



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 403.318-MG (2017/0139941-0)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Impetrante: Aguinaldo Paula de Assis

Advogado: Aguinaldo Paula de Assis - MG174373

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Jose Geraldo Alves Fonseca

EMENTA

Habeas corpus. Concussão. Prisão preventiva substituída. Medida cautelar de monitoramento eletrônico. Excesso de prazo verificado. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida, ratificada a liminar.

1. A aferição da existência de excesso de prazo para a formação da culpa decorre da exigência de observância do preceito constitucional inserto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Tal verificação, contudo, não se realiza de forma puramente matemática. Reclama, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesados não só o tempo da prisão provisória, mas também as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem como quaisquer fatores que possam influir na tramitação da ação penal.

2. Na espécie, apesar de o paciente não estar preso, em janeiro de 2016 foi-lhe imposto o monitoramento eletrônico em substituição à custódia cautelar, o qual, dadas as implicações inerentes ao seu uso, também deveria ter duração razoável. Entretanto, contrariamente à recomendação expressa do Tribunal de origem, no julgamento do *writ* originário, de antecipação da audiência outrora marcada para 7/2/2018, o Juízo de primeiro grau postergou ainda mais a realização da assentada em questão, alterando-a para 21/6/2019, fazendo, com isso, protrair no tempo o monitoramento eletrônico, o que configura evidente constrangimento ilegal ocasionado ao paciente, já que o uso de tornozeleira caracteriza restrição gravosa da liberdade.

3. Ordem concedida, ratificada a liminar.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 17 de abril de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 30.4.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Jose Geraldo Alves Fonseca*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC n. 1.0000.16.093761-1/000).

Consta dos autos ter sido o paciente preso em flagrante, em 25/11/2015, custódia essa convertida em preventiva, pela suposta prática do crime de concussão (art. 316 do Código Penal), pois, em razão da função que ocupava, teria exigido para si, diretamente, vantagem indevida da vítima.

Por ocasião do julgamento do *habeas corpus* impetrado na origem, a segregação cautelar foi substituída, em janeiro de 2016, por medidas cautelares, entre elas o monitoramento eletrônico (e-STJ fl. 204).

Posteriormente, objetivando a retirada do monitoramento eletrônico ante o decurso de tempo transcorrido desde a imposição da medida, a defesa ingressou com outro remédio constitucional no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo a ordem sido denegada nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 202):

Habeas corpus. Descumprimento injustificado de medida cautelar de monitoração eletrônica. Quebra do compromisso. Revogação de monitoramento. Impossibilidade. Ordem denegada.

O paciente, embora tenha sido advertido, descumpriu medida de monitoração eletrônica, não tendo comparecido em juízo para justificar o inadimplemento. Tal atitude revela seu descaso com o compromisso assumido, devendo a ordem ser denegada.

No *writ* impetrado nesta Corte, argumentou o impetrante, naquela ocasião, ter o paciente permanecido sob monitoramento eletrônico por mais de 1 ano e 6 meses, o que, a seu ver, seria mais gravoso que eventual condenação, destacando que a medida em questão tem ocasionado constrangimento ilegal ao paciente.

Buscou, inclusive liminarmente, fosse “retirado o equipamento (tornozeleira eletrônica), tendo em vista que não estão presentes os requisitos ensejadores para manutenção do paciente em monitoramento eletrônico, com a imediata expedição de ordem de retirada do equipamento em favor deste” (e-STJ fl. 16).

Liminar indeferida às e-STJ fls. 264/265.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, “com recomendação de que o Juízo de origem antecipe a audiência de instrução e julgamento para a data mais próxima” (e-STJ fl. 327).

Às e-STJ fls. 331/334, aviou a defesa pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a medida liminar, afirmando que a audiência de instrução e julgamento, antes designada para janeiro de 2018, foi redesignada para junho de 2019, de modo que não atendida a recomendação do Tribunal *a quo*, no julgamento do *writ* originário, de antecipação daquela audiência.

Aduziu que militam em favor do paciente condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito e “que a retirada da tornozeleira não trará nenhum prejuízo ao andamento processual” (e-STJ fl. 332).

Enfatizou, ainda, que a demora de 4 anos para a realização da audiência não foi ocasionada pela defesa do paciente, de forma que a apontada desídia somente pode ser atribuída ao Estado.

Requeru, assim, fosse “reapreciada a liminar para conceder a retirada da tornozeleira do paciente José Geraldo Alves Fonseca, até o julgamento do mérito” (e-STJ fl. 334).

Em 5/4/2018, diante dos fatos novos trazidos pela defesa, reconsiderarei a decisão que outrora negou a medida de urgência e deferi a liminar a fim de afastar o monitoramento eletrônico imposto ao paciente pelo Tribunal de origem até o julgamento definitivo deste *habeas corpus*.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Pois bem. Como cediço a aferição da existência de excesso de prazo para a formação da culpa decorre da exigência de observância do preceito constitucional inserto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que assim dispõe:

A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

É que compete ao aparelho estatal empregar meios que possam dar celeridade aos processos sob sua tutela, mormente na hipótese de réu preso, evitando-se, com isso, que o acusado seja submetido a uma privação de liberdade que, pelo decurso do tempo, acabe por convolar-se em cumprimento antecipado de pena.

Não obstante, a constatação da violação à garantia constitucional acima referida não se realiza de forma puramente matemática. Reclama, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesados não só o tempo da prisão provisória mas também as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem como quaisquer fatores que possam influir na tramitação da ação penal.

Na espécie, não se trata de réu preso pois, consoante consignado no relatório, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em janeiro de 2016, no julgamento de *habeas corpus* impetrado em favor do ora paciente, substituiu a segregação cautelar por medidas cautelares alternativas, entre elas o monitoramento eletrônico (e-STJ fl. 204).

Todavia, não se olvida que o monitoramento eletrônico, dadas as implicações inerentes ao seu uso, também deva ter duração razoável.

Embora a defesa não tenha juntado aos autos prova que demonstrasse que, de fato, houve a remarcação da audiência para data longínqua, informações obtidas mediante contato telefônico estabelecido com a 2ª Vara Criminal da Comarca de Betim/MG, e confirmadas por meio de envio de correio eletrônico, noticiam que, tal como alegado, a audiência de instrução e julgamento está designada para 21/6/2019.

Ora, compulsando os autos verifico que, no julgamento do *habeas corpus* impetrado no Tribunal mineiro, aquela Casa, apesar de denegar a ordem que objetivava o afastamento da monitoração eletrônica do paciente, recomendou expressamente a antecipação da audiência outrora marcada para 7/2/2018.

Entretanto, não apenas diferentemente do recomendado mas também contrariamente à proposição de segundo grau, o Juízo de primeiro grau postergou ainda mais a realização da assentada em questão, alterando-a para 21/6/2019, fazendo, com isso, protrair no tempo o monitoramento eletrônico imposto desde janeiro de 2016 (e-STJ fl. 204), o que, a meu ver, configura evidente constrangimento ilegal ocasionado ao paciente, a ser coibido por esta Corte, já que o uso de tornozeleira caracteriza restrição gravosa da liberdade, que, como tal, também deve ter duração razoável, nos exatos moldes do que se exige para a prisão processual.

Aliás, embora possa haver motivação suficientemente para o monitoramento em questão, uma vez que consta do acórdão informações do Juízo de primeiro grau no sentido de que “o paciente teria apresentado a tornozeleira sem comunicação e com bateria totalmente descarregada e ainda sem o pino de plug macho e o carregador danificado pelo mau uso” (e-STJ fl. 204), o excesso de prazo ora constatado tornou ilegal a constrição imposta.

Recupero, por oportuno, as palavras do Ministro Nilson Naves, postas em seu voto proferido no julgamento do HC n. 43.153/BA:

As coisas hão de ter tempo e fim, hão de ter forma e medida, e os acontecimentos jurídicos não hão de ser diferentes; ao contrário, hão de ter, sempre e sempre, forma e medida (início, tempo e fim), por isso, quem sabe, é que já se escreveu que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo” (art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto n. 678, de 6.11.92). Também foi recentemente escrito na Constituição brasileira que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII).

(HC 43.153/BA, relator o Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 13/12/2005, DJe 27/03/2006)

Em caso análogo, guardadas as devidas particularidades, a Sexta Turma deste Tribunal Superior assim se posicionou:

[...]

4. A despeito das devidas razões para a decretação da prisão domiciliar do paciente, certo é que também a reclusão domiciliar - não só a constrição em estabelecimento prisional - há de ter duração razoável. A chamada reforma do

Judiciário, vazada na Emenda Constitucional n. 45/2004, erigiu à categoria de direito fundamental “a razoável duração do processo” (art. 5º, inciso LXXVIII).

5. *Inicialmente em presídio e, agora, em sua residência, depara-se o réu sob as garras do Estado desde junho de 2016, vale dizer, há 1 ano e 4 meses, sem que sequer haja acusação formal. Desde agosto de 2016, porta-se o paciente com tornozeleira eletrônica impedindo sua plena liberdade.*

[...]

7. *Ordem concedida para relaxar a prisão domiciliar do paciente e determinar a cessação da medida cautelar prevista no art. 319, IX, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que o Juízo de primeiro grau, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma (ou mais) das demais medidas cautelares implementadas pela Lei n. 12.403/2011.*

(HC 401.775/AC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017, grifei)

À vista do exposto, ratifico a liminar e *concedo a ordem* a fim de afastar o monitoramento eletrônico imposto ao paciente nos autos da ação penal a que fazem referência estes autos.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 408.593-SP (2017/0174305-3)

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Impetrante: Eugênio Carlo Balliano Malavasi e outro

Advogados: Eugenio Carlo Balliano Malavasi - SP127964

Patrick Raasch Cardoso - SP191770

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Edson Cholbi Nascimento (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Nulidade dos acórdãos que julgaram os embargos de declaração. Não ocorrência. Omissão e contradição ausentes.

Teses inéditas. Impossibilidade de apreciação. Intenção de revisão do julgado. Improriedade dos aclaratórios.

1. Os embargos de declaração, como se infere da redação do art. 619 do Código de Processo Penal, supõem defeitos na mensagem do julgado, em termos de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade, isolada ou cumulativamente. Precedentes.

2. A omissão configura-se quando o magistrado ou o colegiado deixam de apreciar questões relevantes para o julgamento da causa, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício. Já contradição decorre da existência de proposições inconciliáveis entre si.

