o novel tipo penal do art. 218-B do CP, a conduta do chamado "cliente ocasional" de adolescente maior de 14 anos e menor 18 anos, já submetido a exploração sexual, não era considerada típica, por não se subsumir ao art. 244-A do ECA.

A fim de corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Exploração sexual de adolescente. Prostituição. Cliente ocasional. Atipicidade da conduta. Inteligência do art. 244-A do ECA. Precedentes.

I - É entendimento consolidado nesta eg. Corte que a conduta praticada pelo cliente ocasional não configura o tipo penal do art. 244-A do ECA.

II - No caso dos autos, ainda que a referida conduta possa, em tese, caracterizar a figura típica do art. 218-B, § 2º, I, do CP (favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável), é importante destacar que os fatos aqui descritos ocorreram em 2005, antes do advento da Lei n. 12.015/2009, que introduziu a mencionada figura típica ao Código Penal.

Agravo regimental desprovido

(AgRg no REsp 1.334.507/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 24/02/2015, grifou-se).

Recurso especial. Penal. Art. 244-A da Lei n. 8.069/90. Exploração sexual de adolescentes. Cliente ocasional. Núcleo do tipo não caracterizado. Princípio da legalidade. Recurso improvido.

1. Para a configuração do delito de exploração sexual de criança e de adolescente, previsto no art. 244-A do ECA, exige o tipo penal a submissão da vítima à prostituição ou exploração sexual, nesse limite se compreendendo necessária relação de poder sobre a adolescente, na família, empresa ou mediante ameaça por qualquer modo realizada.

2. *Esta Corte Superior possui compreensão de que o crime previsto no art. 244-A do ECA não abrange a figura do cliente ocasional, diante da ausência de exploração sexual nos termos da definição legal. Precedentes.*

3. Inobstante o relevante critério de proteção ao adolescente, dominante na formação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da legalidade não permite ampliar a compreensão da elementar submissão (com necessário poder sobre outrem) para abranger a conduta ocasional e consentida.

4. Recurso improvido

(REsp 1.361.521/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 5/6/2014, DJe 13/6/2014, grifou-se).

Habeas corpus substitutivo de revisão criminal. Racionalização da utilização do remédio heróico. Art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. Cliente ocasional. Atipicidade formal da conduta. Fato anterior à edição da Lei 12.015/2009. Irretroatividade da lei mais severa.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. De acordo com a jurisprudência desta Casa, o trancamento da ação penal, por meio do *habeas corpus*, é medida de exceção, sendo cabível, tão somente, quando, de forma inequívoca, emergirem dos autos a atipicidade da conduta, a inocência do acusado ou, ainda, quando for impedida a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa.

3. Na espécie, consoante se depreende dos termos da inicial acusatória, em meados do ano de 2008, E. L. de O. procurou a vítima, com 14 (quatorze) anos de idade, para que, mediante pagamento em dinheiro, mantivesse relações sexuais com o paciente. Segundo o denunciante, E. L. de O. por várias vezes manteve contato com a ofendida para que ela fizesse programas sexuais com homens da cidade. Em um desses contatos, a vítima aceitou sair com o paciente, oportunidade em que mantiveram relações sexuais, mediante o pagamento de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

4. *Considerando a proibição de analogia ou de interpretação extensiva em prejuízo do réu, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, somente foi elencado como sujeito ativo do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente o agente que efetivamente sujeita a criança ou adolescente à prostituição, sendo necessária a descrição, na denúncia, de uma conduta que, por meio do emprego de mecanismos de pressão, leve a criança ou adolescente à prostituição. Além disso, os conceitos de prostituição ou de exploração sexual não se coadunam com a ideia de fato isolado, mas sim com a concepção de comportamento que se projeta ou reitera no tempo. Precedentes.*

5. *O art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente não compreende a conduta de manter relação sexual ocasional com adolescente subjugada, por outrem, à exploração sexual.*

6. A conduta imputada ao paciente teria ocorrido em 2008, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009. Desse modo, o diploma normativo referido não pode retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua edição, pois mais gravoso, considerando que disciplinou de modo mais severo a exploração sexual de crianças e adolescentes. Precedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar, relativamente ao paciente P. C. J. da S, a extinção da Ação Penal n. 200804656813, ante a patente atipicidade formal da conduta imputada.

(HC 347.895/GO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2016, DJe 21/9/2016, grifou-se).



Por certo, o art. 218-B estabeleceu, em seu § 2º, que incorre nas mesmas penas do *caput* “quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo”. *In casu*, porém, percebe-se que as condutas foram

perpetradas entre janeiro e abril de 20007, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009. Nesse contexto, não sendo admissível a retroação da lei penal desfavorável ao réu (CF, art. 5º, XL), impõe-se o reconhecimento da atipidade das condutas descritas na peça acusatória quanto ao ora paciente.

Conquanto o paciente tenha realizado pelo menos três “programas” com as adolescentes - condutas manifestamente atentatórias à integridade física, psíquica e moral das menores - importa reconhecer, repita-se, que tal comportamento não se adequa ao verbo “submeter” para fins do art. 244-A do ECA, sendo certo que a novel legislação, que derogou tal dispositivo de lei, trazendo maior repressão à prostituição infanto-juvenil e ao chamado “turismo sexual”, somente entrou em vigor anos após os fatos apurados no processo-crime ora em exame.

Ante o exposto, *não conheço* do *writ*, mas *concedo* a ordem, de ofício, para reconhecer a atipicidade das condutas descritas na peça acusatória e, por consectário, absolver o paciente, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 427.498-SP (2017/0314934-6)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outro

Advogados: Alberto Zacharias Toron - SP065371

Renato Marques Martins - SP145976

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Sabino da Silva

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Falta de degravação dos depoimentos das testemunhas no plenário do Júri. Supressão de instância. Alegação em embargos de declaração.

Preclusão. Nulidade não reconhecida. Inexistência de obrigatoriedade na degravação. Ausência de prejuízo. *Writ* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. O Tribunal de origem não foi tempestivamente instado a pronunciar-se sobre a nulidade em comento, o que impede a manifestação desta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

3. A arguição de tal tese apenas em sede de Embargos de Declaração não supre a ausência de arguição no recurso de apelação, ocorrendo, assim, inovação em sede de declaratórios e preclusão da matéria, nos termos do art. 571, inciso VII, do Código de Processo Penal – CPP.

4. “3. Se feita a degravação, a transcrição do registro, por óbvio, constará dos autos. Em outras palavras, é inexigível a transcrição dos depoimentos e do interrogatório colhidos no plenário do Tribunal do Júri. 4. A degravação da audiência de instrução e julgamento, em meio magnético ou audiovisual, só se justifica em casos excepcionais e devidamente comprovada a sua necessidade”. (AgRg no AREsp 714.484/MT, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, DJe 19/5/2016)

5. A orientação é de que a decretação de nulidade processual, na esteira do art. 563 do Código de Processo Penal, absoluta ou relativa, depende da demonstração do efetivo prejuízo para a acusação ou para a defesa. Aplicação na esfera processual do princípio do *pas de nullité sans grief*. Desse ônus, não se desincumbiu o impetrante, pois as mídias contendo a gravação dos depoimentos acompanharam o recurso de apelação, estando disponíveis para a análise em segunda instância e, na medida do que julgou necessário, o advogado subscritor das razões de apelação transcreveu os depoimentos que suportavam a tese defensiva.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 06 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 16.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Sabino da Silva*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 9000001-65.1996.826.0002).

O paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, inciso IV, *c/c* art. 29, *caput*, ambos do Código Penal – CP (homicídio qualificado), à pena de 12 anos de reclusão em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado, *in verbis*:

Apelação buscando a reforma de sentença condenatória pela prática de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, inc. IV). Arguição de nulidade de quesito. Não descrição detalhada do que consistiu a qualificadora. Rejeição. Recurso que dificultou a defesa da vítima, bem delineado nos autos. Alegação de que a decisão dos jurados teria sido manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Prova da materialidade e autoria do crime. Soberania da decisão do Conselho de Sentença. Impossibilidade do afastamento da qualificadora. Recurso não provido (fl. 103).

No presente *mandamus*, alega nulidade dos depoimentos prestados por ocasião da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, colhidos por meio audiovisual e não transcritos integralmente conforme dicção do art. 475 do Código de Processo Penal – CPP.

Assevera que o acórdão de apelação não se manifestou acerca da necessidade de degravação dos depoimentos ou sobre o teor dos testemunhos de defesa, acarretando prejuízo em virtude da impossibilidade de o Tribunal *a quo* verificar a ausência de correlação entre a decisão dos jurados e a prova produzida em plenário.

Sustenta que o paciente era alvo de ameaças proferidas pela vítima, razão pela qual os fatos decorreram de legítima defesa putativa. Pondera que os depoimentos prestados por testemunhas são uníssonos e corroboram as ameaças sofridas pelo paciente.

Aduz não haver preclusão da matéria, uma vez que a defesa fez constar das razões de apelo a dificuldade de produzir o recurso por ausência da degravação dos testemunhos. Salienta que por se tratar de nulidade absoluta, a tese pode ser arguida a qualquer tempo.

Requer, assim, em liminar, a suspensão da decisão que determinou a execução provisória da pena. No mérito, pleiteia a nulidade do feito desde o julgamento da apelação para que o Tribunal estadual promova a degravação dos depoimentos.

Liminar indeferida às fls. 180/182.

Informações prestadas às fls. 188/213.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, conforme parecer de fls. 220/223.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, a irresignação da defesa diz respeito à ausência de transcrição dos depoimentos das testemunhas no plenário do Tribunal do Júri. Contudo, da atenta leitura do acórdão impugnado (fls. 102/111), bem como das razões de apelação (fls. 29/73), verifica-se que o Tribunal de origem não foi

instado a pronunciar-se sobre referida tese, o que impede a manifestação desta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Destaque-se ainda, que a arguição de tal tese apenas em sede de Embargos de Declaração não supre a ausência de arguição no recurso de apelação, ocorrendo, assim, a preclusão da matéria, nos termos do art. 571, inciso VII, do Código de Processo Penal – CPP.

Nesse sentido:

Processo Penal e Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada. Omissão do acórdão proferido no julgamento do apelo defensivo não evidenciada. Embargos de declaração não conhecidos. Hipótese do art. 619 do Código de Processo Penal não caracterizada. Ausência de nulidade a ser sanada. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa. O idônea. Sentença condenatória transitada em julgado. Pleito de suspensão da execução provisória da pena restritiva de direitos superado. *Writ* não conhecido.

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

2. No caso, em que pesem os esforços da impetrante, verifica-se que o pleito de conversão da pena corporal em uma restritiva de direitos e multa não foi ventilado no bojo do apelo defensivo, sendo que, nos termos do reconhecido nas razões do *writ*, tal matéria foi aventada apenas em sede de embargos de declaração, que não mereceram conhecimento. Logo, não tendo o Tribunal *a quo* exercido cognição sobre o tema, forçoso reconhecer a impossibilidade de sua apreciação direta do pedido defensivo por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. A teor do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição ou ambiguidade existentes no julgado, o que não se vislumbra na hipótese sob exame.

4. Embora a impetrante afirme ter manejado embargos de declaração com intuito de sanar suposto vício indireto no julgamento do apelo, buscou, de fato, reparar omissão evidenciada nas razões recursais por ela apresentadas. Ora, ainda que seja possível ao julgador, de ofício, se manifestar sobre tema não deduzido pela defesa, caso evidenciada flagrante ilegalidade no julgamento, o seu silêncio não caracteriza vício e, portanto, não há se falar em omissão no julgado a justificar a concessão de ordem, de ofício, com a finalidade de determinar o exame do pleito deduzido nos aclaratórios pela Corte de origem.

5. No tocante à conveniência da substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos ou por uma restritiva de direitos e multa, a escolha dentre as opções traçadas pelo legislador enquadram-se na discricionariedade regrada do julgador, motivo pelo qual não se vislumbra qualquer ilegalidade a ser sanada na via do *writ*. Precedentes.

6. Com o advento do trânsito em julgado da condenação, após o julgamento dos aclaratórios, não há se falar em suspensão da execução provisória da pena restritiva de direitos.

7. *Writ* não conhecido (HC 403.346/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/11/2017)

Ademais, a orientação da Jurisprudência desta Corte Superior é no sentido da dispensabilidade das transcrições dos depoimentos em plenário, sendo necessário tal procedimento apenas em casos específicos em que as circunstâncias do caso justificam a demora na tramitação processual.

Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Processo Penal. Tribunal do Júri. Segunda fase. Degravação da audiência. Desnecessidade. Art. 475, parágrafo único do CPP. Art. 405, §§ 1º e 2º do CPP. Celeridade processual. Necessidade não demonstrada. Inexistência de prejuízo. Agravo regimental não provido.

1. A celeridade processual trazida pelas Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008 não pode ser esquecida, sob pena de se vulnerar o direito fundamental à razoável duração do processo.

2. *O parágrafo único do art. 475 do CPP tem a mesma redação do § 1º do art. 405 do CPP que, em seu § 2º, reza: “No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição”. Este dispositivo legal, embora não se refira ao procedimento do Júri, serve de norte à interpretação do parágrafo único do art. 475 do CPP.*

3. *Se feita a degravação, a transcrição do registro, por óbvio, constará dos autos. Em outras palavras, é inexigível a transcrição dos depoimentos e do interrogatório colhidos no plenário do Tribunal do Júri.*

4. *A degravação da audiência de instrução e julgamento, em meio magnético ou audiovisual, só se justifica em casos excepcionais e devidamente comprovada a sua necessidade.*

5. Para ser declarada a nulidade do art. 475 do Código de Processo Penal, deve haver a demonstração inequívoca do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de convalidação.

6. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 714.484/MT, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 19/05/2016)

Por fim, o impetrante não logrou demonstrar a existência de prejuízo à defesa, requisito necessário ao reconhecimento das nulidades, ainda que ditas absolutas.

Afirma o impetrante que o prejuízo existente consiste na impossibilidade de, sem a transcrição, o Tribunal de origem reconhecer a tese de julgamento contrário à prova dos autos.

Em que pese o esforço argumentativo, o prejuízo não se constata. Isso porque as mídias contendo a gravação dos depoimentos acompanharam o recurso de apelação, estando disponíveis para a análise em segunda instância e, na medida do que julgou necessário, o advogado subscritor das razões de apelação transcreveu os depoimentos que suportavam a tese defensiva.

Assim, não há falar em nulidade absoluta por ausência de prejuízo à defesa. Nesse sentido:

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Latrocínio na forma tentada. Alegação de nulidade por violação do devido processo legal e da ampla defesa. Diligências indeferidas. Vítima não ouvida. Condenação com base exclusiva em inquérito policial. Princípios preservados. Ausência de prejuízo. *Writ* não conhecido.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.

2. O fato de a desistência da ouvida da vítima ter ocorrido apenas por parte do Ministério Público e não da defesa configura hipótese de nulidade relativa, que deve ser argüida em momento oportuno, concomitantemente com a demonstração do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de convalidação do ato pela preclusão.

3. O livre convencimento do juiz pode decorrer das informações colhidas durante o inquérito policial, nas hipóteses que complementam provas que passaram pelo crivo do contraditório na fase judicial, como ocorreu no caso em questão.

4. O juiz é o destinatário final da prova, portanto, pode indeferir requerimento que julgue ser protelatório.

5. *Nos termos do pacífico entendimento desta Corte Superior, o Processo Penal é regido pelo princípio do pas de nullité sans grief e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563).*

6. *Habeas corpus* não conhecido (HC 339.938/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 16/02/2018).

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Estupro. Nulidade do relatório de avaliação psicológica. Prejuízo não demonstrado. Condenação fundamentada em outros elementos de prova. Pedido de adiamento da sessão de julgamento analisado posteriormente ao ato. Nulidade. Inocorrência. Prisão após exaurimento dos recursos ordinários. Possibilidade. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. A orientação é de que a decretação de nulidade processual, na esteira do art. 563 do Código de Processo Penal, absoluta ou relativa, depende da demonstração do efetivo prejuízo para a acusação ou para a defesa. Aplicação na esfera processual do princípio do *pas de nullité sans grief*. Desse ônus, não se desincumbiu o impetrante.

3. A defesa teve acesso ao relatório psicológico da vítima e teve a oportunidade de contraditá-lo. Além disso, a condenação está fundamentada em outros elementos de prova colhidos em juízo.

4. “Para que haja o adiamento da sessão de julgamento, é necessário que o pedido seja realizado em tempo hábil para sua apreciação e que haja a efetiva demonstração da plausibilidade dos motivos que ensejaram o pedido, o que não ocorreu no presente caso (Precedentes do STF e do STJ)” (REsp 758.756/PB, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/12/2005, DJ 20/03/2006, p. 344).

Advogado, sem procuração nos autos, formulou pedido de adiamento da sessão de julgamento na véspera, sem demonstrar a plausibilidade dos motivos, limitando-se a informar que o patrono do paciente não poderia comparecer ao julgamento, porquanto reside em comarca diversa.

5. Este Tribunal Superior, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a possibilidade de cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo.

Habeas corpus não conhecido (HC 365.001/MT, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 02/05/2018).

Habeas corpus. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Vítimas menores de 14 anos. Violência presumida. Ofensa ao princípio da correlação. Não ocorrência. Art. 383 do CPP. Continuidade delitiva entre as condutas perpetradas contra as vítimas. Não incidência do instituto. Teoria mista. Ausência de liame subjetivo.

1. Tendo a denúncia descrito situação na qual o réu, mediante violência presumida cometeu atos que caracterizam delitos sexuais contra duas vítimas menores de 14 anos, a alteração da capitulação jurídica pelo Magistrado sentenciante - aplicação do princípio da ultratividade da lei penal mais benéfica -, do tipo penal previsto no art. 217-A (Lei n. 12.015/2009) para aqueles previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, não ofende o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, uma vez que não trouxe nenhum prejuízo à defesa do réu.

2. *A declaração de nulidade de ato processual, seja ela absoluta ou relativa, exige a demonstração do efetivo prejuízo suportado pela parte. Destarte, alcançada a finalidade do ato, torna-se insuficiente a mera alegação do não cumprimento de alguma formalidade legal.*

3. Ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou esta Corte a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito -, quanto o de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior (REsp n. 1.196.358/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 12/6/2015).

4. Sem adentrar no exame dos requisitos objetivos, que demandaria incursão mais detalhada no conjunto fático-probatório dos autos, inapropriado na via eleita, afasta-se o pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto, da narrativa dos fatos - incontroversos nos autos -, não se verifica a existência de liame subjetivo entre as condutas praticadas contra as vítimas I C A R (filha do acusado) e T dos S M.

5. Ordem denegada (HC 353.978/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 21/05/2018)

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço da presente impetração.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 430.387-RJ (2017/0331552-2)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Marcio Delambert Miranda Ferreira

Advogado: Márcio Delambert Miranda Ferreira - RJ106809

Advogada: Fernanda Carvalho Louzada - RJ153352

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Edson Albertassi (Preso)

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Organização criminosa e lavagem de dinheiro. Prisão preventiva. Deputado estadual. Assembléia Legislativa. Imunidade formal. Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de descumprimento de preceito constitucional. Supremo Tribunal Federal. Usurpação de competência. Nulidade. Inexistência. Manifestação da defesa na sessão de julgamento. Inviabilidade. Prisão cautelar. Alegação de inidoneidade da fundamentação do decreto prisional. Segregação cautelar fundamentada na garantia da ordem pública e na instrução processual. Medidas cautelares diversas da prisão. Inviabilidade. Excesso de prazo. Inexistência. *Habeas corpus* parcialmente conhecido. Ordem denegada.

I - Os argumentos invocados pelo impetrante, para fazer valer a tese de ausência de autorização da Casa Legislativa, guardam estreita relação com a questão afeta à simetria inserta no art. 53, § 2º, da Constituição da República, à constitucionalidade do art. 102, § 1º da Constituição Estadual, bem como da Resolução editada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *In casu*, ocorre que tais dispositivos se encontram afetos a julgamento pelo c. Supremo Tribunal Federal, Órgão do Poder Judiciário que recebeu da Constituição da República a competência para apreciar questões relacionadas à constitucionalidade, bem assim eventual descumprimento de preceito fundamental (art. 102, I, “a” e III, § 1º, ambos da CF/88).

II - Embora o *habeas corpus* ostente natureza jurídica de ação constitucional, vocacionada à tutela da liberdade de locomoção, para que seja possível apreciar a tutela requerida, o impetrante deve demonstrar que a violência decorre de ilegalidade ou abuso de poder.

III - Tais requisitos – ilegalidade ou abuso de poder –, configuradores do interesse de agir para impetração do *writ*, nesse

particular, integram o objeto, tanto da ADI 5.824, quanto da ADPF 497 MC/RJ. Por esta razão, não vislumbro como possa esta Corte Superior, ao arrepio da competência do Supremo Tribunal Federal, dizer se tais atos encontram ou não amparo no ordenamento jurídico.

IV - A análise dos argumentos suscitados pelo Impetrante, nesse tópico, esbarra na necessária aferição da constitucionalidade dos atos que envolveram o decreto e a manutenção da prisão preventiva do paciente, tema que já se encontra judicializado no âmbito da e. Corte Suprema. Nesse contexto, não cabe a esta Casa adentrar no mérito *desses fundamentos*, sob pena de se incorrer em indevida usurpação de competência, devendo-se prosseguir, todavia, na apreciação dos demais pontos aventados na irrisignação.

V - Esta Corte firmou orientação no sentido de que a prévia intimação da parte contrária, disposta no § 3º do art. 282 do Código de Processo Penal tem aplicação restrita às medidas cautelares diversas da prisão. Precedentes.

VI - As decisões do eg. Tribunal de origem, que apreciaram a prisão do paciente, encontram-se devidamente fundamentadas, com descrição concreta de atos que teriam sido por ele efetuados, demonstrando satisfatoriamente os requisitos para a manutenção da segregação cautelar, como o risco à ordem pública e à instrução criminal.

VII - A gravidade concreta dos delitos justifica a prisão e a impossibilidade de sua substituição por outra medida cautelar prevista no art. 319 do CPP.

VIII - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais, *quanto mais ao se levar em consideração o fato de terem sido denunciados 19 (dezenove) acusados, com a imputação de diversos crimes e extenso número de testemunhas, aliado à premissa de já se ter iniciado a instrução processual, com o início da oitiva dos testigos arrolados pelo Ministério Público Federal, em 21/05/2018.* (Precedentes do STF e do STJ).

Habeas corpus parcialmente conhecido e nessa extensão denegada a ordem.

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 parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem.

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

Sustentou oralmente: Dr. Márcio Delambert Miranda Ferreira (p/pacte)

Brasília (DF), 26 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 1º.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Edson Albertassi**, contra v. decisão do eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos da medida cautelar n. 0100524-17.2017.4.02.0000, vinculada ao processo principal n. 0100523-32.2017.4.02.0000.

Vê-se do procedimento que o paciente foi denunciado, pelo Ministério Público Federal (*Núcleo Criminal de Corrupção da Procuradoria Regional da República da 2ª Região*), dentre os 9 (nove) fatos descritos na denúncia, *pelos delitos de Corrupção Passiva qualificada, artigo 317, § 1º, por diversas vezes, na forma do artigo 71 do Código Penal (6º Fato); além do delito inserto no artigo 1º e 2º, §§ 3º e 4º, da Lei 12.850/13 (fl. 491), em razão de constituir com os demais acusados, uma Organização Criminosa para prática de crimes, sobretudo de corrupção ativa e passiva, assim como de lavagem de dinheiro (9º Fato).*

O paciente (*Edson Albertassi*) foi preso preventivamente em 16/11/2017, por ordem da 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, juntamente com os acusados, e também parlamentares, *Jorge Sayed Picciani e Paulo Cesar de Melo Sá, sob os fundamentos de garantia à ordem pública e conveniência da instrução criminal (fls. 33-60).*

Diante da revogação da prisão preventiva efetivada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a segregação foi reestabelecida pela e. Corte *a quo*, por meio da mencionada 1ª Seção Especializada, em 21/11/2017,

com o conseqüente afastamento das funções exercidas pelo paciente junto à Casa Legislativa (fl. 293).

Foi então postulada a revogação da custódia, ou substituição por medidas cautelares diversas, perante o c. Tribunal de origem, sendo indeferido o pedido em razão da inexistência de alteração do quadro fático que motivou o decreto prisional (fls. 520-521).

Daí o presente *writ*, no qual sustenta o Impetrante a ilegalidade da prisão cautelar, aduzindo, em síntese: (a) a ausência de autorização da Casa Legislativa – artigo 53, § 2º; 32 § 3º e 27 § 1º, todos da Carta da República; (b) a Violação ao princípio da ampla defesa – afronta ao artigo 282, § 3º, do CPP; (c) a ausência de situação flagrancial; (d) a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva – decisão genérica e superveniente oferecimento da denúncia; (e) a existência de outras medidas cautelares que resguardam a produção de provas e que são menos gravosas e invasivas do que a prisão, nos termos em que reza o art. 319 do Código de Processo Penal. *Posteriormente*, às fls. 1.061-1.075 e 1.252-1.281, foi postulada a reconsideração da decisão que decretou a custódia, sob o argumento de excesso de prazo.

Por fim, requer a concessão da ordem, *para que seja revogada a prisão preventiva imposta ao Paciente ou, alternativamente, a substituição da custódia por medidas cautelares diversas do cárcere.*

Às fls. 541-543, foi indeferido o pedido liminar, frente à ausência de indícios para a configuração do *fumus boni iuris*, tal qual o pedido de reconsideração, quando foi então afastado o excesso de prazo, em razão de se tratar de feito complexo, abarcando diversos fatos e acusados (fls. 1.078-1.082).

Às fls. 552-1.015, foram prestadas as devidas informações.

Às fls. 1.016-1.055, sobressai ofício do c. Supremo Tribunal Federal, no qual, ademais de solicitar informações em relação ao presente *mandamus*, comunica o indeferimento (decisão monocrática em sede de plantão judiciário), pela e. Min. Carmen Lúcia, da medida de urgência postulada naquela e. Corte Suprema, cuja ementa a seguir transcrevo:

Habeas corpus. Constitucional. Indeferimento de medida liminar no Superior Tribunal de Justiça: Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal. Inexistência de flagrante ilegalidade ou teratologia para flexibilização do verbete. Medida liminar indeferida. Informações. Vista à Procuradora-Geral da República (STF - HC - 152.012 MC/RJ - fl. 1.038).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal postulou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, ou, alternativamente, pela denegação da ordem, em parecer com a seguinte ementa:

Habeas corpus. Operação “Cadeia Velha”. Deputado estadual denunciado pela prática dos crimes de corrupção passiva qualificada e pertinência a organização criminosa. Delito permanente. Consumação prolongada no tempo. Complexo esquema de corrupção e desvio de recursos no âmbito do Governo do Estado do Rio de Janeiro. Prisão preventiva do parlamentar decretada pelo TRF/2ª região. Alegação de afronta ao princípio da ampla defesa por não terem os defensores sido intimados da sessão extraordinária em questão de ordem, pela qual o TRF2 decretou a custódia cautelar. Inaplicabilidade do artigo 282, § 3º, do CPP, à prisão preventiva. Possibilidade de decretação pelo juiz sem a oitiva do defensor do detido. Urgência da medida que dispensa o contraditório prévio. Alegação de nulidade da prisão por não terem sido observadas as imunidades formais previstas no artigo 53, § 2º, da Constituição Federal. Ausência de simetria entre deputados federais e estaduais. Matéria pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Situação de excepcional gravidade que confere legitimidade à medida constritiva. Evidente risco para a ordem pública. Fundamentação idônea. Complexidade e organização do esquema criminoso. Elevados poder econômico e grau de infiltração em setores sensíveis do Estado. Fundado receio de reiteração criminosa. Indevida utilização do mandato eletivo para finalidades ilícitas. Insuficiência das medidas cautelares mais brandas. Inexistência de constrangimento ilegal que possa vir a ser remediado. Parecer pelo não conhecimento do writ e, no mérito, pela denegação da ordem (fl. 1.134).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Trata-se de *habeas corpus* interposto por **Edson Albertassi**, alegando a existência de constrangimento ilegal, decorrente da decretação de sua prisão preventiva em *descompasso com os pressupostos e fundamentos exigidos pelo ordenamento jurídico*.

Preliminarmente, antes de se adentrar na hipótese de eventual subsunção dos fatos ao que predispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, faz-se necessário, até mesmo pela presença de uma espécie de prejudicialidade positiva, avaliar, *no caso concreto*, a incidência da *imunidade parlamentar formal*, inserta no artigo 53, § 2º da Constituição da República.

Aponta o impetrante ilegalidade no segundo decreto prisional, sustentando que foi executado antes mesmo de uma reanálise e autorização da Assembléia

Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a qual, por sua vez, não manteve, em um primeiro momento, a prisão preventiva decretada pelo e. Tribunal de origem, colocando o paciente, e os demais acusados, todos parlamentares, em liberdade (fl. 7).

No ponto, muito embora a sensibilidade da matéria apresentada, tenho que não se faz possível, *no presente caso*, a incursão na discussão referente à possibilidade, ou não, da custódia preventiva quando se tem como representados membros do Parlamento estadual.

Insta consignar, para tanto, que foi ajuizada, junto ao c. Supremo Tribunal Federal, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a ADI n. 5.824, na qual se postula a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 2º ao 5º do art. 102 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 53, de 26 de junho de 2012, e, por arrastamento, a Resolução n. 495 de 2017 da respectiva Assembléia Legislativa (que revogou a prisão do paciente e dos demais parlamentares acusados, então decretada pela c. Corte *a quo*, determinando o imediato retorno às respectivas funções), oportunidade em que, em consulta ao sistema informatizado do c. Pretório Excelso, destaco trechos do relatório extraído do voto do e. Relator, Min. Edson Fachin:

“Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

‘Art. 102. Os Deputados são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

[...]

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros da Assembleia Legislativa não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Assembleia Legislativa, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Tribunal de Justiça dará ciência à Assembleia Legislativa, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Assembleia Legislativa no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.’

Resolução da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro:

Art. 1º Esta Resolução dispõe, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição Federal, 102, § 2º, da Constituição Estadual e, especialmente, o decidido pelo egrégio plenário do colendo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.526-DF, sobre a revogação de prisão de parlamentares e retorno ao pleno exercício de seus mandatos parlamentares.

Art. 2º Ficam revogadas as prisões cautelares, preventivas e provisórias dos Excelentíssimos Senhores Deputados Jorge Picciani, Paulo Melo e Edson Albertassi, decretadas pela 1ª Seção Especializada do TRF2, na Sessão de 16 de novembro de 2017.

Art. 3º Fica determinado o pleno retorno aos respectivos mandatos parlamentares, com todos os seus consectários, dos Excelentíssimos Senhores Deputados JORGE PICCLANI, PAULO MELO e EDSON ALBERTASSI.

*Art. 4º Esta Resolução entre em vigor na data de sua publicação (fls. 02/03)'.
[...]*

Sustenta, em síntese, que esses dispositivos são inconstitucionais, porque violam o princípio republicano e a separação de poderes, nos termos dos arts. 1º e 2º da Constituição Federal.

Alega que o constituinte estadual não poderia conceder aos deputados estaduais as mesmas imunidades formais que foram conferidas aos deputados federais e senadores.

Afirma não desconhecer o teor no art. 27, § 1º, da CRFB e dos precedentes firmados por este Tribunal, no sentido de que seriam aplicáveis aos membros do poder legislativo estadual as mesmas regras dos federais. Defende, porém, que motivo que justifica a aplicação das imunidades aos parlamentares federais não estaria presente para os deputados estaduais, razão pela qual não se lhes poderia aplicar as mesmas regras.

Invoca o precedente firmado na ADI 5.526, cuja redação do acórdão coube ao e. Ministro Alexandre de Moraes, para embasar seu pedido. Aduz que há, no voto proferido por Sua Excelência, expressa referência à restrição do alcance das regras de imunidades, apenas para os parlamentares federais.

Alega que 'a referida imunidade formal se faz necessária para os Deputados Federais e Senadores da República -- e somente para eles --, diante de eventual

prisão arbitrária ou processo temerário, porque aí, seria prisão determinada por essa Corte e processo penal instaurado igualmente por essa Corte, em face dos quais somente restaria aos membros do Parlamento recorrer às suas casas legislativas para obter a proteção quanto ao exercício do mandato’.

Assim, porque os deputados estaduais poderiam recorrer a outras instâncias do Poder Judiciário, não seria justificável estender-lhes igual imunidade.

Ademais, ainda de acordo com a requerente, o exercício da competência prevista na Carta Estadual para sustar ação penal em curso implicaria subtrair competência do próprio Poder Judiciário” (fls. 04-05).

Em seu r. voto, o qual foi destacado em partes no Informativo de Jurisprudência da c. Corte Suprema (cujo julgamento se encontra suspenso, desde 07/12/2017 – Ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia acompanhando o relator, Min. Edson Fachin, deferindo a medida cautelar; e Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Celso de Mello, acompanhando o voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido de indeferir a medida cautelar; e após o voto do Ministro Dias Toffoli, deferindo em menor extensão a medida cautelar, para suspender a eficácia do art. 102, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o julgamento foi suspenso), consignou o e. Min. Edson Fachin, que a decretação da prisão preventiva e medidas cautelares alternativas envolve um juízo técnico-jurídico que não pode ser substituído pelo juízo político emitido pelo Legislativo a respeito de prisão em flagrante, registrando-se, no ponto, que:

“[...]”