3. Na espécie, todas as matérias indicadas nos aclaratórios foram abordadas à saciedade. Buscou a defesa, por meio do recurso integrativo, a reapreciação de controvérsias amplamente analisadas em tema de apelação. Para tal desiderato, porém, não se prestam os embargos de declaração.

4. De mais a mais, apenas diante de omissão a se aclarar ou de contradição a ser extirpada, serão conferidos aos aclaratórios efeitos infringentes. À mingua, porém, da presença de desses defeitos, o acórdão apenas pode ser reformado por meio do recurso próprio.

5. Outrossim, não cabe inovar em tema de aclaratórios, para neles incluir matéria absolutamente estranha ao conteúdo do aresto embargado. Aliás, ainda que superado este óbice, evidente a incompetência do Tribunal de Justiça para a apreciação de eventual pedido de extensão, pois tal requerimento deveria ter sido formulado perante o órgão prolator da decisão cujos os efeitos se pretendiam estender ao paciente. Precedentes.

6. Conclusivamente, não ocorrendo, como no caso não ocorreu, nenhum dos defeitos descritos no art. 619 do Código de Processo Penal, não tinham cabimento os aclaratórios opostos, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional. Precedentes.

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, denegar a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o(a) Adv(a) Eugenio Carlo Balliano Malavasi, pela parte paciente: Edson Cholbi Nascimento

Brasília (DF), 13 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe 26.3.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Edson Cholbi Nascimento*, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Foi o paciente – e os demais corréus – denunciado pela suposta prática das condutas descritas no art. 1º, incisos I e VII, da Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 9.613/1998, bem assim no § 4º do art. 1º do mesmo diploma legal, todos na forma do art. 69 do Código Penal.

Nos termos da peça acusatória, os acusados, agindo em concurso e com unidade de desígnios, de modo habitual e por intermédio de organização criminosa, formaram associação dirigida à prática de lavagem de dinheiro oriundo do tráfico de entorpecentes, ocultando e dissimulado a propriedade de bens, direitos e valores provenientes, de forma direta ou indireta, do tráfico de drogas.

Superadas as demais fases processuais, o paciente foi condenado à pena de 33 (trinta e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 1.160 (mil, cento e sessenta) dias-multa, concedido o recurso em liberdade.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Os desembargadores integrantes da Décima Quarta Câmara de Direito Criminal, em sessão de julgamento realizada em 23 de fevereiro de 2017, por unanimidade de votos, rejeitaram as preliminares e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso para reduzir as reprimendas a 12 (doze) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 42 (quarenta e dois) dias-multa.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados pela Turma Criminal, por unanimidade, em 30 de março de 2017, com a determinação de expedição de mandado de prisão após o decurso do prazo.

Houve nova oposição de embargos de declaração pelos causídicos, os quais, em 22 de junho de 2017, por votação unânime, foram rejeitados.

Aos 20 de julho de 2017, a defesa apresentou novos aclaratórios, os quais foram rejeitados por unanimidade pelo colegiado local, determinando-se a imediata expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

No Superior Tribunal de Justiça, buscam os impetrantes seja declarada a nulidade dos acórdãos que rejeitaram os embargos de declaração, porquanto não enfrentadas todas as teses expostas pela defesa.

Esclarecem que, ao apreciarem o acórdão de apelação, notaram a ocorrência de omissões e contradições referentes a estes temas: (I) conversão do julgamento em diligência para que fosse solicitado ao Magistrado singular cópias integrais dos autos da medida cautelar da interceptação telefônica; (II) sobrestamento do feito até que fosse apurada a autoria do delito antecedente; (III) nulidade da ação penal em face da ausência de fundamento da decisão relativa às interceptações telefônicas; (IV) ausência de provas bastantes à condenação seja em relação a todos os delitos pelos quais o paciente foi condenado, seja no que se refere ao delito de lavagem de dinheiro proveniente de organização criminosa, seja no tocante a suposta prática estampada no art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei n. 9.613/1998 ou em relação a suposta prática do artigo 1º, § 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/1998. Entretanto, sublinham que os aclaratórios foram rejeitados sob o singelo argumento de que não havia omissões a serem sanadas, sendo inviável emprestar caráter infringente aos aclaratórios. Destacam que, “tendo em conta que uma circunstância somente chegou ao conhecimento da defensoria técnica do paciente após a oposição dos anteriores embargos de declaração (pena aplicada aos réus no processo desmembrado ter sido muito menor que aquela imposta ao paciente – cf. doc. n. 7), suscitou-se no novo aclaratório, ainda que emprestando caráter infringente e para garantir o prequestionamento de tal questão, a possibilidade de aplicação analógica da regra contida no artigo 580 do Código de Processo Penal” (e-STJ fl. 8). Porém, sublinham que, mais uma vez, o colegiado local rejeitou os embargos consignando o nítido caráter protelatório do inconformismo. Asserem que nenhum dos embargos opostos pela defesa possuía caráter procrastinatório. Ponderam que a intenção da defesa jamais foi a de obstar a execução provisória da reprimenda, mas sim a “declaração, de

forma pontual, do v. acórdão quanto aos argumentos defensivos trazidos em sede de apelação e repisados e/ou inovados quando da oposição dos aclaratórios manejados, ainda que de forma excepcional” (e-STJ fl. 13).

Entendem possível a apreciação pelo colegiado local, em tema de embargos de declaração, de questão superveniente não ventilada no recurso de apelação, na forma do art. 489 do Código de Processo Civil.

Diante de todas essas considerações, pedem, em tema liminar, possa o paciente aguardar em liberdade o julgamento do presente inconformismo.

No mérito, buscam seja declarada a nulidade dos acórdãos que apreciaram os embargos de declaração opostos pela defesa, determinando-se ao Tribunal de Justiça que aprecie as matérias ali trazidas como entender de direito.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 529/533).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do presente remédio constitucional (e-STJ fls. 697/698).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Como vimos do relatório, o cerne da questão reside na alegação de nulidade dos acórdãos que rejeitaram os embargos de declaração, porquanto não enfrentadas todas as teses expostas pela defesa.

Numa e noutra passagem da inicial, há alegações deste porte:

(I) embora os causídicos tenham se valido do único recurso bastante para sanar omissões e contradições, bem como para garantir o prequestionamento das matérias, “nem mesmo questões que não haviam sido ventiladas em razões de apelação e que somente chegaram ao conhecimento da defesa após tal julgamento foram analisadas pela Douta Turma Julgadora, a qual, na primeira oportunidade, limitou-se a afirmar que não havia omissões a serem sanadas e que seria impossível emprestar efeito suspensivo aos aclaratórios, ao passo que, no julgamento dos demais embargos, os rejeitou sob o argumento de que tinham eles caráter procrastinatório” (e-STJ fl. 6); (II) a autoridade apontada como coatora preocupou-se “apenas e tão somente com o cumprimento antecipado da pena corporal do paciente, ignorando, por outro lado, os argumentos e teses defensivas sustentadas” (e-STJ fl. 11).

Consoante se depreende dos autos, nos primeiros aclaratórios opostos pela defesa, o então apelante anunciou a existência de vícios na manifestação judicial, mormente quanto às seguintes questões:

(I) omissão no enfrentamento do pleito de conversão do julgamento em diligência para a juntada da medida cautelar de interceptação telefônica;

(II) lacuna a respeito da alegação de ausência de fundamentação das decisões que determinaram as interceptações telefônicas e suas prorrogações;

(III) hiato referente aos argumentos de que o sentenciado não teve envolvimento nos negócios de Ronaldo relativos à locadora de automóveis, à mineradora e a outros empreendimentos;

(IV) contradição ao repelir o pedido de sobrestamento do feito até o julgamento do processo pelo crime de tráfico de entorpecentes;

(V) vácuo no tocante à aplicação de precedente do Supremo Tribunal Federal acerca da inviabilidade de interceptações telefônicas deferidas por meio de decisões judiciais padronizadas.

Observem que, relativamente à primeira omissão assinalada pela defesa, fez-lhe referência o colegiado local nesta passagem:

Diversamente do que sustentou a ilustrada Defesa de Edson, o v. Acórdão não deixou de apreciar seu pedido de conversão do julgamento em diligência; ao contrário, indeferiu-o expressamente e fundamentadamente, após afirmar que todo material relativo às interceptações já fora disponibilizado às defesas. (e-STJ fl. 378).

De fato, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em tema de apelação, anunciou que as defesas dos acusados tiveram acesso às gravações telefônicas efetivadas, “deixaram de impugnar as transcrições realizadas, como se abstiveram de requerer degravação de qualquer conversação” (e-STJ fl. 275). Diante desse cenário, indeferiu, “por desnecessário, o pedido de conversão em diligência formulado pelo réu Edson” (e-STJ fl. 277).

A propósito da segunda pecha – ausência de fundamentação das decisões que determinaram as interceptações telefônicas e suas prorrogações – o colegiado local, pelas palavras do Desembargador relator, estatuiu desta maneira (e-STJ fls. 365/375):

Tal como ocorrera nas razões de apelação, significativa parcela das impugnações ao v. Acórdão diz respeito à rejeição das múltiplas preliminares opostas pelas Defesas à interceptação telefônica.

A propósito dessas preliminares, discorreu longamente o v. Acórdão:

2.1. As Defesas de Clóvis, Nicolau e Edson elegeram as interceptações telefônicas como alvos importantes de sua irresignação, acoimando-as de ilegítimas ou nulas, por nelas vislumbrarem ilegalidades de toda espécie.

Contudo, não se configurou nenhum dos incontáveis vícios apontados pelas Defesas na produção dessa prova.

Desde logo cumpre anotar que, diversamente do afirmado pelas Defesas, a r. sentença dedicou várias laudas à apreciação das apontadas nulidades na interceptação telefônica, o que se constata às fls. 14.665/14.668.

No que toca aos antecedentes da captação dos diálogos, alega-se: (1) que não há prova de diligências anteriores, a fornecer indícios que justificassem a interceptação, nem que esta fosse o único meio de demonstrar os fatos; (2) que houve equívoco quanto a uma pessoa na representação da Autoridade Policial, já que não existiu a mencionada conversa entre o réu Clóvis e Fernando Viana, em que o primeiro exigiria prestação de contas do segundo, tratando-se, na verdade, de conversa entre o corrêu Ronaldo e Fernando; (3) que a autorização de interceptação disse respeito apenas a réus de outro feito; (4) que essa autorização (bem como as decisões que autorizaram prorrogações), não foram devidamente fundamentadas.

Quanto às providências subsequentes, afirma-se: (5) que foram autorizadas ilegalmente várias prorrogações, quando a lei apenas autoriza uma prorrogação de prazo; (6) que o material resultante das interceptações veio aos autos apenas parcialmente e em cópias, não tendo sido disponibilizados às Defesas os originais, os quais foram destruídos por uma testemunha; (7) que não houve transcrição integral dos diálogos, os quais foram escolhidos e editados a seu bel prazer pelo Ministério Público (sem indicação das circunstâncias das conversas); (8) que não houve perícia de identificação das vozes.

2.1.1. Na contramão do alegado pela Defesa, a representação policial pelo deferimento das interceptações, acompanhada de relatório 7, apontou a presença dos requisitos previstos na Lei n. 9.696/96, necessários à realização da diligência.

De fato, relata o Delegado de Polícia que uma pessoa, cuja identidade não foi fornecida, delatou dois traficantes de entorpecentes, Marcelo e Fernando Viana, os quais 'comercializam no atacado, ou seja, compram e vendem grandes quantidades de cocaína, mas costumam negociar apenas com conhecidos ou pessoas indicadas, tudo para não serem surpreendidos'.

Longe de representar desde logo pela interceptação, a Autoridade Policial determinou diligências tendentes a averiguar a delação.

Segundo o relatório do investigador de polícia, 'visando apurar citada denúncia, passei a manter contato com o traficante Marcelo, passando-me

por comprador de drogas, interessado em adquirir cocaína no atacado. As conversas travadas dão certeza de que se trata de traficante, que comercializa entorpecentes em grandes quantidades. Contudo, referido traficante vem relutando em atender os pedidos deste subscritor, visto estar desconfiado de minhas intenções, vindo a adiar ou evitar um contato pessoal.

Assim, para o avanço das investigações, imprescindível que se intercepte e monitore as linhas de uso de Marcelo e Fernando, acima referidas, cujo acompanhamento poderá fornecer maiores subsídios não só sobre suas localizações, mas de seus contatos e 'modus operandi', dando mais recursos para a negociação em andamento" 8 Como se percebe, a partir da delação anônima realizaram-se diligências, as quais indicaram que Marcelo e Fernando eram traficantes; no entanto, a postura destes impediu o prosseguimento das investigações, não restando outro caminho senão a interceptação telefônica.

Nenhuma ilegalidade, portanto.

2.1.2. Iniciados os trabalhos de interceptação, relatou a Autoridade Policial que as escutas confirmaram efetivamente a prática de tráfico de entorpecentes, o qual envolvia, além dos dois primeiros averiguados, outras pessoas, cujas linhas também se tornaram alvos, por autorização judicial.

Constata-se que as representações oferecidas pelo Delegado de Polícia são minuciosas e precisas, dando conta, a cada postulação, dos elementos que as embasam.

É fato que há referência a um interlocutor cuja alcunha era Nal, a qual se assemelha à alcunha de Clóvis (Nai).

Ainda que tenha havido equívoco acerca daquela pessoa na representação da Autoridade Policial, é certo que a linha interceptada pertencia a ela, e trouxe indícios de prática efetiva do tráfico de entorpecentes.

Eventual equívoco do Delegado de Polícia a esse respeito nem de longe poderia viciar a diligência, a qual, nos termos do artigo 3º da Lei no. 9.296/96 pode ser decretada pelo Juiz até mesmo de ofício.

No mais, se foi Clóvis ou outro o interlocutor de Fernando no indigitado diálogo, e qual o peso dessa conversa na prova contra Clóvis, são questões meritórias.

2.1.3 A primeira autorização para interceptação telefônica, é verdade, mirou apenas Fernando e Marcelo. Contudo, basta analisar as representações subsequentes da Autoridade Policial, seguidas de relatórios de investigação, para compreender que o desenvolvimento da diligência, como já aludido, apontou outros envolvidos, cujas linhas foram igualmente interceptadas mediante expressas autorizações judiciais.

2.1.4 Como também já mencionado, as representações da Autoridade Policial, seguidas de relatórios de investigação, minudenciaram as circunstâncias que autorizavam as diligências.

Elas foram invariavelmente seguidas de pareceres do Ministério Público. Diante dos termos dessas manifestações, nada impedia o Magistrado de simplesmente encampá-las.

Embora sucintas, as decisões judiciais se mostram, pois, suficientemente fundamentadas, lastreando-se nesses requerimentos.

2.1.5 Diversamente do que foi sustentado, é consagrado na jurisprudência das Cortes Superiores o entendimento de que não há limite para o número de prorrogações dos prazos das interceptações.

Nesse sentido:

[...]

2.1.6. Diversamente do que sustentam as Defesas, estas tiveram acesso às gravações realizadas.

Verifica-se que em 12 de dezembro de 2015 antes do recebimento da denúncia - o Ministério Público requereu “a juntada dos CDs relativos à interceptação telefônica desenvolvida nos autos 226/05 da 1ª Vara Criminal de Praia Grande”, tendo a MMA. Juíza despachado: “Junte-se apenas a petição. Os CD’s deverão ser provisoriamente arquivados em cartório”. 9 Não há dúvida de que os CD’s eram cópias daqueles que instruem ação penal em andamento, pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Ora, não há comprovação de que às Defesas tenha sido negado acesso aos originais que estão naqueles autos; da mesma forma, não há indicação de que as cópias juntadas a estes autos tenham sido maliciosamente manipuladas para incriminar falsamente qualquer dos acusados.

Aos CD’s que estavam em Cartório tiveram acesso os nobres Defensores; o zelo sempre demonstrado por todos faz presumir que os tenham analisado exaustivamente.

Nenhuma das Defesas, contudo, apontou qualquer indício concreto de edição das gravações; tampouco indicaram e requereram a transcrição de conversas não registradas, que viessem a desmentir as alegações contidas na denúncia.

Mais importante: à exceção da mencionada conversa entre Clóvis e Fernando, as Defesas se abstiveram de negar a realidade, ou mesmo de afirmar a imprecisão da transcrição de qualquer outro dos numerosos diálogos reproduzidos pelo órgão acusatório e pela sentença, que embasaram a condenação.

Conclui-se, pois, que os diálogos invocados pela sentença se verificaram, da forma como foram transcritos.

É o que importa.

2.1.7. Por óbvio, a realização da interceptação telefônica acaba por captar grande número de diálogos que não interessam à prova. Bem por isso, a Lei 9.296/96 autoriza mesmo a inutilização do registro desses diálogos (art. 9º).

Por conta dessa circunstância, é consagrado na jurisprudência o entendimento de que não há necessidade de transcrição integral dos diálogos, notadamente em casos de interceptações múltiplas e prolongadas, como aquelas realizadas nestes autos.

Confira-se:

[...]

A argumentação das Defesas faria sentido apenas na remota hipótese de existirem diálogos, não transcritos, cujo conteúdo confrontasse o sentido incriminador daqueles que, transcritos, contribuíram para dar supedâneo à condenação.

Caso houvesse, bastaria às Defesas apontar e requerer a transcrição desses trechos omitidos.

No entanto, embora, como já visto, tenham tido acesso às gravações, as Defesas, não apenas deixaram de impugnar as transcrições realizadas, como se abstiveram de requerer a transcrição de qualquer conversação.

Deduz-se não terem encontrado nenhuma lacuna relevante.

2.1.8 Por fim, de todo desnecessária a realização de perícia de identificação das vozes, podendo estas serem apuradas por qualquer meio de prova.

Já o argumento defensivo de que Edson não teve envolvimento nos negócios do corréu Ronaldo relativos à locadora de automóveis, à mineradora e a outros empreendimentos, ou de que sua participação foi de menor importância, foi afastado tendo em vista tratar-se de questão meritória, já devidamente apreciada no acórdão de apelação. Sublinhou o colegiado local, outrossim, que, diversamente do que foi afirmado pela defesa do ora paciente, o acórdão de apelação “aprofundou-se na análise da tipicidade das condutas, e deste passo deu razão, em parte, à defesa de Edson” (e-STJ fl. 380).

Por oportuno, confirmamos estas passagens do aresto:

4. Demonstrados os fatos, importa, agora, realizar a adequação da capitulação jurídica das condutas dos apelantes.

Não há dúvida de que respondem pelo crime do artigo 1º, *caput* e inciso I da antiga redação da Lei n. 9.613/98, em sua antiga redação:

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

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins.

A imputação do inciso VII do mesmo dispositivo se revela inócua, pois já havia tipificação legal, à época, da lavagem de produto do tráfico de drogas. Ademais, ainda não existia, ao tempo dos acontecimentos, definição legal de organização criminosa, o que tornava inaplicável o mencionado inciso VII.

Todas as condutas praticadas pelos réu – tomar o dinheiro sujo do tráfico e, com dolo de dar a ele aparência lícita, adquirir ou vender automóveis, empresas e imóveis, simular empréstimos, efetuar depósitos etc configuram ocultação ou dissimulação da origem desses valores.

A prática desse crime absorve aquela do delito do artigo 1º, § 2º inciso I da mesma lei (antiga redação):

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo.

Se o próprio agente foi autor da ocultação ou dissimulação, a utilização, por ele, daqueles bens, direitos ou valores, constitui mero exaurimento do crime.

No entanto, respondem os apelantes pelo crime do inciso II do § 2º do artigo 1º:

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Trata-se da formação de associação criminosa para fim de lavagem. Como já destacado, esse crime prescinde, a exemplo dos demais tipos penais de associação criminosa 15, de que todos os membros da associação se conheçam ou colaborem com todos os outros; basta que tenham dolo de aderir a ela, com ânimo de estabilidade. O tipo prescinde, igualmente, da efetiva prática de crimes pelo grupo, bastando que os membros se concertem para a formação da *societas sceleris*. Se, como no caso em tela, praticam habitualmente atos de lavagem, encontra-se configurada a majorante do § 4 do mesmo artigo 1º. da Lei de Lavagem.

A prova de que os apelantes se congregaram para depurar dinheiro estavelmente é fornecida pelo tempo de duração da associação (a denúncia

refere um período de mais de cinco anos), pelo impressionante número de operações de lavagem realizadas, pela organização hierárquica da associação e pelos vultosos valores lavados.

Respondem os apelantes, sem dúvida, por esse delito.

A causa de aumento de pena do § 4º do artigo 1º, conforme corretamente destacou a Defesa de Edson, somente era aplicável, na época dos fatos, ao crime do *caput*, e não àquele do § 2º:

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa.