Em divergência, o ministro Edson Fachin (Relator das ADI’s 5.824 e 5.825) reputou preenchidos os requisitos do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora”, e deferiu a medida cautelar, para suspender as normas impugnadas e a eficácia das resoluções. Ele foi acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente). O ministro Fachin fixou interpretação conforme a Constituição, no sentido de assentar que as regras estaduais não vedam ao Poder Judiciário decretar medidas cautelares de natureza penal em desfavor de deputados estaduais, nem conferem poderes às assembleias legislativas para revogar ou sustar os atos judiciais respectivos. Ressaltou que a decretação da prisão preventiva e medidas cautelares alternativas envolve um juízo técnico-jurídico que não pode ser substituído pelo juízo político emitido pelo Legislativo a respeito de prisão em flagrante. [...] (Informativo de Jurisprudência – STF – n. 887, divulgado em 12 de dezembro de 2017).

No mesmo diapasão, cumpre trazer à baila, também, a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 497, em face da referida Resolução n. 495 de 2017 da respectiva Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro* (que revogou a prisão do paciente e dos demais parlamentares acusados, então decretada pela c. Corte *a quo* determinando o imediato retorno às respectivas funções), na qual se postula a suspensão dos efeitos do ato legislativo (Resolução), eis que viola preceitos fundamentais da Constituição Federal (federalismo e separação de poderes).

Ao que se verifica, portanto, é que os argumentos colacionados pelo impetrante, e referentes à ausência de autorização da Casa Legislativa para se legitimar a custódia de Deputados Estaduais, traz como premissa a ideia voltada à simetria constitucional, consignada no art. 53, § 2º, da Constituição da República e se insere no âmbito de análise da constitucionalidade do art. 102, § 1º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da Resolução n. 495 de 2017 da respectiva Assembléia Legislativa fluminense, *matérias já colocadas à apreciação da c. Corte Suprema, tanto na referida ADI n. 5.824, como na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 497.*

Por esta razão, tenho que não se faz possível conhecer do *mandamus, especificamente em relação a esse ponto*, sob pena de se usurpar, como dito anteriormente, *a análise dos fatos já judicializados e de competência do c. Supremo Tribunal Federal, devendo-se avançar, todavia, na apreciação dos demais pontos aventados na presente irresignação.*

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

Embargos de declaração no agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Ausência das hipóteses previstas no art. 619 do CPP. Inovação recursal. Impossibilidade. Pedido de concessão de *habeas corpus* de ofício. Não cabimento. Pedido de manifestação expressa sobre norma constitucional. Via inadequada. Competência da Suprema Corte. Intimação para entrega de memoriais. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

[...]

6. *A análise de matéria constitucional não é da competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição da República. Inviável, assim, o exame de ofensa a dispositivos e princípios constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada à Corte Suprema.*

7. O julgamento dos aclaratórios independem de inclusão em pauta, nos termos do artigo 258 do RISTJ, logo, diante da impossibilidade de entrega de

memorais, prescindível a intimação do causídico, já que os embargos são levados diretamente à mesa para julgamento sem intimação das partes. Precedentes.

8. *Embargos de declaração rejeitados* (EDcl no AgRg no RHC 66.898/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 20/10/2017, grifei).

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

Pois bem. Compulsando as informações colacionadas ao procedimento, pode-se extrair da denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, que tanto o paciente (*Edson Albertassi*), quanto os demais acusados na referida ação penal, dentre eles os Deputados Estaduais Jorge Picciani e Paulo Melo, *supostamente*, veem-se envolvidos na denominada *Operação 'Cadeia Velha'*, dirigida à apuração da prática dos crimes de corrupção, fraude em licitação e lavagem de dinheiro, infrações essas que teriam beneficiado diversas autoridades dos poderes Executivo e Legislativo.

Ressai da decisão que decretou a custódia cautelar, emanada do e. Tribunal de origem, *que dentre os vários elementos de cognição que embasaram a custódia do paciente*, valendo registrar as 5 (cinco) delações prestadas pelos colaboradores *Álvaro Novis, Edimar Dantas, Benedicto Júnior, Marcelo Tarça e Jonas Lopes Júnior*, encontram-se, ainda, uma série de documentos e planilhas referentes à Corretora *Hoya*; ao Sistema da *Odebrecht Drousys*; depoimentos de funcionários da *Odebrecht* e da própria *Hoya*, assim como quebras de sigilo telemático e quebras de sigilo da FETRANSPOR compartilhada de outro processo, e ainda o acesso a conteúdo de celulares apreendidos e confirmações de endereços fornecidos (fls. 36-37).

Observa-se das provas acostadas ao feito, pelo menos em sede perfunctória, a existência de um quadro sistêmico, com vastos crimes de corrupção e pagamentos de vultuosos valores a agentes públicos do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, dentre eles *“Deputados de alto poder e influência política e institucional, que se colocaram, segundo as provas até aqui colhidas, à disposição de setores da construção civil e transportes públicos concessionários, para estar de prontidão em favor de seus interesses”* (fl. 38).

A orquestração então engendrada, segundo se extrai das peças aqui colacionadas, tem como norte os específicos interesses do *setor de transportes (ônibus)* e demonstram, ao menos em tese, que as condutas apuradas exprimem certa natureza insidiosa, eis que não só se apontou que os parlamentares,

dentre eles o paciente (*Edson Albertassi*), estavam à disposição para atender os pleitos destinados a favorecer subsídios e aumentos de benefícios ao referido ramo de transportes, como ainda atuavam a fim de excluir tal setor (ônibus) da contribuição para o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal instituído pela Lei n. 7.428/2016.

Extrai-se ainda da decisão que decretou a prisão que:

“Vê-se ainda, como apontado pelo MPF, que o sistema engendrado para os malfeitos, integrado pelos parlamentares em tela, ainda parece revelar notável poder de resistência e renovação, em atos capazes de caminhar no sentido de levar o Deputado investigado EDSON ALBERTASSI, a obter junto ao atual Governador do Estado do Rio de Janeiro, indicação para ocupar uma vaga no Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, exatamente no lugar do ex-presidente JONAS LOPES JR, um dos investigados na Operação Quinto do Ouro no STJ” (fl. 40).

Pode-se verificar, nessa esteira, *por meio da decisão guerreada*, que as provas até aqui colacionadas indicam que os Deputados, *dentre eles o paciente (Edson Albertassi)*, atendiam aos interesses dos “corruptores”, mediante a intercessão em processos legislativos de interesse do setor de ônibus e também da empreiteira *Odebrecht*, fatos que foram revelados não somente pelas declarações dos colaboradores *Álvaro Novis, Marcelo Traça e Benedicto Júnior*, como também por pesquisas realizadas pelo Ministério Público Federal, por meio da análise de documentos, do trâmite de alguns projetos de lei, além do sítio eletrônico da ALERJ e nos textos legais produzidos (fl. 43).

No que se refere ao paciente, de modo a corroborar o beneficiamento ao setor de transporte no âmbito da ALERJ, destaca o *decisum* que:

“Verifica-se, na tramitação do Projeto de lei n. 1.018/2015 (sobre biometria) que se transformou na Lei n. 7.123/2015, que o deputado EDSON ALBERTASSI foi o autor do Parecer da Comissão de Constituição e Justiça às emendas de plenário ao Projeto de Lei. Nessa condição, foi contrário às emendas que prejudicavam os empresários dos ônibus, como por exemplo a que diminuía o subsídio tarifário do Bilhete Único (Emenda Aditiva n. 2); a que suprimia o artigo 19 da Lei n. 5.628, de 29/12/2009, que é aquele que previa prazo de validade para o Bilhete Único (emenda Aditiva n. 5); a que previa as funções de cobrador e auxiliar nos transportes coletivos de passageiros (emenda Aditiva n. 21).

*Sobre a atuação parlamentar de **Albertassi**, na área de transporte público, após a deflagração da operação Ponto Final, que prendeu a cúpula dos empresários de ônibus, a imprensa, em matéria de 03/07/17, deu destaque a existência de projeto de lei do Deputado Estadual Eliomar Coelho (PSOL), paralisado na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) sob a relatoria justamente desse parlamentar, não à toa, ocupante da posição de líder do governo na ALERJ.*

O Projeto de Lei n. 238/2015, de 44 artigos, enfatiza a matéria, tem por objetivo de passar ao Poder Público, tirando da mão da Fetranspor e de outras concessionárias, o controle e gestão do sistema RioCard e do Bilhete Único. Isso porque, justifica o deputado Eliomar Coelho – que acumulou conhecimento sobre o setor de transporte público de ônibus como Vereador – é inaceitável que os empresários tomem conta de todo o sistema de bilhetagem eletrônica e sejam os responsáveis por informar ao governo quanto devem receber de subsídios” (fls. 47).

Já no âmbito de interesses da *Odebrechet (Braskem)*, sustentados mediante propina aventada como sendo simplesmente “caixa 2”, segundo se lê da representação do MPF, o PL 153/15 (Lei n. 6.979/15) tratava, em princípio, da manutenção de incentivos fiscais para vários setores da indústria (fl. 47), destacando a decisão, ainda, que o projeto, originalmente, modificava o sistema de tributação do ICMS apenas para 2 (dois) segmentos (aço e petroquímica) e, uma vez alterada a modalidade do ICMS de diferimento para isenção, onerar-se-ia esses setores no pagamento de impostos que eram creditados na venda para clientes incentivados (fl. 47).

Todavia, com a intervenção do paciente, e depois das mensagens trocadas entre representantes da Odebrechet (Braskem), conforme ressalva a decisão objurgada, fez-se possível verificar que a referência à indústria petroquímica foi completamente retirada, havendo, da mesma forma, solicitações de isenções, de modo que o diferimento do ICMS também não foi concedido com relação à importação, aquisição de máquinas, equipamentos, materiais e insumos quando disponível similar produzido no Estado, o que protegia o mercado explorado pela Odebrechet (Braskem) de competição externa (fl. 48).

De outro lado, além dos pressupostos da prisão preventiva (materialidade e indícios suficientes de autoria), os quais restaram devidamente comprovados, 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 e para garantir a aplicação da lei penal.

Da argumentação veiculada no decreto de prisão preventiva do paciente, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal que justifique o provimento do mandamus. Isso porque, da análise da decisão reprochada, tem-se que a custódia estaria devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal (fl. 59), com indicação de dados concretos, tendentes à conformação destes requisitos.

Vale destacar, no ponto, a particular gravidade das atitudes perpetradas pelo paciente, bem destacando o decisum, quando evidencia o beneficiamento do setor de ônibus ao longo de 3 (três) décadas, as quais corresponde exatamente ao que apontaram os colaboradores e testemunhas sobre as vantagens que eram pagas em razão disso (fl. 51).

A probabilidade de reiteração e persistência na prática de atividades ilícitas demonstradas na decisão, consubstanciam o requisito da garantia da ordem pública, densificando-o diante das singularidades da situação concreta.

Como bem ponderado no decreto prisional, indicou-se o nível de plausibilidade própria da fase pré-processual, onde os três Deputados Estaduais (Edson Albertassi – paciente –, Jorge Picciani e Paulo Melo), ao menos em tese, receberam vantagens indevidas durante anos, para estarem à disposição dos interesses sistemáticos de empresas concessionárias de transporte público rodoviário, a ponto de perpetuá-las na exploração de atividade de caráter essencial aos cidadãos e ao desenvolvimento econômico e social da população, sem qualquer controle administrativo e fiscal efetivo por parte do Estado. Igualmente, restou-se demonstrado, ao menos nesse momento, que a conduta dos parlamentares foi também direcionada ao cometimento de ilícitos, a fim de atenderem interesses particulares da empreiteira Odebrecht (fl. 52).

Expressa a decisão guerreada que:

“Da mesma forma não basta à defesa cabal de políticos envolvidos em fatos como os que aqui se apura, entoar como mantra a alegação de que o que se está fazendo na investigação do MPF e PF, é ‘criminalizar a política’. Ou que na verdade o que ocorre é a ‘transformação das doações de campanha inseridas quando muito em caixa 2, no âmbito do crime de corrupção’.

Fazer política não é criar regras e procedimentos capazes de beneficiar estruturas econômico-financeiras na prestação de serviços públicos de transportes por décadas, mediante recebimento de propina. Receber doação de campanha como o nome já diz, é coletar valores capazes de custear campanhas políticas em épocas de eleição, e não dissimular a percepção de vantagens pessoais em razão do cargo político que se

irá ou está a exercer, com o fim de beneficiar o pagador do benefício, permitindo que ambos enriqueçam sem causa lícita, aumentando seu poder e influência no Estado, se perpetuando em práticas que nada se encaixam numa república, em detrimento da população” (fls. 52-53).

Vê-se, no ponto, que as apurações indicam forte plausibilidade da ocorrência, ao menos em tese, de ilícitos penais de corrupção ativa e passiva, além lavagem de dinheiro, praticados no contexto de organização criminosa que se enraizou por anos no Executivo, no Legislativo e no Tribunal de Contas do Estado (fl. 53).

Consigna a decisão, ademais, que os Deputados investigados se mostraram com extrema capacidade de interferirem em vários setores do poder público fluminense, atuando no recebimento de propina e na manutenção de ações e esquemas criminosos até bem pouco tempo atrás (cerca de cinco meses), prosseguindo na prática delituosa até meados de 2017, o que revela a probabilidade de que prossigam delinquindo e criando obstáculos ao saneamento da instituição à qual pertencem, além de embaraços à atuação do Poder Judiciário (fl. 54).

Como bem ponderado na decisão guerreada, o risco à ordem pública não é afastado pela suposta ausência de contemporaneidade dos fatos, “como apanágio do enfraquecimento da gravidade que eles encerram”, eis que “parte dos fatos são pretéritos, mas outros ainda parecem realmente estar em curso, assim como se projeta a ideia de que não deixarão de correr tão cedo, dados aos elementos então analisados” (fl. 42).

Nesse diapasão, verifica-se a existência de elementos concretos a respaldar a prisão preventiva, a fim de se garantir a ordem pública e a instrução processual, possibilitando o desmantelamento da organização criminosa da qual se suspeita fazer parte o recorrente e, com isso, evitar a prática de novos crimes.

No ponto, vale colacionar a jurisprudência do c. *Supremo Tribunal Federal*:

Habeas corpus. Alegação de ausência de fundamentação cautelar idônea para a prisão preventiva. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem indeferida.

1. Devem ser desconsiderados quaisquer fundamentos que não tenham sido expressamente mencionados no decreto de prisão preventiva, pois, na linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal, a idoneidade formal e substancial da motivação das decisões judiciais há de ser aferida segundo o que nela haja posto o juiz da causa, não sendo dado “ao Tribunal do *habeas corpus*, que a impugne, suprir-lhe as faltas ou complementá-la” (*Habeas Corpus* n. 90.064, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.6.2007; 79.248, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.11.1999; 76.370, Rel. Ministro Octavio Gallotti, DJ 30.04.98).

2. *A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva.*

3. Ordem denegada (HC n. 95.024/SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. *Carmem Lúcia*, DJe de 20/2/2009). (Destacou-se).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados, de forma reiterada, em prejuízo da administração pública municipal. Organização criminosa. Prisão preventiva (CPP, art. 312). Alegada falta de fundamentação. Não ocorrência. Título prisional devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, em face das circunstâncias concretas da prática criminosa, as quais indicam a real periculosidade do recorrente, apontado como líder da suposta organização criminosa. Necessidade de se interromper a atuação delituosa. Precedentes. Recurso não provido.

1. Inexiste ato configurador de flagrante constrangimento ilegal praticado contra o recorrente advindo do título prisional, que se encontra devidamente fundamentado, uma vez que calcado em sua real periculosidade para a ordem pública, em face da gravidade dos crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados em prejuízo à administração pública municipal, de forma reiterada, nos anos de 2013, 2014 e 2015, em um contexto fático de associação criminosa da qual o recorrente seria o líder.

2. *O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é legítima a tutela cautelar que tenha por fim resguardar a ordem pública quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa.*

3. Recurso ordinário ao qual se nega provimento (RHC n. 138.937/PI, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Dias Toffoli*, DJe de 3/3/2017). (Destacou-se).

Esse também é o entendimento *desta Corte Superior*:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Atuação interestadual. Segregação fundada na garantia da ordem pública. Fundamentação idônea. Coação ilegal não demonstrada. Eventual condenação em regime menos gravoso. Impossibilidade de prognose. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Recurso improvido.

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

dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da profissionalização e organização da associação criminosa, a qual conta com a comunhão de esforços de pelo menos 7 integrantes, além da pulverização de entorpecentes em dois Estados da Federação.

3. *A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (HC n. 95.024/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/02/2009).*

4. Não é possível a realização de uma prognose objetiva em relação ao futuro regime aplicado ao recorrente no caso de eventual condenação, em razão, principalmente, dos elementos fáticos e probatórios a serem analisados pelo juízo sentenciante.

5. As condições subjetivas favoráveis do recorrente, tais como primariedade e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

6. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido. (RHC n. 95.720/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/06/2018).