Afasta-se a aplicação da majorante no que tange à ação de organização criminosa, seja porque inexistia definição legal dessa figura à época dos fatos, seja porque, reconhecido o delito de associação criminosa para a lavagem, a incidência da majorante configuraria *bis in idem*.

No entanto, a habitualidade da efetiva prática de atos de lavagem, revelada pela multiplicidade de condutas dessa natureza, praticadas por todos os réus ao longo de anos, sustenta a manutenção da causa de aumento de pena.

Ficam mantidas, portanto, as condenações, dando-se os réus como incurso no artigo 1º, *caput* e inciso I, c.c. o artigo 1º, § 4º, e no artigo 1º § 2º, II da Lei n. 9.613/98, c.c. os artigos 29 *caput* e 69 *caput* do Código Penal.

Prosseguindo, ao apreciar a alegação de contradição no tocante ao pedido de sobrestamento do feito até o julgamento do processo pelo crime de tráfico de drogas, ponderou a Corte local a ausência de “ambiguidade ou contradição no reconhecimento, de forma incidental, da questão prejudicial relativa à existência do crime de tráfico de entorpecentes, com o subsequente julgamento da questão prejudicada que constitui o mérito do presente, qual seja, a prática da lavagem de dinheiro, antes da solução do processo relativo ao tráfico” (e-STJ fl. 385).

Colacionou, nessa vereda, este excerto do acórdão de apelação:

Sustentam as Defesas de Edson e de Nicolau que a sentença ora recorrida não poderia ter sido proferida antes que fosse julgado o processo relativo ao crime precedente, qual seja, o tráfico de entorpecentes, do qual depende a configuração do crime de lavagem de dinheiro de que tratam estes autos. Além disso, a condenação por ambos os crimes configuraria indevido *bis in idem*.

Sem razão, contudo.

A existência do crime precedente constitui questão prejudicial homogênea eis que de natureza penal - em relação à configuração do crime acessório.

Diversamente do que ocorre com as prejudiciais heterogêneas, reguladas pelos artigos 92 e 93 do CPP, ao Juízo criminal não é imposto - aliás, nem sequer é permitido -, suspender o processo a fim de subordinar o julgamento da questão prejudicada ao deslinde de prejudicial de natureza penal.

Cabe ao Juízo criminal decidir incidentalmente a questão prejudicial (sem força de coisa julgada material), para depois julgar a questão prejudicada.

Aliás, a suspensão do processo em face de questão prejudicial somente é prevista, como obrigatória, nas questões não penais que digam respeito ao estado das pessoas (artigo 92 do CPP); nas demais questões, desde que extrapenais, o juiz criminal pode ou não suspender o processo, e, caso o faça, apenas por um ano (artigo 93 do CPP), ao fim do qual lhe caberá julgar a questão extrapenal facultativa.

Não há, insista-se, autorização legal para suspensão do processo em face de questão prejudicial homogênea. Fazê-lo, portanto, afrontaria o princípio da indeclinabilidade da jurisdição.

Em harmonia com a normatização geral da matéria, contida nos apontados dispositivos do CPP, o artigo 2º, inciso II da Lei no. 9.613/98 dispõe expressamente que o processo e julgamento dos crimes de lavagem independe 'do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento'.

Na hipótese de uma condenação pelo crime de lavagem de dinheiro ser seguida, mais tarde, de uma absolvição no feito diverso, pelo crime antecedente desde que calcada em inexistência de crime (incisos I, III ou VI primeira parte do CPP) - a questão deverá ser resolvida em sede de apelação, *habeas corpus* ou revisão criminal.

De outra parte, a tese de que configuraria indevido *bis in idem* a condenação do mesmo agente pelo crime antecedente e pela lavagem de dinheiro ignora, ou torna impunível, a chamada autolavagem (*selflaundering*).

Trata-se da hipótese em que o mesmo agente, após praticar a infração penal antecedente, ferindo o bem jurídico tutelado pela norma, não se limita a usufruir do produto do crime, mas realiza então uma nova conduta, ocultando ou dissimulando sua origem, vindo assim a ofender novo bem jurídico, qual seja, a administração da Justiça ou a ordem econômica.

Cuidando-se de condutas diversas, que atingem diferentes bens jurídicos, não há falar em *bis in idem*.

A propósito, ensinam GUSTAVO H. BADARÓ e PIERPAOLO BOTTINI:

[...]

Fica indeferido, portanto, o pleito da Defesa do réu Edson, voltado ao sobrestamento do presente feito até o julgamento do crime antecedente.

Por derradeiro, a lacuna referente à aplicação da orientação do Pretório Excelso foi afastada pelo colegiado local, pois, considerada suficiente a fundamentação apresentada pelo Magistrado singular ao autorizar a medida cautelar de interceptação telefônica e suas prorrogações, não haveria “como atender o reclamo da defesa de Edson, no sentido de aplicação do precedente do e. Supremo Tribunal Federal” (e-STJ fl. 379).

Nos segundos aclaratórios, sustentou a defesa a possibilidade de serem atribuídos efeitos infringentes aos embargos de declaração, na forma do art. 489 do Código de Processo Civil. Ponderou, ainda, que os temas apresentados nos primeiros aclaratórios não foram devidamente apreciados. Esclareceu que, embora o acórdão houvesse analisado o pedido de conversão do julgamento em diligência para a juntada da medida cautelar de interceptação telefônica, a defesa, em verdade, visava à juntada integral dos autos da medida cautelar, com o objetivo de apreciar as decisões que autorizaram a interceptação e suas prorrogações. Assim, afirmou a nítida confusão entre o que fora requerido e o decidido. Ressaltou, também, omissão na apreciação dos argumentos relativos à nulidade da interceptação, tendo em vista ter sido autorizada exclusivamente com base em denúncia anônima. Sublinhou, outrossim, que a quebra do sigilo telefônico foi autorizada por meio de decisão padronizada e utilizada de forma sucessiva. Destacou omissão na análise dos argumentos referentes à fragilidade probatória, bem assim à participação de menor importância do paciente nos crimes. Por derradeiro, apontou a notícia de que contra os corréus, em autos desmembrados, fora prolatada sentença e aplicada sanção menos severa, situação bastante a atrair o disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.

A Corte estadual, ao apreciar o inconformismo, acentuou que a maior parte das alegações foram objeto dos embargos anteriormente opostos, representando as demais inovação, “como se os embargantes pudessem agora, fazendo pouco caso da preclusão, invocar através de novos aclaratórios, ambiguidades, obscuridades, contradições ou omissões somente mais tarde a eles desveladas” (e-STJ fl. 481). Tal o quadro, os embargos foram rejeitados.

Reiterando os anteriores questionamentos, a defesa opôs os terceiros embargos de declaração. Estes foram de plano repelidos, esclarecendo o colegiado local que toda matéria discutida nos aclaratórios – que se limitou a repetir o quanto afirmado nos inconformismos anteriores – “ou foi exaustivamente analisada e decidida no v. acórdão que julgou a apelação, ou nem sequer foi objeto da apelação defensiva, configurando descabida inovação” (e-STJ fl. 497).

Assim também me parece.

Sem dúvida que toda decisão judicial deve ser clara e precisa, daí a importância dos embargos de declaração, recurso reservado, sabemos todos, a dissipar dúvidas derivadas da imprecisão da manifestação judicial.

Destinam-se os aclaratórios, portanto, ao aperfeiçoamento da tutela jurisdicional; cabíveis quando ficar evidenciada omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade, na forma do art. 619 do Código de Processo Penal. Não se prestam, portanto, não obstante o pendor democrático que ostentam, ao reexame de matérias de fato e de direito já apreciadas. Na mesma linha e em observância à natureza integrativa dos aclaratórios, afigura-se de todo inviável o conhecimento, de ofício, de matéria inédita, nem sequer devolvida no bojo do recurso de apelação.

A omissão descrita no referido diploma normativo, “configura-se quando o juízo ou tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício; ou quando não se manifesta sobre algum tópico da matéria submetida à sua apreciação, inclusive quanto ao ponto acessório, como seria o caso da condenação em despesas processuais. Mas inexistente omissão suprível por embargos de declaração quando se trata de matéria cuja apreciação dependia de provocação da parte, que não ocorreu”. A pecha da contradição sobressai “quando constam da decisão proposições inconciliáveis entre si. Pode haver contradição entre afirmações contidas na motivação, ou entre proposições da parte decisória. E pode ocorrer contradição entre alguma afirmação enunciada nas razões de decidir e o dispositivo. [...] É ainda concebível a ocorrência de contradição entre a ementa e o corpo do acórdão. [...] A contradição pode ainda verificar-se entre o teor do acórdão e aquilo que havia resultado da votação, apurável pela minuta do julgamento, pela ata, ou por seus elementos” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Antonio Magalhães Gomes FILHO. Antonio Scarance FERNANDES. Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. Revista dos Tribunais, p. 227/228).

Cabe referir que essa orientação tem sido reafirmada pelo magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

Embargos de declaração em recurso especial. Recurso que se esbarra em óbice de admissibilidade. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Pretensão de reexame. Incabimento.

1. O cabimento dos embargos de declaração em matéria criminal está disciplinado no artigo 619 do Código de Processo Penal, sendo que a inexistência dos vícios ali consagrados importam no desacolhimento da pretensão aclaratória.

2. *A omissão ocorre apenas quando o juiz deixa de apreciar questão suscitada e essencial para o deslinde do processo, o que não se confunde com a expressa recusa em decidir recurso fundado em matéria constitucional e que não preenche os requisitos específicos de admissibilidade notabilizados nos enunciados da Súmula da jurisprudência dos Tribunais Superiores.*

[...]

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1.525.437/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016, grifei.)

Processo Penal. Embargos de declaração em agravo regimental em agravo em recurso especial. Contradição. Inexistência. Prequestionamento de matéria constitucional. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

[...]

2. *Na espécie, a controvérsia foi solucionada integralmente, com fundamentação clara, adequada e suficiente, razão pela qual não há ofensa ao citado dispositivo. A insatisfação com o resultado trazido na decisão judicial não significa deficiência ou ausência de prestação jurisdicional.*

3. *Apenas autoriza a oposição do recurso integrativo a contradição que é interna ao julgado, e não a alegada contradição entre a fundamentação da decisão impugnada e outro parâmetro externo. Precedentes.*

[...]

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp 794.247/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 14/03/2016, grifei.)

Diante desse cenário, entendo que as conclusões constantes da decisão combatida não encerram nenhuma omissão ou contradição.