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Inadequação. Tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico. Prisão preventiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Organização criminosa. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Habeas corpus* não conhecido.

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

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, a segregação cautelar do paciente está suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista que as instâncias ordinárias, analisando os fatos, consideraram ter restado demonstrada a periculosidade concreta do paciente, evidenciada no fato de ele integrar organização criminosa de grande porte, estruturalmente ordenada, voltada para o tráfico de drogas, de caráter transnacional, e pela vultosa quantidade de droga apreendida, aproximadamente sete toneladas de

cocaína em dezoito eventos. Tais circunstâncias evidenciam a gravidade concreta das condutas delituosas e a periculosidade do paciente, estando presente a necessidade da manutenção da segregação cautelar.

4. “A custódia cautelar visando a garantia da ordem pública legitima-se quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa” (RHC 122.182, Rel. Ministro **Luiz Fux, Primeira Turma**, julgado em 19/08/2014).

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 436407/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 30/05/2018).

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário cabível. Impossibilidade. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Prisão preventiva. Alegada ausência de autoria. Impossibilidade de exame na via eleita. Segregação fundada no art. 312 do Código de Processo Penal. Circunstâncias do delito. Contexto de associação criminosa. Gravidade concreta. Histórico criminal do agente. *Necessidade de interromper a prática reiterada de crimes. Custódia justificada e necessária. Constrição ilegal não evidenciada.* Medidas cautelares alternativas. Insuficiência e inadequação. Coação ilegal não evidenciada. *Writ* não conhecido.

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

2. Para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta. Além disso, a questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus* ou do recurso ordinário, por demandar o reexame aprofundado das provas coletadas no curso da instrução criminal, vedado na via eleita, devendo ser solucionada na sede e no Juízo próprios.

3. Não há ilegalidade na ordenação e manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que é necessária para acautelamento da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. No caso, o paciente está sendo acusado de integrar, juntamente com outros cinco agentes, de forma estável e organizada, associação criminosa voltada à traficância em várias cidades, inclusive no Estado de Goiás, sendo que foi apreendida em poder do grupo considerável quantidade de maconha.

5. A custódia também se faz necessária na espécie para evitar a reiteração delitiva, uma vez que o custodiado ostenta anterior condenação com trânsito em julgado por crime do mesmo tipo, revelando que não se trata, no caso, de fato isolado, restando assim bem demonstrado o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da prisão cautelar.

6. As medidas cautelares diversas da prisão mostram-se insuficientes quando, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal a bem da ordem pública, a sua aplicação não seria adequada e suficiente para reprimir a atividade ilícita desenvolvida pelo paciente.

7. *Habeas corpus* substitutivo não conhecido. (HC n. 442.187/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 29/05/2018).

Vale consignar, ademais, que a *expressão dos valores envolvidos*, somada à extensão temporal em que se desenvolveram as práticas acoimadas de criminosas, neste aspecto, fazem pertinente a lição de **PACELLI** e **FISCHER**, segundo os quais é “*perfeitamente aceitável a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, desde que fundamentada na gravidade do delito, na natureza e nos meios de execução do crime, bem como na amplitude dos resultados danosos produzidos pela ação*” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 673).

Casos como os que se extraem da designada “Operação Lava-jato”, com efeito, fazem pertinente a admoestação de **FARIA COSTA**, segundo o qual se está defronte a “*uma estrutura poderosamente organizada que se infiltra aos mais diversos níveis da realidade social e que age, em qualquer circunstância, dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica, cujo fito é sempre o de conseguir uma maior acumulação de capital para, desse jeito, directa ou mediadamente, aumentar também o poder da organização*”.

Conforme o autor português, este tipo de criminalidade ostenta como características, entre outras, a “*perigosidade, gravidade e extensão dos fenómenos que o sustentam*”, bem como uma “*particular ressonância ao nível da opinião pública, determinando, simultaneamente, repúdio social*”, implicando um “*amolecimento da consciência ética*”, de modo que, seguindo-se o seu alvitre: “*vemos, sem grande dificuldade, que o que se vangloria e se erige em regra de ouro são os êxitos fáceis, as formas atrabiliárias de comportamentos, descosidas de quaisquer pontos referenciais, a lógica do lucro a qualquer custo. O que nada mais é, digamo-lo de forma sintética e precisa, do que a exaltação de uma vertente chamada ‘cultura da corrupção’*” (FARIA COSTA, José de. **O branqueamento de capitais: algumas reflexões à luz do Direito Penal e da política criminal**. In: *Direito Penal Económico e Europeu - Textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 306-308).

Como é sabido, a *gravidade genérica* das condutas não autoriza a segregação cautelar. *No entanto, a dinâmica dos fatos e os desdobramentos nefastos dos atos*

realizados revelam, *a toda evidência*, a *gravidade concreta das condutas praticadas*, que excedem, *e muito*, àquelas ínsitas aos tipos penais sob apuração.

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

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Constitucional. Tráfico de entorpecente. *Prisão preventiva* decretada com base em fundamentos idôneos. Periculosidade do recorrente evidenciada pelo *modus operandi*, *gravidade concreta* do crime e possibilidade de reiteração delitiva. Recurso ao qual se nega provimento.

1. Este Supremo Tribunal assentou que *a periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi, a gravidade concreta do crime e o risco de reiteração delitiva são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar*. Precedentes.

2. Recurso ao qual se nega provimento (RHC n. 132.270/MS, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Cármem Lúcia*. DJe de 7/4/2016).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados, de forma reiterada, em prejuízo da administração pública municipal. Organização criminosa. *Prisão preventiva* (CPP, art. 312). Alegada falta de fundamentação. Não ocorrência. Título prisional devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, em face das circunstâncias concretas da prática criminosa, as quais indicam a real periculosidade do recorrente, apontado como líder da suposta organização criminosa. Necessidade de se interromper a atuação delituosa. Precedentes. Recurso não provido.

1. *Inexiste ato configurador de flagrante constrangimento ilegal praticado contra o recorrente advindo do título prisional, que se encontra devidamente fundamentado, uma vez que calcado em sua real periculosidade para a ordem pública, em face da gravidade dos crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados em prejuízo à administração pública municipal, de forma reiterada, nos anos de 2013, 2014 e 2015, em um contexto fático de associação criminosa da qual o recorrente seria o líder*.

2. O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que *é legítima a tutela cautelar que tenha por fim resguardar a ordem pública quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa*.

3. Recurso ordinário ao qual se nega provimento (RHC n. 138.937/PI, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Dias Toffoli*, DJe de 3/3/2017).

Noutro giro, *a aventada violação ao princípio da ampla defesa*, sob o fundamento não ter a defesa a oportunidade de se manifestar na sessão então

realizada para se deliberar sobre a custódia cautelar, *vale registrar não ser essa a melhor exegese empregada ao § 3º do art. 282 do Código de Processo Penal, quando já se firmou o entendimento, por esta Corte de Justiça, no sentido de que a prévia intimação da parte contrária, disposta no preceito normativo citado, tem aplicação restrita às medidas cautelares diversas da prisão.*

Nesse sentido, transcrevo os seguintes precedentes:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Peculato, corrupção passiva e denúncia caluniosa. Prisão preventiva. Fundamentação concreta. Ameaça às testemunhas. Conveniência da instrução criminal Inaplicabilidade de medida cautelar alternativa. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

1. *Consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior o comando inserto no § 3º do art. 282 do Código de Processo Penal - CPP, o qual impõe o contraditório prévio, não se aplica, em regra, aos casos de decreto de prisão preventiva, ante sua natureza emergencial, mas tão somente às medidas cautelares diversas da prisão, podendo o magistrado, inclusive, decretar a constrição cautelar de ofício no curso do processo. Precedentes.*

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do Código de Processo Penal - CPP.

No caso dos autos, estão presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam demonstrada a periculosidade do recorrente, evidenciada pelo fato de ter ameaçado e coagido testemunhas para modificar os depoimentos prestados, com o intuito de inocentá-lo. Nesse contexto, a prisão processual em debate está devidamente fundamentada na conveniência da instrução criminal.

Noutro ponto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não impede a decretação da prisão preventiva, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a cautela.

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. (RHC 71.289/MT, *Quinta Turma*, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 29/06/2016, grifei).

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Sonegação fiscal. Citação por edital. Réus foragidos. Constituição de advogado para acompanhar a ação penal. Suposta nulidade sanada. Medida cautelar. Retenção de passaporte. Art. 282, § 3º, do CPP. Ausência de intimação da defesa técnica. Impossibilidade. Ofensa ao

contraditório. Não ocorrência. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Writ* não conhecido.

[...]

8. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, que deu nova redação ao § 3º do art. 282, o Código de Processo Penal passou a prever que, “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.”

9. *Esta Corte firmou jurisprudência no sentido de que ‘a regra do art. 282, § 3º, do CPP não se aplica ao decreto de prisão preventiva, ante a sua natureza emergencial, mas tão somente às medidas cautelares diversas da prisão, sendo permitido ao magistrado, inclusive, decretar a constrição cautelar de ofício no curso do processo.’*

10. No caso em apreço, a medida cautelar de retenção dos passaportes dos recorrentes ocorreu justamente pelo fato de os recorrentes encontrarem-se em local incerto e não sabido, bem como sem defesa técnica constituída nos autos.

11. Mostra-se inaplicável a regra inscrita no art. 282, § 3º, do CPP, no caso, pela sua ineficácia, diante da ausência dos recorrentes e de advogado constituído, razão pela qual não há falar em ofensa ao princípio do contraditório.

12. *Writ* não conhecido. (RHC 82.055/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 28/08/2017, grifei).

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Violação da regra prevista no art. 282, § 3º do CPP. Não ocorrência. Fundamentação da prisão. Gravidade concreta e risco de reiteração (paciente ostenta diversas condenações e responde a outros processos) excesso de prazo na instrução. Não ocorrência. Processo em fase de alegações finais. Incidência da Súmula 52 do STJ. Reabertura de instrução alegada. Supressão de instância. Desinfluência. Ausência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. *Consoante o entendimento desta Corte a regra do art. 282, § 3º, do CPP não se aplica ao decreto de prisão preventiva, ante a sua natureza emergencial, mas tão somente às medidas cautelares diversas da prisão, sendo permitido ao magistrado, inclusive, decretar a constrição cautelar de ofício no curso do processo. Precedentes.*

[...] (HC 382.750/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 27/04/2017, grifei).

Verifica-se, nesse painel, em face dos múltiplos riscos à ordem pública, *com a ressalva de que a situação do paciente não destoa da dos 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 se torna inviável substituir a prisão preventiva por medidas diversas da prisão.

Este é o entendimento que vinha sendo firmado no âmbito desta *Quinta Turma*, a saber:

Processo Penal. Prisão cautelar. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prisão preventiva decretada para a garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal, e por conveniência da instrução, decretada no âmbito da Operação Lava-Jato. Alegação de inexistência de *periculum libertatis* e de fundamentação inidônea (genérica e abstrata). Inocorrência. Prisão devidamente fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso ordinário desprovido.

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

II - A prática reiterada de crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, inclusive após a deflagração de fase ostensiva da operação Lava-Jato, evidencia a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, pois há risco da prática de novos crimes.

III - Havendo indícios da existência de quantias milionárias obtidas por meio criminoso ainda pendentes de rastreamento, justifica-se a prisão preventiva, pois a liberdade do Acusado coloca em risco a possibilidade de haver o sequestro de tais quantias, frustrando assim a aplicação da lei penal, já que poderia praticar atos com vistas a ocultar o produto do crime.

IV - *Existindo elementos a indicar que o Acusado buscou ocultar provas, mesmo que não relacionadas aos fatos que são objeto da Ação Penal na qual foi decretada sua prisão preventiva, a fundamentação para o decreto de prisão é idônea, pois indica que o Réu poderia vir a ocultar ou destruir, também, provas relacionadas à Ação Penal cuja instrução se busca assegurar.*

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

Recurso ordinário desprovido (RHC 83.115/RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 21/06/2017).

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Prisão preventiva. Fundamentação. Quantidade de drogas

apreendida. Periculosidade social. Necessidade da prisão para garantia da ordem pública. Segregação justificada. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Medidas cautelares do art. 319 do CPP. Inviabilidade. Coação ilegal não demonstrada.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

[...]

5. *Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.*

6. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 439.979/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 17/05/2018).

Por fim, como já deliberado às fls. 1.078/1.082, naquilo que concerne *ao eventual excesso de prazo (o paciente foi preso em 21/11/2017)*, o que se denota, ao contrário do aventado pela defesa, é que o processo se encontra em trâmite regular, não havendo que se falar em atraso injustificado do compasso procedimental a respaldar qualquer reconsideração, ao menos nesse momento, uma vez que foram *denunciados 19 (dezenove) acusados (denúncia acostada às fls. 327-514), com a imputação de diversos crimes e extenso número de testemunhas, aliado à premissa de já se ter iniciado a instrução processual, com o início da oitiva dos testigos arrolados pelo Ministério Público Federal, em 21/05/2018*, valendo destacar, no ponto, que:

“A denúncia de fls. 2.375/2.562 foi submetida à apreciação da 1ª Seção Especializada desta Corte que, por unanimidade, deliberou por seu recebimento (fls. 4.980/4.981 em 15/03/2018).

Em face desse acórdão apenas a defesa do Deputado Estadual Paulo César Melo de Sá apresentou embargos declaratórios, já apreciados pelo colegiado em 26/04/2018, sendo negado provimento ao recurso, por unanimidade (fls. 5.174).

Portanto, determino o início da instrução processual.

Tendo em vista o extenso número de testemunhas arroladas pelas partes, bem se observa que não será possível a oitiva de todas numa mesma data; considerando que a defesa do Deputado Estadual JORGE SAYED PICCLANI não qualificou as testemunhas arroladas à fl. 4.882; que a defesa do Deputado Estadual EDSON ALBERTASSI arrolou mais testemunhas do que o número estabelecido pelo art.

398 do CPP; e considerando ainda que algumas testemunhas arroladas, nesta qualidade, possuem prerrogativa funcional quanto à indicação de dia, local e hora (art. 221 do CPP), excepcionalmente não será possível a realização de Audiência de Instrução e Julgamento em único ato” (fl. 1.250 - Informações prestadas pela Autoridade Coatora).

Assim, como registrado nas informações acima referidas, trata-se de processo que abarca diversos fatos e acusados, sendo certo que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, no ponto, bem ressalva que a duração razoável do processo deve ser feita à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz.

A propósito, colaciono os julgados do Pretório Excelso:

Agravo regimental em *habeas corpus*. Processo Penal. Decisão monocrática. Inexistência de argumentação apta a modificá-la. Manutenção da negativa de seguimento. Excesso de prazo. Complexidade do feito. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Conexão e desmembramento. Análise de matéria fático-probatório. Inadequação da via. Agravo regimental desprovido.

1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida.

2. O reconhecimento da inobservância da duração razoável do processo não se traduz mediante análise aritmética dos prazos, mas deve ser compreendida à luz da complexidade da marcha processual. Hipótese de ação penal originária em que dezenas de delitos são imputados a 44 (quarenta e quatro) acusados, a revelar especial intrincamento que justifica minimamente o elastecimento, mormente se considerado o encerramento da instrução processual e as informações prestadas pelo Tribunal local que dão conta da contribuição da defesa para a produção desse resultado.

3. A teor da Súmula 704/STF, “a tração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados” não viola o devido processo legal. Em tais casos, a unicidade de processamento e julgamento decorre das particularidades do caso concreto, notadamente da especial correlação entre as supostas infrações penais, razão pela qual esse juízo não é sindicável pela estreita e célere via do *habeas corpus*, avessa ao reexame do acervo fático-probatório.

4. Agravo regimental desprovido. (HC 130.441/AgR/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 28/06/2016)

Agravo regimental. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Porte ilegal de arma de fogo. Associação criminosa. Prisão preventiva. Excesso de prazo não configurado.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz.

2. Ação penal que tem tramitado de maneira regular, se consideradas as peculiaridades da causa destacadas pelo Superior Tribunal de Justiça: existência de seis denunciados, com distintos causídicos; em que houve dificuldade de localização dos acusados, com necessidade de expedição de precatórias e de publicação de edital; foram expedidas diversas cartas precatórias para a oitiva de testemunhas, inclusive arroladas por três defesas. Consignou-se, ainda, a complexidade do processo, cuja investigação deparou-se com quadrilha armada, que supostamente representa uma célula da facção criminosa conhecida como PCC Primeiro Comando da Capital, que tinha em depósito mais de 450 kg de cocaína, 8,3 kg de maconha, diversas armas de fogo e munições, tanto de uso permitido quanto de uso restrito.

3. Inexistência de mora processual imputável ao Poder Judiciário.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 138.736 AgR/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 05/09/2017).

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da via eleita. Análise do mérito. Princípio da oficialidade. Prisão cautelar. Homicídio qualificado, associação criminosa e porte de arma de fogo de uso permitido. Excesso de prazo na instrução processual. Princípio da razoabilidade. Complexidade da causa. Pluralidade de réus. Advogados distintos. Necessidade de expedição de diversas cartas precatórias. Ausência de constrangimento ilegal.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. *O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais (Precedentes do STF e do STJ) (RHC 62.783/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 1º/09/2015, DJe 08/09/2015).*

3. No caso, considera-se regular o prazo de tramitação do processo, tendo em vista a complexidade da causa (que envolve 8 réus, com advogados distintos, acusados da suposta prática de 3 crimes, dentre eles um homicídio qualificado) e a necessidade de se deprecar a realização de muitos atos processuais: expedem-

se diversas cartas precatórias, inclusive para a citação de corréus (segregados em comarcas distintas).

4. Ausente a alegada desídia da autoridade judiciária na condução da ação penal, não há falar em constrangimento ilegal hábil a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça (Precedentes).

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 417.594/SP, Quinta Turma Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe. 12/12/2017).

Ante o exposto, conheço parcialmente o writ e, nessa extensão, denego a ordem de habeas corpus.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 453.437-SP (2018/0135290-0)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Advogados: Carlos Eduardo Afonso Rodrigues
Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Leandro Carvalho de Oliveira (Preso)

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Tráfico ilícito de entorpecentes. Absolvição ou desclassificação. Impossibilidade. Exame do conjunto fático-probatório incabível na via eleita. Condenação anterior pelo crime do artigo 28 da Lei de Drogas. Reincidência. Desproporcionalidade. Pedido de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos. Regime aberto e substituição da pena. Viabilidade. Pena inferior a 4 anos e circunstâncias judiciais favoráveis. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o

conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do delito de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006, não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.

3. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolição criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência.

4. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra *Maria Thereza*, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

6. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias

do caso concreto. No caso, tendo em vista que a reincidência foi o único fundamento para não aplicar a benesse e tendo sido afastada a agravante, de rigor a aplicação da redutora.

7. Quanto ao regime e a substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de droga - 7,2 g de crack -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para conceder a ordem para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 04 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 15.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Leandro Carvalho de Oliveira* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0016313-43.2016.8.26.0562.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa (fls. 35/45).

Inconformada com a sentença, apelou a defesa e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fls. 46/54).

Na presente impetração (fls. 1/23), a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, ao fundamento de estarem ausentes, no caso, as provas da traficância, uma vez que foram apreendidos apenas 7,2 gramas de crack, bem como haver notícia nos autos de que possui outros registros anteriores pelo delito de uso.

Aponta, ademais, constrangimento ilegal em razão da dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias, pois o paciente foi considerado reincidente, por ostentar condenação anterior pela prática da infração prevista no art. 28 da Lei de Drogas, o que ensejou o afastamento da causa de diminuição de pena estabelecida no artigo 33, § 4º, da referida lei. Entretanto, aponta a defesa, tal medida *revela-se injusta, à vista do novo tratamento dado aos usuários de entorpecentes*, de forma que a prática da infração prevista no artigo 28 da Lei de Drogas não é apta a gerar reincidência, de forma a permitir a aplicação ao caso do mencionado redutor.

Uma vez reduzida a pena aplicada ao paciente, aponta que deve ser fixado o regime inicial diverso do fechado e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, que se desclassifique a conduta para o delito de uso de droga, ou, ainda, que a pena seja diminuída, com a aplicação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 64/66.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 71/76, pela concessão da ordem para desclassificar a conduta.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de

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

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Roubo em concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Alegada ausência de fundamentação do decreto prisional. Inocorrência. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Periculosidade concreta do paciente. *Modus operandi*. *Habeas corpus* não conhecido.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

Habeas corpus. *Substitutivo do recurso constitucional. Inadequação da via eleita. Tráfico internacional de drogas. Dosimetria. Supressão de instância. Regime inicial fechado. Fundamentação idônea. Circunstâncias desfavoráveis*. 1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação

constitucional que é, não pode ser o *writ* amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvemento de recurso ordinário contra a denegação do *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo *writ* ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113.890, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

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

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento da ilegalidade na condenação do paciente pelo delito de tráfico. Subsidiariamente, busca-se o afastamento da reincidência, a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e, em consequência do redimensionamento da pena, a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com efeito, destaque-se que, quanto à alegada falta de provas para condenar a paciente pelo delito de tráfico de drogas, bem como no que tange à aventada possibilidade de desclassificação da sua conduta para a infração prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, é imperioso consignar que as instâncias de origem formaram seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido no curso da instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade do crime de tráfico.

No caso dos autos, assim ficou consignado pelo Tribunal local quando afirmou que estava comprovado a existência do delito do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas (fls. 50/52):

Com efeito, os policiais militares foram uníssonos em descrever o modo como ocorreu a abordagem, destacando que o apelante, ao avistar a viatura, jogou algo atrás de um poste e continuou a andar, motivando-os a realizar a abordagem, tendo em vista tal atitude suspeita. Em revista pessoal foi encontrado o valor de

R\$10,00 (dez reais). Já perto do referido poste, verificaram que o apelante havia dispensado um saco, no qual continha 21 (vinte e um) pinos de cocaína.

Não há que se falar, com isso, em ausência de credibilidade dos depoimentos prestados por policiais, uma vez que a função por eles exercida pressupõe idoneidade de caráter. Deveria o apelante ter trazido aos autos prova concreta da intenção dos agentes de segurança em incriminá-lo injustamente.

(...)

Além do mais, a quantidade de porções e a forma como estavam acondicionadas as drogas demonstraram que o apelante realmente praticava o comércio ilícito, não havendo a necessidade de que viesse a ser surpreendido no exato momento da mercancia, com as drogas em suas mãos.

(...)

Sob os mesmos fundamentos, não prospera a tese de desclassificação do tráfico para o delito de porte de entorpecentes para consumo próprio.

O apelante declarou-se usuário tão somente com o objetivo de ver desclassificar o delito de tráfico para o de porte para uso próprio.

(...)

Depreende-se, portanto, que o modo como ocorreu a abordagem e, principalmente, a forma como estavam acondicionadas as drogas apreendidas não permitem que se reconheça a pretendida desclassificação.

O fato de ter o apelante afirmado ser usuário não impede que também seja traficante, mesmo porque é de ser ressaltado que o mero viciado não portaria, pelas condições pessoais apresentadas por ele, notadamente sua situação financeira, a quantidade de entorpecentes apreendida, aliás, totalmente incompatível com seu padrão de vida.

Essa análise ainda leva a concluir-se que o apelante, de fato, praticou o delito que lhe está sendo imputado, não havendo falar-se em fragilidade probatória, o que impossibilita a aplicação do princípio “in dubio pro reo”.

Assim, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido pela defesa, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Tráfico de drogas. Desclassificação do delito. Inviabilidade de análise em sede de *habeas corpus*. Matéria fático-probatória. Pena inferior a 4 anos. Pena-base no mínimo legal. Preenchidos os requisitos do art. 33 e art. 44, ambos do Código Penal - CP. Quantidade pequena de droga apreendida (1,16 gramas de cocaína). Aplicação

do regime prisional aberto e substituição da pena por restritiva de direitos. Possibilidade. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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

2. O acolhimento do pedido da defesa de análise quanto à desclassificação e absolvição do delito de tráfico de drogas demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em *habeas corpus*. Ademais, com base nas provas dos autos, no depoimento dos policiais e na quantidade e natureza da droga apreendida, a Corte estadual entendeu que o paciente praticava tráfico de drogas.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, revogando o acórdão impugnado quanto à execução provisória da pena.

(HC 451.738/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)

Em relação à insurgência sobre a reincidência do paciente, a defesa alega que a condenação anterior pela prática da infração prevista no art. 28 da Lei de Drogas não gera a reincidência.

Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, sabe-se que a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve *abolitio criminis*.

Confira-se, a propósito, a ementa do *decisum*:

[...]

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação

da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei n. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

(RE n. 430.105 QO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 divulg 26/04/2007 public 27/04/2007 DJ 27/04/2007 pp-00069 Ement vol-02273-04 pp-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

Nesse sentido, também temos os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. Condenação anterior pelo delito tipificado do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Conduta não descriminalizada. Reincidência. Caracterização. Causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Inaplicabilidade. Regime prisional semiaberto. Adequado. Substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Falta de preenchimento de requisito objetivo. *Writ* não conhecido.

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

2. Segundo entendimento desta Corte, o porte de drogas para uso próprio não foi descriminalizado com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, tendo havido apenas a mera despenalização de tal conduta, já que o referido tipo penal trouxe somente a cominação de penas alternativas ao infrator. Logo, a existência de condenação

definitiva anterior por infração ao art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar o agravamento da pena pela reincidência, bem como para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida norma.

3. Aplicada a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, e mesmo que deduzido o período de prisão preventiva, o regime prisional semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a reincidência do réu, a teor do art. 33, § 2º, do CP c.c o art. 287, § 2º, do CPP.

4. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 407.882/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

Penal e Processual. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Paciente condenado pelo crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Pedido de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Inviabilidade. Requisitos não preenchidos. Condenação anterior pelo delito do art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Reincidência caracterizada. Precedentes. Pedidos de fixação de regime prisional aberto e de substituição de pena privativa de liberdade prejudicados.

[...]

4. Consoante reiterados precedentes desta Corte, a condenação anterior e definitiva pelo crime de posse de drogas para uso próprio (art. 28, *caput*, da Lei de Drogas), enseja a caracterização de reincidência, porquanto, com a vigência da Lei n. 11.343/2006, não houve *abolitio criminis*, mas mera despenalização da conduta. Precedentes.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 350.317/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 1º/9/2016, DJe 12/9/2016)

Contudo, entendo que tal entendimento se mostra desproporcional. Isso porque, ainda que a conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 tenha sido despenalizada e não descriminalizada, veja-se que essa conduta é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Além disso, não existe a possibilidade de converter essas penas em privativas de liberdade em caso de descumprimento.

Cabe ressaltar que as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do

Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

Cabe considerar, ainda, que está no Supremo Tribunal Federal discussão acerca da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, tendo havido Repercussão Geral no RE n. 635.659, para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

Ademais, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra *Maria Thereza*, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado nesse mesmo sentido, considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do ar. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Segue a ementa do precedente:

Recurso especial. Direito Penal. Tráfico de entorpecentes. Condenação anterior pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas. Caracterização da reincidência. Desproporcionalidade.

1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”;

3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.

5. Recurso improvido.

(REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018)

Assim, afasto os efeitos da reincidência decorrente da condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei de Drogas.

Em consequência, quanto ao pleito de reconhecimento da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

No caso, verifico que a redutora não foi aplicada apenas em razão da reincidência e, tendo em vista o afastamento dessa agravante, a benesse deve ser reconhecida e aplicada na fração máxima de 2/3, sobretudo em razão da não expressiva quantidade de droga apreendida (7,2g de crack).

Assim, passo a refazer a dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena foi fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, houve a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão. Em razão do afastamento da agravante da reincidência, resta apenas a atenuante da confissão. Contudo, tendo em vista que a pena já foi arbitrada no mínimo legal, incide o enunciado n. 231 da Súmula deste Tribunal. Na terceira fase, aplico a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, ficando a pena arbitrada em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Por fim, tendo em vista o redimensionamento da reprimenda para 1 ano e 8 meses e o fato de a reincidência ter sido o único fundamento utilizado, tanto para a fixação do regime mais gravoso quanto para a negativa de substituição da pena, necessário realizar alterações.

Tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de droga - 7,2 g de crack -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, *não conheço* do *habeas corpus*. Contudo, *concedo a ordem, de ofício*, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 455.901-RJ (2018/0154017-4)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Rafael Caetano Borges e outro

Advogado: Rafael Caetano Borges - RJ141435

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Marcello Rocha de Luna Freire

EMENTA

Habeas corpus. Impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Violação ao sistema recursal. Não conhecimento.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Calúnia. Suspensão condicional do processo. Réu que responde a diversos inquéritos policiais. Fundamento inidôneo para a negativa da benesse. Inexistência de ação penal em curso contra o acusado. Inteligência do artigo 89 da Lei 9.099/1995. Coação ilegal configurada.

1. Esta Corte Superior de Justiça, ao interpretar o artigo 89 da Lei 9.099/1995, firmou entendimento no sentido de que, nos crimes de ação penal pública, somente o Ministério Público é legitimado a ofertar a suspensão condicional do processo, devendo fazê-lo de forma fundamentada, permitindo, assim, o controle da legalidade da proposta ou de sua recusa pelo Poder Judiciário. Precedentes.

2. Para a concessão da suspensão condicional do processo é necessário, além do preenchimento dos requisitos objetivos, o atendimento às exigências de ordem subjetiva, como não estar sendo processado ou não haver sido condenado por outro crime, além das dispostas no artigo 77 do Código Penal, referentes à adequação da medida em face da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do delito.

3. No caso dos autos, não obstante o paciente ostente diversos registros de inquéritos policiais instaurados em seu desfavor, o que, a princípio, impediria a concessão do benefício pelo não atendimento dos requisitos previstos no artigo 77 do Código Penal, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que o artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais não pode ser interpretado de forma ampliativa, prejudicando o acusado, razão pela qual apenas os agentes que estão sendo processados, ou seja, contra quem há ação penal em curso, não fazem jus à benesse em exame. Precedentes.

4. Com o retorno dos autos à origem para que o Ministério Público se manifeste novamente sobre a possibilidade de concessão da suspensão condicional do réu, afastado o óbice relativo à existência de inquéritos policiais em seu desfavor, resta prejudicado o exame da alegada ilegalidade da condenação do réu e da pena que lhe foi cominada.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para invalidar os fundamentos apresentados para negativa do oferecimento da suspensão condicional do processo, devendo ser avaliada nova possibilidade de concessão benéfico.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 25 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 2.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Marcello Rocha de Luna Freire*, apontando como autoridade coatora a 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0807971-82.2010.4.02.5101.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano de detenção, a ser cumprida no regime aberto, mais pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, como incurso no artigo 138 do Código Penal, tendo a reprimenda privativa de liberdade sido substituída por restritiva de direitos.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi desprovido.

Contra tal decisão, foram opostos embargos infringentes e de nulidade, aos quais se negou provimento.

Sustentam os impetrantes que o réu faria jus à suspensão condicional do processo, pois as anotações utilizadas para fundamentar a negativa do benefício seriam inidôneas, já que uma delas diria respeito a um inquérito policial

arquivado, ao passo que outra se referiria a outro procedimento inquisitorial cujo delito já estaria prescrito.

Alegam que a ausência de sentenças condenatórias em desfavor do acusado seria suficiente para que lhe fosse franqueado o *sursis* processual.

Aduzem que o paciente estaria acobertado pela imunidade profissional do advogado, o que afastaria o seu dolo.

Alegam que embora as palavras utilizadas pelo réu possam ser consideradas ofensivas, suas manifestações objetivavam apenas a defesa de seu cliente, não tendo agido com a intenção de ofender a suposta vítima.

Consideram que a determinação de comparecimento trimestral do acusado em juízo para comprovar pessoalmente o cumprimento das condições impostas no curso da execução penal seria desproporcional e ilegal, uma vez que caberia à instituição beneficiada controlar o horário referente à prestação de serviços à comunidade.

Afirmam que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal seriam integralmente favoráveis ao paciente, o que ensejaria a aplicação da pena em seu patamar mínimo.

Argumentam que, a despeito do teor do verbete 231 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, a reprimenda cominada ao paciente deveria ser reduzida aquém do mínimo legal.

Requerem a concessão da ordem para que o acórdão impugnado seja desconstituído.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 549/550.

Prestadas as informações (e-STJ fls.556/558), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 620/626, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a desconstituição do acórdão que manteve a condenação do paciente pela prática do crime de calúnia.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso

específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Segundo consta da denúncia, o paciente, agindo com o especial fim de ofender, caluniou procurador da república ao apresentar resposta à acusação nos autos de ação penal pública, imputando-lhe falsamente o crime de prevaricação, ao afirmar que teria deflagrado processo penal contra disposições expressas de lei e para satisfazer sentimentos pessoais (e-STJ fl. 22).

O réu imputou à vítima a elaboração da exordial acusatória com os seguintes vícios intencionais: falta de lastro na verdade real, distorção dos fatos, ofensa aos réus e interpretações de conveniência, assentando que o ofendido assim agiu para satisfazer sua própria concupiscência e ânsia persecutória, sentimentos infensos à deontologia da persecução penal (e-STJ fl. 22).

No entanto, a inicial que lastreou a ação penal embasou-se em inquérito policial e continha múltiplas alusões aos elementos de prova colhidos na fase inquisitorial, tendo sido elaborada em linguagem inconspícua, sem adjetivações extrínsecas à imputação vertida, bem como recebida por um magistrado, operador jurídico qualificado, que considerou seu alicerce probatório idôneo (e-STJ fl. 23).