Não há nenhuma dúvida acerca da posição do julgador sobre os temas suscitados pela defesa, decorrente de manifestação confusa ou omissa.

Vimos linhas acima que todas as matérias indicadas nos aclaratórios foram abordadas à saciedade. Entendo, por isso mesmo, que não há como sustentar a nulidade da manifestação judicial. Na minha compreensão, buscou a defesa, por meio dos aclaratórios, a reapreciação de controvérsias amplamente analisadas em tema de apelação. Para tal desiderato, porém, não se prestam os embargos

de declaração, especialmente sob o pretexto da ocorrência de omissão. Ora, os embargos de declaração não se configuram como um recurso de revisão. De mais a mais, apenas diante de omissão a se aclarar ou de contradição a ser extirpada, serão conferidos aos aclaratórios efeitos infringentes. À mingua, porém, da presença de desses defeitos, o acórdão apenas pode ser reformado por meio do recurso próprio. Há mais: não cabe inovar em tema de aclaratórios, para neles incluir matéria absolutamente estranha ao conteúdo do aresto embargado. Aliás, ainda que superado este óbice, evidente a incompetência do Tribunal de Justiça para a apreciação de eventual pedido de extensão, notadamente em tema de aclaratórios. Isso porque, tal requerimento deveria ter sido formulado perante o órgão prolator da decisão cujos os efeitos se pretendiam estender ao paciente.

Presente esta moldura, não observei na espécie situação que desse amparo ao recurso integrativo. A jurisdição foi prestada mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão da defesa. Na minha compreensão, a pretexto de que se omitiu ponto sobre o qual o Tribunal de Justiça devia pronunciar-se, o que pretendia mesmo a defesa, até porque não há, repita-se, nenhuma pecha a ser sanada, era que os assuntos fossem rediscutidos. Não havia, de outra parte, como registrei acima, possibilidade de o colegiado local apreciar o pedido de extensão formulado pela defesa nos segundos aclaratórios. Em conclusão, não ocorrendo, como no caso não ocorreu, nenhum dos defeitos descritos no art. 619 do Código de Processo Penal, não tinham cabimento os aclaratórios opostos, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

Demais disso, impende observar que, a insistência da defesa nas mesmas teses, tendo em vista que em três oportunidades opôs embargos de declaração contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça, apresentando idênticos fundamentos, já exaustivamente apreciados, revela nítida intenção procrastinatória, situação de manifesto desrespeito aos deveres de lealdade processual e comportamento ético. Sobre o assunto, colaciono, apenas para ilustrar, decisão desta Turma no EDcl no REsp n. 1.455.581/PR, relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que não conheceu dos terceiros embargos de declaração opostos e, diante do propósito protelatório revelado pelo embargante, determinou o imediato cumprimento da reprimenda e a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal independentemente da interposição de outro recurso.

Esse mesmo entendimento foi perfilhado pela douta Subprocuradoria da República, que, ao opinar pelo não conhecimento do presente remédio constitucional, deixou assentado, de maneira irretocável que, “quando a decisão

encontra-se lastreada em amplo arcabouço probatório, a pretensão de nulidade do acórdão guerreado, além de insubsistente, implica o reexame de matéria fático-probatória dos autos, impossível de ser satisfeita na via estreita deste *mandamus* [...]. Consta-se nos autos que, a título de ocorrência de contradições e omissões no acórdão vergastado, o impetrante pretende provocar a revisão das decisões que rejeitaram os 3 embargos declaratórios opostos e, ainda, tentar postergar a execução provisória da pena. Frise-se que a incidência da Súmula n. 7/STJ também impede rever a conclusão do Tribunal *a quo*, de que os embargos declaratórios tiveram nítido caráter protelatório, culminando na impossibilidade de oposição de novos embargos declaratórios ou de qualquer outro recurso de natureza ordinária, conforme os ditames do artigo 1.026, § 4º, do novo CPC, e resultando na determinação da execução provisória da pena” (e-STJ fls. 697/698).

No mesmo caminhar, destaco estes precedentes:

Habeas corpus. Tráfico de drogas e associação. Sentença. Apelação julgada. Omissão inexistente. Embargos de declaração. Teses novas. Vedação. Ilegalidades na dosimetria da pena. Temas não examinados pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. *Writ* não conhecido.

1. Não há que falar em nulidade do acórdão, por falta de exame das teses suscitadas pela Defesa, se todas as matérias objeto da apelação foram devidamente enfrentadas.

2. Não era de se exigir que o Tribunal de origem, em sede de embargos de declaração, apreciasse alegações que não haviam sido objeto da apelação, pois o âmbito dos aclaratórios é restrito às hipóteses previstas do art. 619 do Código de Processo Penal, não servindo para suscitar teses novas.

[...]

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 119.804/MT, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/10/2011, grifei)

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico ilícito de entorpecentes. Extensão da revogação da custódia deferida aos corréus. Similitude que deve ser auferida pelo Tribunal *a quo*, que concedeu a benesse. Incompetência desta Corte Superior para análise do pedido. Superveniência de sentença penal condenatória. Ausência de prejudicialidade da análise da prisão preventiva. Decisão que não agrega fundamentos ao decreto prisional. Revogação da custódia antecipada. Impossibilidade. Fundamentação idônea. Periculosidade social evidenciada. Quantidade e natureza das drogas. Circunstâncias do delito. Reiteração delitiva.

Necessidade de resguardar a ordem pública. Réu que permaneceu preso durante toda a instrução penal. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Flagrante ilegalidade não evidenciada. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual 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.

2. *O pedido de extensão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, deve ser formulado perante o Juízo ou o Tribunal prolator da decisão cujos efeitos se pretendam estender. Assim, na presente hipótese a competência para análise do pedido de extensão é do Tribunal de origem, que concedeu a ordem em habeas corpus impetrado em favor dos corréus.*

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 396.546/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 06/11/2017, grifei.)

Embargos de declaração. Ação penal originária. Crimes de falsidade ideológica, peculato, corrupção ativa e prevaricação, imputados a Conselheiros de Tribunal de Contas Estadual. Rejeição da denúncia por ausência de justa causa (artigo 395, inciso III, do CPP). Análise completa de todos os fatos e suas consequências jurídicas. Exame feito à luz dos artigos 1º e 6º da Lei n. 8.038/1990. Absoluta falta de ambiguidade, contradição, obscuridade e omissão (artigo 619 do CPP) do acórdão embargado. Improriedade dos declaratórios, recurso de agregação, como via de reexame do contexto fático e sua interpretação pelo órgão colegiado. Rejeição.

[...]

O recurso dos embargos de declaração, medida processual de contorno bastante rígidos, tem como pressupostos a existência na decisão embargada de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (artigo 619 do Código de Processo Penal).

Tendo o acórdão da Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça apreciado e interpretado juridicamente o extenso contexto fático descrito na denúncia, impossível nos declaratórios debater a correção ou desacerto da manifestação colegiada.

Embargos de declaração conhecidos e desprovidos, por absoluta ausência de demonstração dos supostos defeitos no julgado.

(EDcl na APn 691/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 06/08/2014, DJe 18/09/2014, grifei.)

Processual Penal. EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no Recurso Especial. Omissão e contradição. Inexistência. Revisão do julgado desfavorável. Efeitos infringentes.

Impossibilidade. Embargos rejeitados. Manifesto caráter protelatório. Envio dos autos ao Supremo Tribunal Federal para julgamento dos recursos extraordinários pendentes.

1. Não há falar em omissão e contradição no acórdão embargado, pois a matéria foi decidida com a devida e clara fundamentação, sufragando-se o entendimento de que a substancial modificação da sentença pelo acórdão, que não apenas aumentou o quantum de pena, mas também a própria tipificação do delito, deve ser considerado novo marco interruptivo da prescrição.

[...]

5. A reiterada insistência dos recorrentes evidencia nítido caráter protelatório dos recursos, configurando abuso do direito de defesa.

6. Embargos rejeitados, determinando o imediato encaminhamento dos autos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação dos recursos extraordinários pendentes de julgamento.

(EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1.170.545/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 1º/08/2017, grifei.)

Processual Penal. Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Inexistência dos vícios elencados no art. 619 do CPP. Nítido caráter protelatório. Execução imediata do julgado.

1. Os embargos de declaração possuem fundamentação vinculada, dessa forma, para seu cabimento, imprescindível a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal.

2. A superveniência de inúmeros recursos contestando o não conhecimento do agravo em recurso especial, sem demonstração de tese apta à reversão do julgado, revela nítido caráter protelatório da defesa.

3. Embargos de declaração rejeitados, com a determinação da imediata execução da sentença condenatória, independentemente da publicação desse acórdão ou de eventual interposição de outro recurso, devendo ser certificado o trânsito em julgado.

(EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 600.808/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/06/2015, DJe 17/06/2015, grifei.)

À vista de tais pressupostos, *denego a ordem de habeas corpus.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.623.985-SP (2016/0232734-9)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: S V T

Advogados: Andre Pires de Andrade Kehdi - SP227579

Renato Stanziola Vieira - SP189066

Fernando Gardinali Caetano Dias e outro(s) - SP287488

Recorrente: H O DE C

Advogado: Celso Sanchez Vilardi e outro(s) - SP120797

Advogada: Domitila Kohler - SP207669

Recorrente: E Y H

Advogados: Dora Cavalcanti Cordani - SP131054

Rafael Tucherman - SP206184

Advogados: Adriana Almeida de Oliveira - SP305106

Davi Szuvarcfuter Villar - SP337079

Recorrente: M G B

Advogados: Marcelo Leonardo - MG025328

Claudio José Abbatepaulo - SP130542

Advogada: Carolina de Queiroz Franco Oliveira - SP259644

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recursos especiais. Formação de cartel e fraude à licitação. Conflito aparente de normas. Art. 4º, II, da Lei 8.137/93. Ausência de descrição da concentração do poder econômico. Ajustes prévios com o fim de fraudar procedimento licitatório. Formação de cartel afastada. Crime do art. 90 da Lei 8.666/1993. Prescrição da pretensão punitiva. Recursos especiais providos.

1. Recorrentes denunciados como incurso nos arts. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/1990 (formação de cartel) e 90, *caput*, da Lei 8.666/1993 (fraude à licitação), em concurso formal.

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, *ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma*

repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável (REsp 1.376.670/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 11/05/2017).

3. O delito do art. 4º, II, da Lei 8.137/1990 exige a demonstração que os acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo domínio de mercado.