De acordo com o órgão ministerial, o especial fim de agir do paciente é extraído da referência individualizada e circunstanciada à vítima, do uso das palavras “propositadamente”, “dolosa” e “solenemente”, da alusão a sentimentos como “concupiscência” e “ânsia”, que animariam a conduta processual do procurador da república, e da atribuição “desse tipo de comportamento” ao mesmo ofendido em outro feito (e-STJ fl. 23).

Advertiu que se houvesse mero excesso de argumentação, as imputações se dirigiriam à instituição Ministério Público, e não ao seu membro, e criticariam as conclusões do agente público, e não suas intenções (e-STJ fl. 23).

Feitos tais esclarecimentos, no que se refere à almejada concessão da suspensão condicional do processo ao acusado, é cediço que os requisitos para a obtenção da benesse estão previstos no artigo 89 da Lei 9.099/1995, *verbis*:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Da leitura do dispositivo legal em questão, depreende-se que, além dos pressupostos objetivos, há exigências de ordem subjetiva, como não estar sendo processado ou não haver sido condenado por outro crime, além das dispostas no artigo 77 do Código Penal, referentes à adequação da medida em face da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do delito.

No caso dos autos, o Ministério Público deixou de ofertar ao réu o benefício do *sursis* processual em razão de sua certidão de antecedentes criminais, (e-STJ fl. 139), com o que concordou o magistrado singular (e-STJ fl. 163) e foi mantido pela Corte Estadual.

Não obstante o paciente ostente diversos registros de inquéritos policiais instaurados em seu desfavor, o que, a princípio, impediria a concessão do benefício pelo não atendimento dos requisitos previstos no artigo 77 do Código Penal, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que o artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais não pode ser interpretado de forma ampliativa, prejudicando o acusado, razão pela qual apenas os agentes que estão sendo processados, ou seja, contra quem há ação penal em curso, não fazem jus à benesse em exame.

Nesse sentido:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 334, § 1º, III, do Código Penal. Suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei 9.099/95. Negativa com base na existência de inquéritos policiais. Impossibilidade. Recurso provido.

1. A existência de inquéritos policiais em curso não é circunstância idônea a obstar o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo. Inteligência do art. 89 da Lei 9.099/95.

2. Recurso provido.

(RHC 79.751/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017)

Habeas corpus. Prefeito. Denúncia. Art. 1º, inciso IX, do Decreto-Lei n. 201/67. (...) Suspensão condicional do processo. Possibilidade.

(...)

4. *A existência de inquéritos policiais em andamento – motivo da negativa de proposta de suspensão condicional do processual – não é razão idônea para a negativa do benefício.*

5. Vale ressaltar que, conquanto os inquéritos em andamento não configurem obstáculo à proposta do sursis processual, a existência de ação penal, com ou sem condenação, é fator impeditivo do benefício, a teor da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a do Supremo Tribunal Federal.

6. *Habeas corpus* julgado parcialmente prejudicado. Ordem concedida, também em parte, tão-somente para determinar a abertura de vista ao Ministério Público a fim de que, afastado o óbice indicado, e se outro superveniente não houver, ofereça a suspensão condicional do processo ao acusado, nos termos do artigo 89, *caput*, da Lei 9.099/95.

(HC 36.132/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 29/08/2005, p. 374)

Conclui-se, portanto, que os fundamentos utilizados pelas instâncias de origem para negar ao paciente o benefício do sursis processual são inidôneos, sendo necessário, assim, o retorno dos autos à ordem para que o Ministério Público se manifeste novamente sobre a possibilidade de concessão da suspensão condicional do réu, afastado o óbice relativo à existência de inquéritos policiais em seu desfavor.

Com a devolução do processo para fins de manifestação do órgão acusatório quanto ao benefício do artigo 89 da Lei 9.099/1995, resta prejudicado o exame da alegada ilegalidade da condenação do réu, e da pena que lhe foi imposta.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, *não se conhece do writ, concedendo-se*, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para invalidar os fundamentos apresentados para negativa do oferecimento da suspensão condicional do processo, devendo ser avaliada nova possibilidade de concessão benefício.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 83.320-DF (2017/0085778-6)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Edison Luiz Sanches
Recorrente: Rafael Fernandez Gonzalez
Recorrente: Aldemir Miguel do Nascimento
Recorrente: Peterson Ramos dos Santos
Advogados: Igor Sant'Anna Tamasauskas - SP173163
Pierpaolo Cruz Bottini - SP163657
Marcio Martagão Gesteira Palma - DF021878
Joao Antonio Sucena Fonseca - DF035302
Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Quadrilha e crimes contra a ordem econômica. Falta de fundamentação das decisões que autorizaram e prorrogaram a quebra de sigilo telefônico. Provimentos judiciais motivados. Nulidade não caracterizada.

1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna).

2. Das decisões judiciais anexadas aos autos, percebe-se que a excepcionalidade do deferimento da interceptação telefônica foi justificada em razão da suspeita da prática de graves infrações penais pelos investigados, tendo sido prolongada no tempo em razão do conteúdo das conversas monitoradas, que indicaram a existência de um cartel de revenda de gás GLP em atuação no Distrito Federal, cujos integrantes combinavam reuniões e discutiam o preço dos botijões de gás na maioria das vezes por meio de comunicações telefônicas.

3. É ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável. Precedentes.

Interceptações telefônicas. Transcrição integral das conversas monitoradas. Formalidade desnecessária para a validade da prova obtida.

1. O entendimento predominante nos Tribunais Superiores é no sentido da desnecessidade de transcrição integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, bastando que se confira às partes acesso aos diálogos interceptados. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na espécie, a pedido do Ministério Público o magistrado singular autorizou a degravação, pelo Instituto de Criminalística, de 57 (cinquenta e sete) diálogos que foram citados na ação penal, o que reforça a inexistência de qualquer eiva apta a macular o processo.

Indeferimento motivado de prova pericial requerida pela defesa. Possibilidade. Inexistência de cerceamento do direito de defesa.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese em apreço, a instância de origem indeferiu o pedido de realização de prova técnica de análise quanto à evolução do mercado de gás de cozinha no Distrito Federal por se tratar de diligência desnecessária, prescindível e inócua, uma vez que já constam dos autos relatório do PROCON e outros documentos que indicam o monitoramento dos preços do aludido produto durante o período dos fatos.

3. Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa da diligência almejada pela defesa dos recorrentes, sendo certo que, para se concluir que seria indispensável para a comprovação das teses suscitadas em seu favor, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita. Precedentes.

Excesso acusatório. Bis in idem na imputação dos crimes de formação de quadrilha e de cartel. Inexistência de concurso material entre os delitos contra a ordem econômica. Necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória. Impossibilidade na via eleita.

Para se atestar se haveria ou não concurso material entre as condutas que caracterizariam o crime de cartel, bem como para se concluir que não haveria autonomia entre a associação criminosa e a formação de cartel, seria necessário o exame de matéria fático-probatória, procedimento incompatível com a via eleita. Precedente.

Suspensão condicional do processo. Concurso entre delito cuja pena mínima é de 1 (um) ano e crimes que cominam sanção alternativa de multa. Preenchimento do requisito objetivo do artigo 89 da Lei 9.099/1995. Constrangimento ilegal configurado.

1. Ao interpretar o artigo 89 da Lei 9.099/1995, esta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que quando para o crime seja prevista pena alternativa de multa, que é menos gravosa do que qualquer sanção privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito o pressuposto objetivo para a concessão da benesse. Precedentes.

2. No caso em exame, considerando-se que os fatos assestados aos réus ocorreram antes das alterações promovidas no artigo 288 do Código Penal pela Lei 12.850/2013, e no artigo 4º da Lei 8.137/1990 pela Lei 12.529/2011, verifica-se que as penas mínimas cominadas aos delitos em questão são de 1 (um) ano para a quadrilha ou bando, e de 2 (dois) a 5 (cinco) anos *ou* multa para a formação de cartel.

3. Sendo os crimes contra a ordem econômica sancionados com reprimenda alternativa de multa, a sua prática em concurso material com a quadrilha não enseja sanção total superior a 2 (dois) anos de reclusão, não subsistindo, assim, o argumento levantado pelas instâncias de origem para obstar a proposta de suspensão condicional do processo.

4. Recurso parcialmente provido para determinar que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios se manifeste sobre a proposta de suspensão condicional do processo, afastado o óbice relativo à pena mínima cominada aos crimes imputados aos recorrentes.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Marcio Martagão Gesteira Palma (p/rectes) e Ministério Público Federal

Brasília (DF), 11 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 19.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Edison Luiz Sanches, Rafael Fernandez Gonzalez, Aldemir Miguel do Nascimento e Peterson Ramos dos Santos* contra acórdão proferido pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no julgamento do HC n. 2017002003645-4.

Noticiam os autos que os recorrentes foram denunciados como incurso nos artigos 288 do Código Penal, 4º, inciso I, alínea “a”, 4º, inciso II, alínea “a”, e 4º, inciso I, alínea “f”, todos da Lei 8.137/1990.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustentam os patronos dos réus que a decisão que permitiu a quebra do sigilo telefônico não teria demonstrado a indispensabilidade da medida, nos termos do artigo 2º da Lei 9.296/1996.

Afirmam que, havendo diligências em curso, e inúmeras outras possibilidades de apuração, tanto que os acusados sequer haviam sido ouvidos, a aludida cautelar não poderia ter sido implementada, uma vez que não seria imprescindível para a apuração dos fatos.

Alegam que os provimentos judiciais que permitiram a prorrogação das interceptações careceriam de fundamentação idônea, não tendo sido declinados elementos concretos aptos a justificá-la.

Aduzem que não foram juntadas aos autos as transcrições das conversas captadas, nem mesmo das expressamente mencionadas na peça vestibular, o que contrariaria o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei 9.296/1996.

Entendem que o indeferimento do pedido de produção de provas técnicas para analisar a evolução do mercado de gás de cozinha no Distrito Federal violaria os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Argumentam que os denunciados fariam jus à suspensão condicional do processo, que teria sido obstada na origem em decorrência de excessos acusatórios.

Requerem o provimento da insurgência, para que seja reconhecida a ilicitude das interceptações telefônicas que antecederam a deflagração penal e da instrução realizada sem a transcrição dos trechos pertinentes à investigação, bem como para que seja determinada a implementação de perícia para submissão de elemento indiciário unilateralmente produzido ao contraditório, reconhecendo-se o excesso de acusação.

Contra-arrazoado o reclamo (e-STJ fls. 612/613), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo a liminar sido indeferida, nos termos da decisão de fls. 620/622.

O Ministério Público Federal, às fls. 629/637, manifestou-se pelo desprovimento do inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional, pretende-se, em síntese, o reconhecimento da ilicitude das interceptações telefônicas que antecederam a deflagração penal e da instrução realizada sem a transcrição dos trechos pertinentes à investigação, bem como a determinação da implementação de perícia para submissão de elemento indiciário unilateralmente produzido ao contraditório, reconhecendo-se o excesso de acusação.

Como se sabe, o sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal e, para que haja o seu afastamento, exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada, nos termos do artigo 93, inciso IX da Carta Magna.

Em reforço às regras contidas na Lei Maior, o artigo 5º da Lei 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, preceitua, *verbis*:

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Sobre o referido dispositivo, Guilherme de Souza Nucci expõe que:

Se o pleito deve ser minucioso, indicando a necessidade da diligência e os meios a serem empregados, é natural que a decisão judicial também contenha elementos precisos do que será realizado, incluindo o objetivo e os números telefônicos interceptados. Se possível, o que é desejável, o nome dos envolvidos, a fim de restringir abusos estatais, consistentes na captação de conversas estranhas à meta da investigação do processo criminal. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 765).

Na espécie, o magistrado autorizou a quebra do sigilo telefônico ante a extrema gravidade dos fatos noticiados na representação ministerial, que indicam a prática de crime contra a ordem econômica, consistente na possível fixação artificial de preços e controle regionalizado do mercado, se mostrando necessária a medida para a adequada individualização das condutas e apuração do fato delituoso, ressaltando não haver “outros meios de produção de provas disponíveis para o efetivo aprofundamento das investigações policiais” (e-STJ fls. 416/417).

E, ao permitir a continuidade do monitoramento, bem como a inclusão de novos terminais, a autoridade judicial consignou que, de acordo com o Ministério Público, “as conversas até agora captadas das pessoas que tiveram a quebra deferida demonstram que os alvos falam constantemente ao telefone sobre preços, às vezes entre si, em outros momentos com outros vendedores, sendo que no período de interceptação houve reuniões”, elementos probatórios que demonstram a necessidade de prorrogação da interceptação e inclusão de novos terminais, “pois até agora se mostram como providências imprescindíveis para a elucidação do caso em apuração” (e-STJ fl. 420).

Em novo pronunciamento, o togado de origem autorizou a prorrogação da quebra do sigilo telefônico, *uma vez que os prefixos em questão, ao que tudo indica, são constantemente utilizados pelos investigados para conjecturar estratégias de*

formação de cartel entre distribuidoras e revendedores de botijões de gás”, permitindo, ainda, “a ampliação da medida para os prefixos pertencentes aos gerentes do Nacional Gás Butano e SHV, identificados como Leandro e ‘Bira’, além do revendedor Luiz Claudio”, que, ao que tudo indica, também integram o cartel em comento (e-STJ fl. 423).

Em mais uma decisão que permitiu o afastamento do sigilo telefônico dos investigados, o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Ceilândia/DF assentou que a medida restritiva “é imperiosa para o aprofundamento das investigações, notadamente quanto aos novos números indicados para interceptação para que sejam robustecidos os elementos de convicção acerca dos novos suspeitos quanto ao seu envolvimento no cartel, bem como no tocante aos demais para que sejam referendadas as provas até o momento produzidas” (e-STJ fl. 426)

Da leitura dos mencionados julgados, percebe-se que a interceptação telefônica foi justificada em razão da suspeita da prática de graves infrações penais pelos investigados, tendo sido prolongada no tempo em razão do conteúdo das conversas monitoradas, que indicaram a existência de um cartel de revenda de gás liquefeito de petróleo - GLP em atuação no Distrito Federal.

Não se pode olvidar que as condutas investigadas na ação penal em apreço são praticadas à clandestinidade, devendo-se ressaltar que os envolvidos combinavam reuniões e discutiam o preço dos botijões de gás na maioria das vezes por meio de comunicações telefônicas, circunstância que bem evidencia a necessidade de se permitir aos agentes responsáveis pela apuração dos fatos a excepcional quebra do sigilo telefônico.

Imperioso frisar, ainda, que é ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável.

Isso porque, conforme consignado alhures, o órgão responsável pelas investigações apresentou justificativas plausíveis para a excepcional utilização da interceptação telefônica, consistente, entre outras, na forma de atuação criminosa dos investigados, argumento que foi acolhido pela autoridade judiciária que o reputou idôneo, olvidando-se a defesa de trazer aos autos elementos de informação que indiquem o aqodamento da medida, notadamente porque as diligências mencionadas nas razões recursais - prévia oitiva dos recorrentes, cumprimento das ordens de serviço referentes à identificação dos

revendedores possivelmente coagidos pelo cartel e colheita do depoimento do denunciante - não permitem, à toda evidência, a obtenção dos dados alcançados com o monitoramento telefônico dos envolvidos.

Por oportuno, colhe-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, quando comentam o dispositivo em apreço:

Mas poderão surgir dúvidas, na *praxis*, quando a interceptação tiver sido autorizada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova, demonstrando-se após que outros existiam. Parece-nos que, nesse caso, a interceptação não poderá ser considerada ilícita (*rectius*, ilegítima), por configurar a exigência do inc. II do art. 2º requisito necessário à autorização, mas não condição de validade da prova. Se, naquele momento, à cognição sumária do juiz, a quebra do sigilo pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido legal e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios. (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 174.)

Com idêntica orientação, merecem menção os seguintes julgados deste Sodalício:

Penal e Processual Penal. Agravo regimental recurso especial. Tráfico de drogas. Interceptações telefônicas. Nulidade. Cumprimento dos requisitos legais. (...).

(...)

II - Ademais, "é ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável" (RHC 79.999/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 3/3/2017).

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.735.437/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Prejudicialidade da impetração afastada. Nulidade das interceptações telefônicas. Inocorrência. Investigações preliminares que demonstraram a necessidade da medida. Fundamentação idônea. Revisão fático-probatória. Agravo regimental provido. *Habeas corpus* não conhecido.

(...)

3. *Em atenção ao art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.296/96, a interceptação telefônica só será deferida quando não houver outros meios de produção de prova. Nos termos da Jurisprudência desta Corte, cabe a parte demonstrar por quais outros procedimentos investigatórios seriam suficientes para a elucidação da autoria dos delitos investigados, sendo que afastar as conclusões das instâncias ordinárias sobre a adequação de tais meios demanda o aprofundado revolvimento fático probatório, vedado na via eleita.*

Agravo Regimental provido. *Habeas Corpus* não conhecido.

(AgRg no HC 214.917/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)

Portanto, estando-se diante de decisões devidamente motivadas, que justificaram a quebra do sigilo telefônico e o seu prolongamento com base, essencialmente, nas informações coletadas pela autoridade policial e pelo Ministério Público indicativas da prática criminosa atribuída aos investigados, não há que se falar em ilicitude das provas dela decorrentes.

No que se refere à alegação de que não teria sido realizada a degravação e a transcrição dos áudios obtidos com as interceptações, prevalece nos Tribunais Superiores o entendimento de que tal providência revela-se dispensável, bastando que seja franqueado às partes o acesso aos diálogos monitorados.

A propósito, confira-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Associação ao tráfico. Interceptação telefônica. Decisão fundamentada. Transcrição integral. Prescindível. Absolvição. Reexame. Minorante. Inviável. Agravo regimental não provido.

(...)

2. *Devidamente fundamentada a decisão de quebra do sigilo telefônico, não há nulidade nas provas obtidas mediante as escutas.*

Além disso, é prescindível a transcrição integral dos diálogos obtidos por meio da interceptação.

(...)

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 517.813/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 21/08/2018)

Agravo regimental no *habeas corpus*. (...) Transcrição integral do conteúdo da interceptação telefônica. Desnecessidade. Agravo regimental desprovido.

(...)

V - Destaque-se o entendimento predominante da jurisprudência de que não é obrigatória a transcrição integral do conteúdo das interceptações telefônicas, uma vez que a Lei 9.296/96 não faz qualquer exigência nesse sentido.

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 430.854/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018)

No mesmo sentido, colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Interceptação telefônica. (...) 6. Degravação integral dos diálogos interceptados. Desnecessidade. Precedentes. (...) 10. Denegada a ordem.

(HC 130.729, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, Processo Eletrônico DJe-288 divulg 13/12/2017 public 14/12/2017)

Na espécie, o magistrado singular consignou que “a defesa teve total acesso às mídias contendo os áudios das conversas encartadas”, circunstância que demonstra a inexistência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, é necessário esclarecer que, ao contrário do que sustentado nas razões recursais, não foi indeferido o pedido de degravação de 57 (cinquenta e sete) diálogos requerido pelo órgão ministerial (e-STJ fls. 432/434), tendo o togado de origem determinado a expedição de ofício ao Instituto de Criminalística para que a diligência fosse implementada, tal como requerida (e-STJ fl. 511), o que reforça a inexistência de qualquer eiva apta a macular o processo, notadamente porque, com a juntada aos autos das mencionadas transcrições, as partes poderão sobre elas se manifestar, bem como pleitear o que entenderem de direito.

Quanto ao aventado cerceamento do direito de defesa dos recorrentes ante o indeferimento da realização de perícia por eles requerida, sabe-se que, embora o acusado, no processo penal, tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma motivada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.

Confira-se, a propósito, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem “embora se cuide de direito, isso não impede que o juiz da causa examine a pertinência da prova requerida (ver, por exemplo, art. 400, § 1º, CPP), tendo em vista que cabe a ele a condução do processo, devendo, por isso mesmo, rejeitar as diligências manifestamente protelatórias.” (Curso de processo penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 294).

Não destoam a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Organização criminosa, ocultação de bens, direitos e valores. Jogo do bicho. (...) Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. (...) Supressão. *Habeas corpus* não conhecido.

(...)

V - O acusado no processo penal tem direito à produção de prova. No entanto, o Magistrado tem discricionariedade para indeferir, motivadamente, aquelas que reputar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, nos termos do art. 400, § 1º, do CPP, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 445.132/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/05/2018, DJe 04/06/2018)

Embargos de declaração em *habeas corpus* recebidos como agravo regimental. Princípios da fungibilidade, celeridade e economia processual. Homicídios qualificados e roubo. (...) Produção de prova. Indeferimento motivado. Cerceamento de defesa. Inocorrência. (...) Agravo improvido.

(...)

3. O art. 400, § 1º, do CPP, autoriza o Magistrado a indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, uma vez que é ele o destinatário da prova, de modo que o indeferimento fundamentado da prova requerida pela defesa, não revela cerceamento de defesa, quando justificada sua prescindibilidade para o deslinde da controvérsia.

(...)

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no HC 411.833/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018)

O Supremo Tribunal Federal adota o mesmo entendimento:

EMENTA: Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Crime de responsabilidade de prefeito. Artigo 1º, I, do Decreto Lei n. 201/67. Incidência do princípio do “pas de nullité sans grief”. Suscitados vícios na instrução processual. Possibilidade de o magistrado indeferir provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade na via eleita. Impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Agravo regimental desprovido. 1. *É possível ao magistrado, nos termos do artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal, indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Precedentes: HC 135.026, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 24/10/2016; HC 135.133-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 01/02/2017. (...) 8. Agravo regimental desprovido.*

(RHC 153.941 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, Processo Eletrônico DJe-115 divulg 11/06/2018 public 12/06/2018)

Agravo regimental em *habeas corpus*. 2. Operação “Publicano/PR”. 3. Alegação de ofensa à ampla defesa decorrente do indeferimento de diligências requeridas na fase do art. 402 do Código de Processo Penal. 4. *Não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de diligências pleitadas, se estas forem consideradas desnecessárias pelo magistrado a quem compete analisar a necessidade e conveniência de tais requerimentos. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(HC 137.316 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 17/11/2017, Processo Eletrônico DJe-272 divulg 28/11/2017 public 29/11/2017)

Na hipótese em apreço, os réus, em resposta à acusação, requereram a “realização de prova técnica de análise quanto à evolução do mercado de gás de cozinha no Distrito Federal”, o que foi indeferido pelo Juiz de Direito por não vislumbrar “sua necessidade, tampouco sua imprescindibilidade, uma vez que consta dos autos relatório do PROCON, acompanhado de outros documentos, que indicam o monitoramento de preços de gás de cozinha durante o período dos fatos, restando inócua tal diligência” (e-STJ fl. 510).

Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de produção da perícia pleiteada, o que afasta o constrangimento ilegal suscitado na presente insurgência.

Ademais, é imperioso salientar que, para se concluir que a prova em questão seria indispensável para a comprovação das teses defensivas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita, consoante vem decidindo este Sodalício:

Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Extorsão mediante sequestro, roubo majorado e associação criminosa armada. Sentença condenatória confirmada pelo Tribunal estadual. Trânsito em julgado da condenação. (...) Pedido de perícia indeferido. Motivação idônea. Princípio do livre convencimento motivado. (...) *Writ* não conhecido.

(...)

8. *Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida, necessária seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via eleita.*

(...)

18. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 283.746/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

Processual Penal. Prescrição e nulidade por falta de sustentação oral. Matérias não decididas no acórdão atacado. Não conhecimento sob pena de supressão de instância. Suspeição de juiz e indeferimento de prova pericial. Tema impróprios ao veio restrito do *habeas corpus*.

(...)

3 - *É do juízo de primeiro grau a aferição da conveniência e oportunidade sobre a produção de determinada prova que, se for impertinente, poderá ser indeferida, motivadamente. Ir além disso, importa em dilação probatória.*

4 - Impetração conhecida em parte e, nesta extensão, denegada a ordem.

(HC 405.958/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

No tocante ao alegado excesso acusatório, extrai-se da denúncia que no período de agosto de 2009 a maio de 2010, data da deflagração da Operação Júpiter, em diversos locais do Distrito Federal e, principalmente nas sedes das empresas distribuidoras e dos diversos revendedores de gás liquefeito de petróleo - GLP, os réus, agindo de maneira consciente e voluntária, mediante conjugação de esforços e unidade de desígnios, associaram-se em quadrilha para o fim de praticar crimes contra a ordem econômica em detrimento da livre concorrência e do consumidor do Distrito Federal (e-STJ fls. 61/62).

Por tais fatos, imputou aos recorrentes os crimes de formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal) e formação de cartel (artigos 4º, inciso I, alínea “a”, 4º, inciso II, alínea “a”, e 4º, inciso I, alínea “f”, todos da Lei 8.137/1990).

Ao afastar a alegação de inexistência de concurso material entre cartéis, o Juízo de origem asseverou que “a denúncia aponta para a existência de três condutas criminosas distintas, que teriam sido praticadas contra a ordem econômica, em períodos diversos e por autores distintos, sendo elas: a fixação artificial de preços de GLP através de acordo entre distribuidoras e revendedoras, a divisão de clientes através de acordo entre as distribuidoras e o impedimento ao funcionamento de empresas através de acordo para eliminação parcial da concorrência”, condutas que “constituem crimes parcialmente distintos, praticados com desígnios autônomos, possivelmente praticados em concurso material, por se tratarem, em especial, de condutas distintas entre si, o que será definitivamente decidido na devida fase de julgamento do feito” (e-STJ fl. 509).

Da mesma forma, repeliu a ocorrência de *bis in idem* na imputação dos crimes de cartel e quadrilha em concurso material porque “se tratam de crimes distintos, pois em um o bem jurídico tutelado é a paz pública e no outro a tutela é da ordem econômica”, não havendo “vínculo de dependência entre os crimes de cartel e formação de quadrilha, uma vez que a existência do crime de cartel não depende da existência de uma quadrilha que se reúna para a prática de diversos crimes, como ocorreu no caso em tela” (e-STJ fl. 509).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assinalou que “a questão relativa à possível consunção entre os crimes de associação criminosa e formação de cartel demanda incusão pormenorizada nas provas dos autos, a fim de colher-se os subsídios necessários à constatação de seus elementos constitutivos” (e-STJ fl. 543).

Pois bem, consoante consignado nas decisões impugnadas, para se atestar se haveria ou não concurso material entre as condutas que caracterizariam o crime de cartel, bem como para se concluir que não haveria autonomia entre a associação criminosa e a formação de cartel, seria necessário o exame de matéria fático-probatória, procedimento incompatível com a via eleita.

A propósito:

Habeas corpus. Quadrilha e cartel. Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Princípio da consunção. Tese insusceptível de apreciação na via eleita. Juízo de admissibilidade da denúncia em dois atos. Finalidades distintas. Decisão judicial fundamentada. Manifesto constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem não conhecida.

(...)

3. A absorção do crime de quadrilha (atualmente denominado de associação criminosa) pelo delito de cartel, em sede de habeas corpus, se mostra insusceptível

de apreciação, sendo mister aguardar a instrução criminal para apurar, com verticalidade cognitiva, se efetivamente foram dois crimes distintos ou se um foi absorvido pelo outro.

(...)

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 248.795/PB, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 03/02/2015)

Todavia, mesmo com a manutenção da capitulação jurídica dada aos fatos pelo Ministério Público, verifica-se que, na hipótese em apreço, encontra-se atendido o requisito objetivo para a proposta de suspensão condicional do processo.

Com efeito, o *sursis* processual está previsto no *caput* do artigo 89 da Lei 9.099/1995, *verbis*:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Ao interpretar o mencionado dispositivo legal, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que quando para o crime seja prevista pena alternativa de multa, que é menos gravosa do que qualquer sanção privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos pressupostos para a concessão da benesse.

Nesse norte:

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90. Pena mínima cominada igual a dois anos. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Transação penal. Possibilidade. Recurso a que se dá provimento.

1. O preceito sancionador do delito descrito no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 comina pena privativa de liberdade mínima igual a dois anos ou multa.

2. Consistindo a pena de multa na menor sanção penal estabelecida para a figura típica em apreço, é possível a aplicação dos arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95.

3. Recurso ordinário a que se dá provimento, a fim de que o Ministério Público do Estado de São Paulo se manifeste acerca das propostas de transação penal

e suspensão condicional do processo, afastado o argumento referente à pena mínima cominada para o referido crime.

(RHC 54.429/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 29/04/2015)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. Suspensão condicional do processo. Crime que prevê pena de multa alternativamente à pena privativa de liberdade. Possibilidades. Precedentes do STJ e do STF. Ordem concedida.

1. *É cabível a suspensão condicional da pena aos delitos que prevêem a pena de multa alternativamente à privativa de liberdade, ainda que o preceito secundário da norma legal comine pena mínima superior a 1 ano. Precedentes do STJ e do STF.*

2. Ordem concedida para que o Ministério Público Estadual verifique se a paciente preenche os demais requisitos necessários para a concessão da suspensão condicional do processo, formulando-lhe a proposta, em caso afirmativo.

(HC 126.085/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 16/11/2009)

A mesma compreensão é adotada pelo Pretório Excelso, a exemplo do seguinte precedente:

Ementa: Ação penal. Crime contra relações de consumo. Pena. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Admissibilidade. Recusa de proposta pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida. Interpretação do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo.

(HC 83.926, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-101 divulg 13/09/2007 public 14/09/2007 DJ 14/09/2007 pp-00085 Ement Vol-02289-02 pp-00307 RTJ Vol-00204-02 pp-00737 RT v. 97, n. 867, 2008, p. 525-528 REVJMG v. 58, n. 181, 2007, p. 553-556)

No caso em exame, considerando-se que os fatos assestados aos réus ocorreram antes das alterações promovidas no artigo 288 do Código Penal pela Lei 12.850/2013, e no artigo 4º da Lei 8.137/1990 pela Lei 12.529/2011, verifica-se que as penas mínimas cominadas aos delitos em questão são de 1 (um) ano para a quadrilha ou bando, e de 2 (dois) a 5 (cinco) anos *ou* multa para a formação de cartel.

Por conseguinte, sendo os crimes contra a ordem econômica sancionados com reprimenda alternativa de multa, a sua prática em concurso material com a quadrilha não enseja *sanção mínima superior a 1 (um) ano* de reclusão, não subsistindo, assim, o óbice levantado pelas instâncias de origem, razão pela qual os autos devem ser encaminhados ao Ministério Público para que se manifeste sobre a proposta de suspensão condicional do processo, afastado o argumento referente à pena mínima cominada aos ilícitos descritos na denúncia.

Nesse sentido:

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90. Pena mínima cominada igual a dois anos. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Transação penal. Possibilidade. Recurso a que se dá provimento.

1. *O preceito sancionador do delito descrito no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 comina pena privativa de liberdade mínima igual a dois anos ou multa.*

2. *Consistindo a pena de multa na menor sanção penal estabelecida para a figura típica em apreço, é possível a aplicação dos arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95.*

3. Recurso ordinário a que se dá provimento, a fim de que o Ministério Público do Estado de São Paulo se manifeste acerca das propostas de transação penal e suspensão condicional do processo, afastado o argumento referente à pena mínima cominada para o referido crime.

(RHC 54.429/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 29/04/2015)

Ante o exposto, *dá-se parcial provimento* ao recurso para determinar que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios se manifeste sobre a proposta de suspensão condicional do processo, afastado o óbice relativo à pena mínima cominada aos crimes imputados aos recorrentes.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 92.907-SC (2017/0324797-7)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Recorrente: C C DE S

Advogados: Gustavo Amorim - SC016863
Gustavo Costa Ferreira - SC038481
Francisco Yukio Hayashi - SC038522
Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Processual Penal e Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Requisição de informações pela Receita Federal diretamente a instituições bancárias. Possibilidade. Constituição de crédito tributário. Remessa dos dados para fins de instauração de persecução penal. Validade. Recurso desprovido.

1. Esta Quinta Turma, recentemente decidiu: “no julgamento do RHC n. 75.532/SP, assentou-se que o envio dos dados sigilosos pela Receita Federal à Polícia ou ao Ministério Público, *após o esgotamento da via administrativa, com a constituição definitiva de crédito tributário, decorre de mera obrigação legal de se comunicar às autoridades competentes a possível prática de ilícito, o que, por certo, não pode representar ofensa ao princípio da reserva de jurisdição*. Portanto, não há se falar em ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, em virtude do compartilhamento com o Ministério Público para fins penais, de dados bancários legitimamente obtidos pela Receita Federal e compartilhados no cumprimento de seu dever legal, sem autorização judicial, *por ocasião do esgotamento da via administrativa fiscalizatória, em virtude da constatação de possível prática de crime tributário*. Essa é exatamente a hipótese dos autos, motivo pelo qual não há qualquer irregularidade na *representação fiscal para fins penais* que subsidiou a denúncia apresentada contra o recorrente, não havendo se falar, portanto, em nulidade. Reformulação parcial do ponto de vista originário do Relator” (HC 464.896/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1º/10/2018).

2. Em recente julgado a eg. Terceira Seção reafirmou orientação jurisprudencial no sentido de que “a interpretação consentânea com a dogmática penal do termo ‘descontado’ é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por

substituição, enquanto o termo ‘cobrado’ deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito.” (HC 399.109/SC, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Terceira Seção, DJe 31/8/2018). Outrossim, perquirir sobre o dolo da conduta é questão que somente deverá ser esclarecida durante a instrução processual, sendo inadmissível seu debate na via eleita, ante a necessária incursão probatória.

3. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Sustentaram oralmente: Dr. Francisco Yukio Hayashi (p/recte) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 16.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por C C DE S contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina proferido no julgamento do HC n. 4015032-41.2017.8.24.0000.