4. Não havendo descrição fática suficiente da concentração do poder econômico, ou de que os acordos teriam sido efetivamente implementados com domínio de mercado, não há falar em formação de cartel, porquanto não demonstrada ofensa à livre concorrência. Demonstrado apenas que os ajustes se deram com o fim de fraudar o processo licitatório, subsiste apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações.

5. O delito do art. 90 da Lei 8.666/1993 tem natureza formal, ocorrendo sua consumação mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, independentemente da obtenção da vantagem (adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação). Precedentes do STF e do STJ.

6. Transcorrido lapso temporal superior a 8 anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, configura-se a perda da pretensão punitiva estatal quanto ao delito do art. 90 da Lei 8.666/1993, porquanto os fatos são anteriores à Lei 12.234/2010.

7. Recursos especiais providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz dando parcial provimento aos recursos especiais, e os votos dos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior dando provimento aos recursos especiais, por maioria, dar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto

do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 17 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 6.6.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recursos especiais interpostos em face de acórdão assim ementado:

Rejeição da denúncia. Crimes de formação de cartel e fraude à licitação. MM. Juiz *a quo* que fundamentou sua decisão baseada na ocorrência no conflito aparente de normas e prescrição. Não verificação. Inicial que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. Provas suficientes de materialidade e indícios de autoria por parte dos recorridos. Prosseguimento da ação penal. Decisão reformada. Recurso ministerial provido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Os recursos especiais trazem as seguintes alegações:

Recurso Especial de SVT, interposto com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal (fls. 746/797):

a) contrariedade ao art. 619 do CPP, pois a rejeição dos embargos de declaração teria implicado negativa de prestação jurisdicional;

b) ofensa aos arts. 395, I, II e III, e 581, I, do CPP, e aos arts. 128 e 460 do CPC, *c/c* art. 3º do CPP, em razão da ocorrência de julgamento *extra petita*, porquanto o Tribunal *a quo* teria analisado questões que não teriam sido ventiladas no recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, quais sejam, presença de justa causa para a persecução penal e aptidão da denúncia, nos termos do art. 41 do CPP;

c) negativa de vigência ao art. 4º, II, *a, b, c*, da Lei 8.137/1990 e ao art. 90 da Lei 8.666/1993, aduzindo existência de conflito aparente entre tais normas

no caso concreto. Defendendo a incidência do princípio da especialidade, alega que deve prevalecer o crime licitatório (art. 90 da Lei 8.666/1993), afastando-se o referente à formação de cartel;

d) violação do art. 90 da Lei 8.666/1993, pois o delito previsto no mencionado dispositivo seria crime formal e instantâneo, não possuindo natureza permanente. Destarte, a consumação do crime ocorreria durante o procedimento licitatório, sendo impossível cogitar-se da reiteração da conduta depois de finda a licitação. Conclui, assim, ser o caso de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, uma vez ultrapassado o prazo de 8 anos previsto no art. 109, IV, c/c art. 111, I, do CP.

Recurso Especial de E Y H, interposto com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal (fls. 1.259/1.292):

a) violação do art. 619 do CPP em decorrência da rejeição dos embargos de declaração;

b) violação do art. 14, cláusula 7, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 8º, item 4, do Pacto de São José da Costa Rica, sustentando conflito aparente de normas, a ser resolvido face ao princípio da especialidade. Argumenta que, tratando a denúncia de um único ajuste entre empresas com a finalidade de comprometer o caráter competitivo de um único certame, deve prevalecer o crime do art. 90 da Lei de Licitações, afastando-se o relativo à formação de cartel;

c) contrariedade aos arts. 107, IV, e 111, I, do CP, bem como ao art. 90 da Lei 8.666/90. Afirma que, tratando-se de crime formal e instantâneo, necessário reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, porquanto decorrido lapso superior a 8 anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia;

d) negativa de vigência dos arts. 13, 18, I e II, e 29, todos do CP, ao argumento de que a denúncia não cita ação ou omissão por meio da qual o recorrente tenha concorrido para a prática da suposta fraude licitatória, sendo, assim, responsabilizado por atos atribuídos a terceiros.

Recurso Especial de H O DE C, interposto com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal (fls. 1.294/1.352):

a) violação dos arts. 14, I, 109 e 111, I, do CP, bem como do art. 90 da Lei 8.666/90, sustentando a necessidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Acena com dissídio jurisprudencial relativamente ao momento de consumação do crime de fraude à licitação;

b) afronta ao art. 4º, II, *a, b, c*, da Lei 8.137/1990, ao art. 90 da Lei 8.666/1993 e aos arts. 69 e 70 do CP, aduzindo que *a tentativa de dupla apenação da denúncia configura inaceitável bis in idem* (fl. 1.336), porquanto o Parquet, em razão de um único fato (o acordo que teria eliminado a competição na licitação para fornecimento de sistemas para a linha 02 do **Metrô**) imputou ambos os delitos ao ora recorrente (fl. 1.336). Defende a aplicação do princípio da especialidade, de forma a prevalecer apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações, afastando-se a imputação pelo crime de formação de cartel;

Recurso Especial de M G B, interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal (fls. 1.377/1.397):

a) contrariedade ao art. 4º, II, da Lei 8.137/1990 e ao art. 90 da Lei 8.666/1993, aduzindo que a imputação simultânea por crimes de fraude à licitação e formação de cartel configuraria *bis in idem*;

b) contrariedade aos arts. 14, I, do CP e 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/1990, ao fundamento de que os delitos imputados possuiriam natureza de crimes formais, instantâneos e de efeitos permanentes, sendo necessário o reconhecimento da prescrição.

Pretendem os recorrentes, assim, seja restabelecida a sentença de fls. 354/360, que rejeitou a denúncia oferecida pelo *Parquet*.

Contrarrazoados e admitidos na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Extrai-se dos autos que os recorrentes foram denunciados em razão da prática dos crimes previstos no art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/1990 (formação de cartel) e no art. 90, *caput*, da Lei 8.666/1993 (fraude à licitação), em concurso formal.

O magistrado de primeiro grau recebeu a denúncia somente em relação ao delito previsto na Lei de Licitações, rejeitando a exordial relativamente ao crime de formação de cartel, e, ao final, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, conforme os arts. 107, IV e 109, IV, ambos do CP.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, pugnando pelo prosseguimento da ação penal em todos os seus termos, afastando-se a extinção da punibilidade.

Nesta sede, os recorrentes apresentam teses em comum - necessidade de incidência do princípio da especialidade face ao conflito aparente de normas, bem como prescrição da pretensão punitiva do delito do art. 90 da Lei 8.666/1993, tendo em vista a sua natureza formal -, as quais serão analisadas conjuntamente.

A Corte *a quo* deu provimento ao recurso ministerial pelos seguintes fundamentos (fls. 678/686):

Respeitado o entendimento do nobre Magistrado, a meu ver, a denúncia ofertada pelo representante do Ministério Público deve ser recebida, eis que há no bojo dos autos justa causa suficiente para a persecução penal, quais sejam indícios mínimos de autoria, bem como de materialidade, pois conforme as provas, documentos e as evidências obtidas no PIC - Procedimento Investigatório Criminal n. 07/2013, instaurado no GEDEC, no dia 07/08/2013 e pelo histórico de conduta descrito no acordo de leniência celebrado perante o Conselho Administrativo de Atividades Econômicas - CADE - descreve supostamente que as empresas realizaram acordo anticompetitivo no procedimento licitatório n. 40015212/2005, da Companhia do Metropolitanano de São Paulo - Metrô (2º Vol. - apenso II).

Para tanto, conforme se depreende do Acordo de Leniência n. 01/2013, as empresas, por meio de seus representantes legais, os ora denunciados, em tese, acordaram a formação de dois consórcios para participar da licitação, sendo que: um venceria o certame e o outro apresentaria uma proposta de cobertura, sendo, posteriormente, subcontratada, conforme se depreende do relatório do GEDEC, principalmente às f ls. 262, de onde se extrai que, o acordo anticompetitivo obteve sucesso, uma vez que o consórcio, denominado "Linha Verde", formado pelas empresas Alstom e Siemens, obteve a vitória e, durante a execução do contrato, subcontratou as empresas T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, as empresas que saíram perdedoras (Apensos).

Desse modo, ao contrário do afirmado pelo Sentenciante, as empresas envolvidas formariam um cartel (crime contra a ordem econômica) e depois de formado e por meio dele, fraudariam licitação pública (crime contra a administração pública), nada impedindo que fossem imputadas ambas as condutas aos envolvidos, em concurso formal ou material.

Quanto ao crime de fraude à licitação, especificamente, verifica-se do relatório do GEDEC (Grupo Especial de Delitos Econômicos) que da análise do procedimento licitatório constatou-se alegado vazamento de informações da licitação do contrato supramencionado, a presença de cláusulas restritivas, concorrência no edital, atuação fática dos integrantes do cartel, por meio de mais de um consórcio e irregularidades no procedimento de subcontratação e, ainda, que as empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty tiveram acesso privilegiado, indevido, ou seja, informações da aludida licitação, de forma

a possibilitar a elas negociações de acordo anticompetitivo, antes mesmo da publicação do edital, havendo notícias de que, isso possa ter ocorrido até seis meses antes da referida licitação, contrariando os princípios da administração pública, tais como, impessoalidade, moralidade e igualdade entre os concorrentes (fls. 283).

Frise-se que, o relatório faz menção de que a Companhia do Metrô não realizou audiência pública, impossibilitando que eventuais interessados tivessem acesso sobre as informações pertinentes a licitação para que pudessem sobre ela, se manifestar.

Assim, as empresas vencedoras teriam tido acesso privilegiado do procedimento licitatório que ainda seria instaurado.

Ainda que a quantidade de consórcios fosse discricionariedade da administração pública, sabe-se que a fixação de um número mínimo ou máximo de empresas que os compõe, deve ser devidamente justificada, o que não foi cumprido pela Companhia do Metrô.

Há, nesse passo, indícios patentes de que houve ofensa frontal, também, aos princípios da publicidade e vinculação ao instrumento convocatório, sem falar que pelos documentos juntados no processo licitatório, segundo o relatório de investigação, demonstram que os participantes “privilegiados” “combinaram” os valores das propostas, estipulando uma principal e outra, de cobertura, visando impedir a concorrência e a redução do valor do contrato (apensos). Houve, portanto, manipulação nos valores dos contratos, tudo a beneficiar as empresas envolvidas, em prejuízo aos interesses públicos.

Houve, ao que tudo indica, subcontratações indevidas, na medida em que, elas são possíveis, excepcionalmente, desde que previstas em edital e no contrato (artigo 72 e 78, VI, da Lei n. 8.666/1993). Tal medida visa, essencialmente, que, as empresas “derrotadas” não sejam as executoras do serviço licitado, como se constatou nos fatos aqui apurados, em que ocorreu a subcontratação das empresas, em tese, “perdedoras”, conforme se verifica às fls. 289, a exemplo de que as empresas Siemens e Alstom, atuando pelo Consórcio Linha Verde, subcontrataram as empresas PEM Engenharia S/A (Grupo TTrans), Belfourt Beauty, Façon Eletromecânica, entre outras.

Dessa maneira, há, portanto, nos autos, farta prova documental de que o Consórcio Linha Verde composto pela Alstom e Siemens subcontrataram, exatamente, quem eles derrotaram na licitação pública e integrantes de grupos a estes ligadas, evidenciando um possível acordo competitivo, manobra tida como ilegal, vez que todos usufruíram do objeto licitado.

Assim, constata-se que, as duas condutas criminosas acima demonstradas, somente teriam ocorrido, eis que houve um prévio acordo ou ajuste entre os concorrentes (integrantes do cartel), razão pela qual existe a possibilidade da imputação da prática de dois crimes distintos.

Frise-se, a existência de indícios, em tese, da ocorrência dos dois crimes, os quais decorreram das informações obtidas no procedimento licitatório referente ao contrato n. 40015212/2005 da “Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô”, somadas a descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, bem como os documentos juntados aos autos e os termos dos depoimentos dos lenientes que comprovam, em tese, ocorrência dos crimes de formação de cartel e de fraude à licitação (2º Vol - apenso).

Desse modo, pouco importa como alega a douda defesa do recorrido Edson, de que, ele apenas teria supostamente participado da reunião, juntamente com representantes das outras empresas, para tratar de assuntos anteriores à conclusão da licitação, como assinatura do termo de desistência do recurso contra a decisão de habilitação e contra a decisão de desclassificação, alegando, portanto, não abrangido o período total da execução do contrato, eis que, a prática de referidos atos, não excluem supostamente sua responsabilidade criminal nos crimes ora imputados a ele, tendo em vista que com sua conduta teria ensejado o cometimento da prática delitativa, até porque com o ato de assinatura de desistência teria direcionado para o procedimento licitatório vencedor.

Ademais, sua participação, ou não nos contratos, quer seja na fase de tratativas, na formação dos próprios contratos ou em suas execuções, ou mesmo em quantos contratos ele teria supostamente participado, é matéria que deve ser apurada ao longo da instrução, oportunidade em que a defesa do recorrido Edson, também poderá comprovar o quanto alegado e, não nesta fase.

Além disso, no tocante ao exame correto da capitulação jurídica dado aos fatos pelo membro do Ministério Público não pode ser feito de forma aprofundada no início da fase postulatória, na qual somente é permitido ao magistrado afastar a pretensão deduzida na exordial, a teor do art. 395, incisos do CPP.

No presente caso não foi cogitada a inépcia da denúncia e tampouco ausência dos pressupostos para o exercício da ação penal (art. 395 do CPP).

Desse modo, ressalta-se que houve cerceamento do direito de acusação do órgão Ministerial, ocasionado com o *decisum* prolatado pelo magistrado de piso.

Diante do quanto o explanado aqui, há evidências de fatos típicos e ilícitos, além da existência de indícios suficientes da ocorrência dos crimes e de autoria, outra não poderia ser a providência do magistrado, que não o recebimento da denúncia, uma vez que não se apresenta nítida qualquer excludente de tipicidade, ilicitude ou mesmo de culpabilidade, sendo que, a rejeição da denúncia ou seu recebimento parcial representaria certamente uma antecipação do juízo de mérito e o cerceamento do direito de acusação do Ministério Público.

Assim, a precipitação da r. decisão obstou a instauração da ação penal e regular apuração judicial dos relevantes fatos narrados na exordial, ocorrendo um verdadeiro julgamento antecipado de mérito, em flagrante violação ao princípio do due process of law, implicando cerceamento à atividade do Ministério Público, nos termos do art. 129, inciso I, do CF.

Além disso, no presente caso, ao examinar os elementos de convicção disponíveis no inquérito, não se pode falar que a denúncia não continha o mínimo embasamento probatório, ou seja, lastro probatório suficiente, apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte dos denunciados, o que desautorizaria a rejeição da denúncia por inépcia, pela falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, incisos I, II e III, do CPP).

Há, portanto, justa causa para a propositura da ação penal, bem como seu prosseguimento a fim de apurar os fatos aqui narrados.

Com efeito, o MM. Juiz a quo rejeitou a denúncia, pois entendeu que o chamado “crime de cartel” teria sido absorvido em razão do princípio “lex specialis derogati generalis”, pelo delito do artigo 90 da Lei 8.666/1993 apreciando após sua prescrição.

No entanto, não agiu com acerto o MM. Juiz, neste tanto, eis que os documentos acostados aos autos pelo membro do Ministério Público demonstram que o contrato e seus respectivos aditamentos firmados entre o Metrô e as empresas da qual eram membros os denunciados estavam ainda vigentes até 21 de agosto de 2013.

Além disso, registre-se que a pena do delito de “formação de cartel” é maior em seu quantum máximo do que aquela prevista no crime do artigo 90 da Lei n. 8.666/1993, de maneira que, se absorção houvesse vigoraria a regra do *majus absorbet minorem*, remanescendo o delito mais grave.

E mais, absorvido um delito pelo outro, e havendo prescrição no crime consumidor, evidentemente o delito consumido voltaria a ser autonomamente punível.

Com efeito, na decisão, o crime menos grave absorveu a conduta mais grave e, se aquele crime prescreveu, evidentemente este último deveria remanescer já que não poderia ser absorvido por crime prescrito.

Destarte, mesmo que se aceitasse a tese de absorção, a uma, o delito mais grave absorveria o menos grave. A duas, se assim não fosse, havendo prescrição e, portanto, extinção de punibilidade do delito menos grave, o mais grave sequer teria outro crime a lhe absorver, remanescendo íntegro, salvo, se por sua própria pena fosse também fulminada pela prescrição em decisão autônoma.

Além disso, considerando a existência de entendimento jurisprudencial de que o delito de fraude a licitação imputados aos réus é de natureza formal com efeito permanente era prematuro afirmar, sem aprofundamento da dilação probatória, que ele fosse alcançado pela prescrição, tampouco se verificou o conflito aparente de normas entre os crimes de formação de cartel e de fraude à licitação, uma vez que se trata de normas que tutelam bens jurídicos diferentes.

Assim, temos que impossível reconhecer-se a prescrição do alegado crime de cartel.

Como é sabido, destinando-se o mesmo a buscar contratos administrativos, na esmagadora maioria, são contratos de trato sucessivo com a administração,

de modo que, enquanto tais contratos ativos estiverem vigentes, ainda, estarão, em tese, sendo perpetrados atos do mesmo “cartel”, sendo dessa forma, crime de natureza permanente.

Para fins de recebimento da denúncia, dever-se-ia, portanto, estar demonstrado o final de tal conduta, vale dizer, que todos os atos, arquitetados ou abrangidos pelo cartel tivessem já cessado, exame este que sequer foi feito.

Frise-se mais uma vez que, os contratos de trato sucessivo, por si só, continuam gerando efeitos criminosos, quando assim são desde sua origem, posto que, além da “formação de cartel”, existe de forma autônoma a prática de outros crimes, estes por vezes instantâneos de efeitos permanentes.

Neste particular, em relação aos possíveis crimes de fraude à licitação, aplicando-se o mesmo entendimento, a cada renovação contratual de qualquer título, ou a cada adimplemento parcial do mesmo típico dos contratos de trato sucessivo, novo prazo prescricional recomeça a ser contado.

Tal fato é notório em contrato moderno que ultrapassa décadas em sua validade, sendo impossível que se imagine prescrita a conduta criminosa, quando em exemplo, agentes do crime, continuam reiteradamente a se apoderar criminosamente de verbas do erário.

Aceitar-se tal entendimento, levaria a conclusão de que ultrapassado o primeiro lapso prescricional, ainda que por décadas perdurasse o contrato, ainda em exemplo, o recebimento das verbas seria lícito, e pior, exigível da Administração, o que evidentemente não ocorre.

Em suma, no caso em tela, a decisão de piso não examinou a prescrição ou não do crime mais grave, dando-o por absorvido por crime menos grave, mesmo concluindo que este já prescrevera.

Feitas essas considerações, uma vez verificadas as condições da ação penal, e estando suficientemente narrados os fatos criminosos e demais circunstâncias, bem como preenchidos os requisitos contidos no art. 41 do CPP, impõe-se o prosseguimento do feito em primeiro grau.

Quanto à tese de necessidade de incidência do princípio da especialidade face ao conflito aparente de normas, os recorrentes alegam que deve prevalecer o crime do art. 90 da Lei 8.666/1993, afastando-se o referente à formação de cartel (art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/1990). Para tanto, aduzem que o *Parquet*, em razão de um único fato, teria imputado os dois crimes aos denunciados, o que teria configurado indevido *bis in idem*.

De acordo com a jurisprudência desta Corte, *ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou*

dependência, de forma que somente uma é aplicável (REsp 1.376.670/SC, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 16/02/2017, DJe 11/05/2017).

Outrossim, a denúncia, à luz do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, deve conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a definição da conduta do autor, sua qualificação ou esclarecimentos capazes de identificá-lo, bem como, quando necessário, o rol de testemunhas.

No caso, os recorrentes foram denunciados porque teriam fraudado o caráter competitivo do Procedimento Licitatório n. 40015212/2005 mediante ajustes ocorridos a partir do segundo semestre de 2004, nos quais teria sido acordada a formação de dois consórcios distintos para concorrer à execução do projeto, *Metro/SP - Linha 2*, sendo que, *Ambos seriam pré-qualificados*, mas apenas um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura, e, posteriormente, o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor (fl. 17), encontrando-se os fatos descritos às fls. 2/33, abaixo sintetizados:

Da análise dos autos referidos, torna-se conclusivo que *as referidas empresas, pelos respectivos denunciados*, nos documentos dos autos e dos respectivos apensos, em irrefutável análise econômica das evidências (*economic analysis*) da sistemática da licitação e das provas; a partir do mês de janeiro de 2005, ainda em vigência até 21 de agosto de 2013; adiante explicados, e em várias ocasiões em datas diversas, em locais variados, nesta cidade de São Paulo; realizaram acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos.