Extrai-se dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 (crime contra a ordem tributária).

Irresignada com o recebimento da denúncia, a defesa impetrou a ordem originária que restou denegada em acórdão assim ementado (fl. 278):

Habeas corpus. Prática, em tese, de crime contra a ordem tributária (art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90).

Alegação de nulidade da prova por violação ao sigilo fiscal. Não ocorrência. Inexistência de óbice ao acesso às informações fiscais pelo Ministério Público. Exegese do art. 198, § 3º, do Código Tributário Nacional.

Pedido de trancamento da ação penal. Alegada atipicidade da conduta por mero inadimplemento tributário. Repasse obrigatório dos valores recolhidos a título de ICMS ao fisco, os quais são arcados pelo consumidor final. Ausência de recolhimento do tributo que tipifica o crime. Dolo genérico, que dispensa a intenção de fraudar o fisco. Crime, ademais, que se consuma com a simples omissão no recolhimento do tributo. Precedentes.

Alegada inépcia da denúncia. Peça acusatória que descreve de forma satisfatória o fato imputado ao paciente. Requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal atendidos. Ampla defesa assegurada. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem conhecida e denegada.

No presente recurso, alega ausência de justa causa para a ação penal, por ser a conduta de declarar ICMS próprio e não pagar atípica.

Aduz que a denúncia está fundada em provas ilícitas, uma vez que obtidas por meio de quebra de sigilo fiscal, sem autorização judicial.

Sustenta, ainda, que o enquadramento da conduta no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 viola artigos da Constituição Federal – CF e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Requer o trancamento da Ação Penal n. 0900176-48.2015.8.24.0045, em trâmite na 1ª Vara Criminal de Palhoça/SC.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 419/420 e 431/435.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso em parecer que recebeu o seguinte sumário:

Penal e Processo Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Repasse obrigatório dos valores recolhidos a título de ICMS ao fisco, os quais são arcados pelo consumidor final. Omissão de recolhimento. Conduta tipificada no artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/90. Denúncia que atende aos requisitos legais exigidos e descreve crime em tese. Inépcia não evidenciada. Notícia de fato. Crédito tributário constituído. Licitude da prova iniciada na exordial acusatória. Impossibilidade de trancamento da ação penal na via estreita do writ. Precedentes.

Parecer pelo improvemento do recurso. (fl. 443)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Busca-se no presente recurso a declaração de ilicitude das provas obtidas pelo Delegado da Receita Federal, por meio da quebra de sigilo bancário da recorrente, sem autorização judicial e repassadas posteriormente ao Ministério Público para propor a persecução penal.

São estes os fundamentos do acórdão atacado, *litteris*:

De início, a defesa pugna pelo reconhecimento da ilicitude das provas, porque obtidas em violação ao sigilo fiscal. Segundo ele, as investigações presididas pelo Ministério Público são nulas, em razão de ter solicitado diretamente à Fazenda Pública documentos para o processo, sem ter havido autorização judicial para acesso às informações fiscais sigilosas do contribuinte.

Contudo, razão não lhe assiste, uma vez que não há óbice ao acesso do Ministério Público aos dados fiscais da empresa, com a finalidade de apuração de prática delitiva, nos termos do art. 198, § 3º, do Código Tributário Nacional:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

[...]

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I - representações fiscais para fins penais.

Nesse sentido, já decidiu esta Segunda Câmara Criminal:

Habeas corpus. Prática, em tese, de crime contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90, art. 1º, II). Alegação de falta de constituição do crédito tributário em relação ao paciente por ausência de cientificação do processo administrativo rechaçada. Lançamento definitivo do tributo. Intimação da empresa da qual é o único sócio-administrador. Violação de sigilo fiscal. Não ocorrência. Inépcia da peça acusatória. Descrição, ainda que sucinta, da conduta perpetrada. Requisitos do art. 41 do CPP preenchidos. Constrangimento ilegal inexistente.

Ordem denegada. (TJSC, Habeas Corpus n. 2014.067634-5, da Capital, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 21/10/2014).

Desse modo, não há falar em ilicitude da prova por violação ao sigilo fiscal, uma vez que o acesso aos dados fiscais da empresa ocorreram na forma da lei.

Superado esse pormenor, convém ressaltar que o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, cabível apenas quando flagrante a ausência de fundamentos para embasar a acusação, quer pela atipicidade da conduta, pela manifesta inocência dos pacientes ou pela existência de alguma causa excludente da culpabilidade.

Os impetrantes sustentam, em síntese, que o caso dos autos divergiria da hipótese de imposto submetido ao regime de substituição tributária e que o mero inadimplemento tributário não poderia ser considerado crime. Aduzem, ademais, que não há justa causa para a deflagração da ação penal, uma vez que a conduta supostamente praticada pelo paciente é atípica. Afirmam, por fim, que a peça acusatória é manifestamente inepta, razão pela qual pugnam pelo trancamento da ação penal.

No entanto, ao contrário do que sustentam os impetrantes, o tributo devido pelo paciente (ICMS) é imposto considerado indireto, cujo ônus financeiro de arcar com o pagamento recai sobre o consumidor final, e não sobre aquele que possui o dever de recolhe-lo ao fisco.

Esclarece-se que o empresário, no momento em que calcula o preço final do produto, acresce a ele os valores referentes ao imposto a ser pago, por conta das operações tributáveis que serão realizadas e que determinarão a ocorrência do fato gerador do tributo.

Dessa forma, é o consumidor final, e não o próprio empresário, que arca com o valor a ser pago ao fisco, hipótese em que cabe a este repassar, no prazo legal, os valores arrecadados, de modo que o empresário figura como depositário dos valores pagos pelo consumidor, mas que pertencem ao erário.

Assim, não se está diante apenas de um débito fiscal, como afirmaram os impetrantes, mas, sim, de aparente apropriação dos valores de impostos descontados ou cobrados de terceiros aos cofres públicos, sendo o paciente, assim, o sujeito passivo do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

No caso, a constituição do crédito tributário está demonstrada pelos valores contidos nas Declarações de ICMS e do Movimento Econômico - DIMES (fls. 23/25, 26/28, 29/31, 37/39 dos autos na origem), bem como pelas Notificações Fiscais n. 126030014514 (fl. 06), 136030035594 (fl. 51), 126030330270 (fl. 07), 136030010060 (fl. 84), 136030053428 (fl. 94), 146030071172 (fl. 104), 136030524340 (fl. 110) e 146030028943 (fl. 119) que evidenciam a suposta apropriação indevida do valor total de R\$ 2.498.572,99 (dois milhões, quatrocentos e noventa e oito mil, quinhentos e setenta e dois reais e noventa e nove centavos) do ICMS que deveria

ser recolhido aos cofres públicos nos períodos de novembro e dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, março, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2013, março e abril de 2014.

Nesta esteira está caracterizado, em tese, o dolo do paciente, não havendo falar, também, em atipicidade da conduta delituosa, pois ele, de maneira consciente, arrecadou o tributo de terceiros (contribuintes de fato), mas não o repassou ao Estado, o que é suficiente à deflagração da ação penal. (fls. 281/283)

Com efeito, esta Quinta Turma, recentemente decidiu que “no julgamento do RHC n. 75.532/SP, assentou-se que o envio dos dados sigilosos pela Receita Federal à Polícia ou ao Ministério Público, *após o esgotamento da via administrativa, com a constituição definitiva de crédito tributário, decorre de mera obrigação legal de se comunicar às autoridades competentes a possível prática de ilícito, o que, por certo, não pode representar ofensa ao princípio da reserva de jurisdição.* Portanto, não há se falar em ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, em virtude do compartilhamento com o Ministério Público para fins penais, de dados bancários legitimamente obtidos pela Receita Federal e compartilhados no cumprimento de seu dever legal, sem autorização judicial, *por ocasião do esgotamento da via administrativa fiscalizatória, em virtude da constatação de possível prática de crime tributário.* Essa é exatamente a hipótese dos autos, motivo pelo qual não há qualquer irregularidade na *representação fiscal para fins penais* que subsidiou a denúncia apresentada contra o recorrente, não havendo se falar, portanto, em nulidade. Reformulação parcial do ponto de vista originário do Relator” (HC 464.896/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1º/10/2018).

No mesmo sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Compartilhamento de dados bancários obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público, para fins da persecução criminal. Esgotamento da via administrativa fiscalizatória e constatação de possível crime. Legalidade da prova. Comunicação que decorre de obrigação legal. Ausência e ofensa à reserva de jurisdição. Agravo provido.

I - É lícito o compartilhamento promovido pela Receita Federal, dos dados bancários por ela obtidos a partir de permissivo legal, com a Polícia e com o Ministério Público, ao término do procedimento administrativo fiscal, quando verificada a prática, em tese, de infração penal. Precedentes.

II - Não ofende a reserva de jurisdição a comunicação promovida pela Receita Federal nas condições supra descritas, por decorrer de obrigação legal expressa.

Agravo provido. (AgRg no REsp 1.601.127/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 26/09/2018)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Requisição de informações pela Receita Federal diretamente a instituições bancárias. Possibilidade. Constituição de crédito tributário. Remessa dos dados para fins de instauração de persecução penal. Imposição legal decorrente de constituição definitiva de crédito tributário. Ilegalidade do conjunto probatório não verificada. Análise que demanda incursão no acervo probatório colhido durante a investigação criminal. Competência do juízo da causa. Impossibilidade na via eleita. Ausência de flagrante ilegalidade. Recurso desprovido.

1. A Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, reconhecida a repercussão geral da matéria, firmou entendimento no sentido de que a requisição de informações pela Receita Federal às instituições financeiras prescinde de autorização judicial. Dessa forma, para fins de constituição de crédito tributário, não há que se falar em ilegalidade no compartilhamento de informações entre instituição bancária e fisco.

2. Por outro lado, permanece incólume o entendimento segundo o qual, uma vez obtidas as informações pela Receita Federal, seu encaminhamento ao Ministério Público ou autoridade policial para fins de instauração de ação penal ou inquérito constitui violação do princípio da reserva de jurisdição. *In casu*, o envio das informações pela Receita Federal à Autoridade Policial decorreu exclusivamente de obrigação legal, tendo em vista o esgotamento da via administrativa e constituição definitiva de crédito tributário, constatada a existência de ilícito penal. Precedentes.

3. Em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

Desse modo, ao menos em tese, não se vislumbra ilegalidade nas provas indicadas pela exordial acusatória. Diante dos estreitos limites do rito, afigurar-se-ia prematuro determinar o trancamento da ação penal.

Considerando a demonstração da existência de materialidade delitiva e indícios de autoria, as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias até o presente momento acerca da legalidade das provas produzidas somente poderão ser afastadas após profunda incursão fático-probatória, a ser efetuada no bojo da instrução criminal, sendo inadmissível seu debate na via eleita, ante a necessária incursão probatória.

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. (RHC 75.532/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 17/05/2017)

De outra parte, registra-se que em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

É certa, ainda, a possibilidade de encerramento prematuro da persecução penal nos casos em que a denúncia se mostrar inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, o que, de todo modo, não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.

De fato, no caso em comento, após análise dos autos, mormente da detida leitura da inicial acusatória, e na esteira das conclusões da Corte *a quo*, tem-se que a denúncia ofertada pelo *Parquet* local, faz a devida qualificação dos acusados, descreve de forma objetiva e suficiente a conduta delituosa por eles perpetrada, que, em tese, configura crime (não recolhimento, no prazo legal, dos valores decorrentes do ICMS pagos pelo consumidor final e cobrados pelo sujeito passivo da obrigação - *Armada Yachts – Indústria e Comércio de Embarcações Náuticas Ltda.*, no intervalo de novembro e dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, março, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2013, março e abril de 2014, causando prejuízo aos cofres públicos no montante de R\$ 2.498.572,99), assim como as circunstâncias do seu cometimento, demonstrando indícios suficientes de autoria, prova da materialidade e a existência de nexo causal e, ao revés do alegado nas razões recursais, não faz imputações genéricas, traz, outrossim, relação de testemunhas, pelo que se mostra em conformidade com o comando pertinente do Estatuto Processual Penal, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

Impende acrescer, ainda, que, considerando a demonstração da existência de materialidade delitiva e indícios de autoria, a alegação de ausência de justa causa para a ação penal somente deverá ser debatida durante a instrução processual, sendo inadmissível seu debate na via eleita, ante a necessária incursão probatória. Ademais, “registra-se que o crime contra a ordem tributária previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.” (RHC 29.662/SC, Rel. Min. *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 18/6/2013, DJe 01/07/2013)”.

Confirmam-se, por oportuno, os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Não recolhimento de ICMS por meses seguidos. Apropriação indébita tributária. Absolvição sumária. Impossibilidade. Declaração pelo réu do imposto devido em guias próprias. Irrelevância para a configuração do delito. Termos “descontado e cobrado”. Abrangência. Tributos diretos em que há responsabilidade por substituição e tributos indiretos. Ordem denegada.

1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária - tal qual se dá com a apropriação indébita em geral - o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.

2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial.

3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão “descontado ou cobrado”, o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que “descontam” ou “cobram” o tributo ou contribuição.

4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo “descontado” é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo “cobrado” deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito.

5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal.

6. *Habeas corpus* denegado. (HC 399.109/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 31/08/2018)

Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Sonegação fiscal. Trancamento do processo-crime. Excepcionalidade. Justa causa para a persecução penal. Necessidade de revolvimento fático-probatório. Atipicidade da conduta. Inocorrência. Recurso não provido.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. Se as instâncias ordinárias reconheceram, de forma motivada, que existem elementos de convicção a demonstrar a materialidade delitiva e autoria delitiva quanto à conduta descrita na peça acusatória, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do *writ*.

3. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

4. No caso em exame, a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve a conduta atribuída ao ora recorrente – consistente no não recolhimento, no prazo legal, dos valores decorrentes do ICMS pagos pelo consumidor final e cobrados pelo sujeito passivo da obrigação, por dezesseis vezes, causando prejuízo aos cofres públicos no montante de R\$ 112.386,37 –, tendo havido a explicitação do liame entre os fatos descritos e o seu proceder, além do período em que ocorreram as práticas delituosas, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios.

5. Hipótese em que a peça acusatória permite a deflagração da ação penal, uma vez que narrou fato típico, antijurídico e culpável, com a devida acuidade, suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas, viabilizando a aplicação da lei penal pelo órgão julgador e o exercício da ampla defesa pela denúncia.

6. “O tipo penal em estudo, art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, não se confunde com o mero inadimplemento, uma vez que a conduta delitiva depende do fato de o tributo não repassado ter sido descontado ou cobrado do contribuinte. Nesse contexto, tem-se que o crime em tela só pode ser praticado pelo substituto tributário, que retém o imposto devido nas operações anteriores ou nas seguintes, em nome do contribuinte real” (HC 161.785/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/12/2016).

7. Recurso não provido. (RHC 87.749/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 25/4/2018)

Processual Penal. Denúncia. Sonegação fiscal. Crime societário. Autoria coletiva. Descrição fática. Suficiência. Demonstração de indícios de autoria. Inépcia. Não ocorrência. Ação penal. Trancamento. Falta de justa causa. Ausência de dolo. Não demonstração.

1. Nos crimes de autoria coletiva admite-se a descrição genérica dos fatos, se não for possível, como na espécie, esmiuçar e especificar a conduta de cada um dos denunciados.

2. Indícios de autoria demonstrados, havendo liame entre a atuação dos recorrentes e os fatos narrados. Plausibilidade da acusação.

3. Direito de defesa assegurado, em face do cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

4. O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de dolo), não relevada, *primo oculi*. Intento, em tal caso, que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do *writ*.

5. Recurso ordinário não provido. (RHC 81.695/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 7/4/2018)

Agravo regimental em recurso especial. Processual Penal e Penal. Crime tributário. Art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. ICMS cobrado do substituído. Não recolhimento aos cofres públicos. Alegação de atipicidade. Mero inadimplemento. Não ocorrência. Dolo específico. Inexigência.

I - A decisão merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

II - "Não há falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal" (RHC n. 44.466/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 29/10/2014).

III - E esse entendimento aplica-se ao caso de não recolhimento de ICMS que foi incluído em serviços ou mercadorias colocadas em circulação, mas não recolhido aos cofres públicos, como na presente hipótese. (Precedentes).

IV - "O tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 não exige elemento subjetivo específico, mas apenas o ato voluntário de deixar de repassar ao fisco o valor do tributo descontado ou cobrado de terceiro na qualidade de sujeito passivo da obrigação, ainda que declarado, sendo irrelevante o especial fim de se apropriar de tal numerário ou de obter proveito particular com o crime" (AgRg no AREsp n. 772.503/SC, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 29/2/2016).

Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.631.400/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 18/10/2017)

Assim, não se cogita de ofensa à Constituição Federal ou à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois, como visto, o fato típico não foi constituído pelo mero inadimplemento tributário.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso em *habeas corpus*.