Previamente ajustados e com unidade de propósitos, os denunciados, agindo em nome e para vantagem das empresas que representavam, reuniam-se e/ou comunicavam-se por diversos meios, e dividiram entre eles o contrato administrativo n. 4001521201 da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, que deveria ser destinado a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo. Os denunciados, entretanto, dele "assenharam-se", direcionando a licitação sabendo previamente quais empresas seriam as vencedoras. Através de acordos fraudulentos, estabeleceram e direcionaram os consórcios, vencedor/perdedor, este com proposta pro forma, dividiram o mercado e o preço final superfaturado, violando assim criminosamente as Leis naturais da economia, especialmente a da livre concorrência.

Nesse contexto, tendo a certeza e a consciência de serem, juntas, as empresas, dominadoras de considerável parcela do mercado; os denunciados fraudaram,

mediante ajuste e combinação, o caráter competitivo do referido procedimento licitatório com o objetivo de obter, para suas respectivas empresas, as quais detinham poder decisório, vantagem financeira decorrente dos objetos da adjudicação do contrato firmados com o Poder Público - Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô (Crime contra a administração pública).

*Formaram, assim, um Oligopólio em conluio - **Cartel de Trens e Materiais Ferroviários.***

Os nomes dos denunciados constam nos termos das revelações do acordo de leniência e/ou são referidos pelos lenientes como participantes dos esquemas delituosos de formação de cartel e fraude à licitação. Suas atuações também decorrem da análise dos procedimentos licitatórios.

I. Síntese:

Processo Licitatório n. 40015212/2005 - Companhia do Metropolitano de São Paulo: Contrato para fornecimento e implantação de sistemas para o trecho Ana Rosa-Ipiranga e Sistemas Complementares para o trecho Ana Rosa-Vila Madalena da Linha 2 - Verde do Metrô de São Paulo.

Acordo: Empresas: Siemens, Alstom, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty formaram dois consórcios diferentes: Um ganharia a licitação e o outro, com proposta perdedora seria subcontratado.

Resultado: - Siemens e Alstom formaram o consórcio vencedor - T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty - o consórcio perdedor. Foram subcontratados pelo consórcio vencedor.

O acordo de leniência, celebrado perante o Conselho de Atividades Econômicas - CADE, descreve que as empresas Siemens, Alstom, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty realizaram acordo anticompetitivo no procedimento licitatório n. 40015212/2005, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

Para tanto, as empresas acordaram a formação de dois consórcios para participar da licitação: um venceria o certame e o outro apresentaria uma proposta de cobertura, sendo, posteriormente, subcontratado.

O acordo anticompetitivo obteve sucesso: o consórcio formado Linha Verde, formado por Alstom e Siemens, sagrou-se vencedor e, durante a execução do contrato, subcontratou as empresas T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty.

II - O Procedimento Licitatório

O procedimento licitatório n. 40015212/2005, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, foi instaurado para elaboração do projeto executivo, fornecimento e implantação de sistemas para o trecho Ana Rosa - Ipiranga e sistemas complementares para o trecho Ana Rosa - Vila Madalena da Linha 2 - Verde do Metrô de São Paulo.

Da análise do procedimento licitatório em conjunto com os termos do acordo de leniência e demais documentos anexados aos autos, é conclusivo que há provas de

prática dos crimes de cartel e fraude à presente licitação por integrantes das empresas Siemens, Alstom, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, na forma exposta no acordo de leniência, em conluio com agentes públicos.

III - Dados relevantes sobre o procedimento licitatório:

[...]

Em que pese 33 (trinta e três) interessados terem retirado exemplares do edital, apenas dois consórcios apresentaram documentos de habilitação e propostas na sessão pública do dia 07 de março de 2005, realizada na sede da Gerência de Contratações e Compras da Companhia do Metrô:

[...]

Os documentos foram submetidos à análise das áreas jurídica, econômica/financeira e técnica do Metrô, sendo, após diligências solicitadas pela área jurídica, aprovados com fundamento nos respectivos pareceres.

Na sessão pública, realizada no dia 15 de março de 2005, a Comissão de Licitação e Julgamento - CLS, com base nos pareceres apresentados, declarou habilitados os consórcios Linha Verde e Linha Dois.

[...]

Mesmo com proposta acima do valor estimado, a Comissão de Licitação e Julgamento - CLS declarou vencedor o Consórcio Linha Verde, composto pelas empresas Alstom Brasil Ltda. e Siemens Ltda., conforme resultado publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, edição do dia 02 de abril de 2005.

O Consórcio Linha Dois, por sua vez, renunciou expressamente ao exercício do direito de interpor recurso administrativo contra a decisão de seleção da proposta do Consórcio Linha Verde, em manifestação subscrita por Massimo Andrea Giovina-Bianchi, presidente-integrante da T'Trans Sistemas de Transportes S/A, líder do consórcio.

A Diretoria do Metrô, em reunião realizada no dia 06 de abril de 2005, homologou o processo licitatório e adjudicou o objeto da licitação em favor do Consórcio Linha Verde.

A despesa foi prevista no valor de R\$ 143.622.513,04, data base 01 de março de 2005, e prazo de 33 (trinta e três) meses (até 14 de janeiro 2008).

O Consórcio Linha Verde e a Companhia do Metrô celebraram o contrato na 4001521201 no dia 15 de abril de 2005.

Feito isto, a Alstom Brasil Ltda. e a Siemens Ltda. constituíram formalmente o Consórcio Linha Verde, com fundamento nos artigos 278 e 279 da Lei 6.404/1976, registrando-o perante a Junta Comercial de São Paulo, para execução do objeto licitado.

No dia 15 de maio de 2005, a Siemens Ltda. solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A, que mantinha relações comerciais com a T'Trans, para

execução do item 3.1.4 do contrato, aprovado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo.

Passados 15 dias, a Alstom Brasil Ltda. também solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A, do grupo da T'Trans, agora para execução dos itens 2.1.4, 2.2 e 4 do contrato, deferido pela contratante.

A empresa Siemens, no dia 03 de junho de 2005, formulou pedido de subcontratação da empresa Belfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda., destinado a execução dos itens 3.11, 3.3.2 e 3.3.5 do contrato, também aprovado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo.

Observe-se que, neste pedido, Ricardo Luiz Leonardo Leite, gerente de engenharia e projetos do Metrô, mencionou expressamente a realização de reunião com integrantes do Consórcio Linha Verde, representado por Francisco de Assiz Perroni, no qual negociaram a subcontratação da Belfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda..

Sequencialmente, no dia 14 de junho de 2005, a Alstom Brasil Ltda. solicitou a subcontratação da empresa Façon Eletromecânica, Indústria, Comércio e Serviços Ltda., com objetivo de executar o item 3.2.4 do contrato, o que foi deferido.

No dia seguinte, 15 de junho de 2005, a Alstom Brasil Ltda. requereu a subcontratação das empresas Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Façon Eletromecânica, Indústria, Comércio e Serviços Ltda. para execução, respectivamente, dos itens 1.2/1.4 e 1.4. do contrato, aprovados pela Companhia do Metropolitano de São Paulo.

O contrato n. 4001521201 foi objeto de 08 (oito) aditamentos, destinados, em linhas gerais, para reajuste de valores, exasperação de prazos e alteração de outras cláusulas contratuais.

[...]

IV. Histórico e Resumo/Conduas dos Fatos - Acordo de Leniência:

IV.1 - Histórico dos Fatos

Em 17 de setembro de 2004, houve outra reunião entre Alstom, Siemens, Bombardier, T'Trans e Balfour Beatty. As empresas supostamente discutiram a divisão do escopo do projeto e quais empresas fariam parte do consórcio vencedor e escolheram a "Solução 1", que estabelecia que o consórcio formado pela Alstom e Siemens seria o vencedor da licitação.

Em 15 de janeiro de 2005 foi disponibilizado edital às empresas interessadas no projeto para extensão da Linha 2.

Em 19 de fevereiro de 2005, o Tribunal de Contas do Estado de SP ordenou a suspensão do procedimento licitatório, sob justificativa de que fora apresentada impugnação do edital pela empresa Alusa Engenharia.

Em 3 de março de 2005 a Companhia do Metropolitano de São Paulo (CMSP) informou que o procedimento licitatório continuaria com base na última decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Em 7 de março de 2005 as propostas das empresas/consórcios concorrentes foram entregues, inclusive a proposta do Consórcio Linha Verde (Siemens e Alstom).

Em 10 de março de 2005, a decisão final do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo foi publicada, regando a impugnação da empresa Alusa.

Em 4 de abril de 2005 o contrato foi adjudicado ao Consórcio Linha Verde (formado pela Siemens e Alstom).

Em 5 de abril de 2005, a Alstom e a Siemens assinaram o acordo de consórcio para o projeto de extensão da Linha 2.

Em 15 de abril de 2005, o contrato entre o Consórcio Linha Verde e o cliente CMSP foi assinado.

O Consórcio Linha Verde recebeu o contrato, e depois subcontratou a Bombardier e a Façon (somente em decorrência dos serviços oferecidos por essa empresa e não devido a acordo ilícito entre concorrentes), a T'Trans e a Balfour Beatty. A "Solução 1" foi, portanto, a implementada em plano de prática de Cartel.

IV.2 - Resumo/Condutas dos Fatos

No segundo semestre de 2004 ocorreu uma reunião entre as empresas Siemens, Bombardier, Alstom, Balfour Beatty e T'Trans com o objetivo de planejar a divisão do escopo do projeto Metrô São Paulo Linha 2. Compareceram a esta reunião Everton Rheinheimer - diretor de transportes da Siemens; Paulo Borges - Diretor da Divisão de Transportes da Alstom; Serge Van Themsche - Presidente da Bombardier; Haroldo Oliveira de Carvalho - da Balfour Beatty e Edson Yassuo Hira - Gerente de propostas da T'Trans.

Foi estabelecido acordo anticoncorrencial no sentido de que seriam formados dois consórcios diferentes para o projeto. Ambos seriam pré-qualificados, sendo que um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura. Posteriormente, o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor.

Para atingir o objetivo, os participantes realizaram uma detalhada análise dos atestados técnicos detidos por cada empresa e analisaram as possibilidades de formação dos consórcios considerando que as disposições do edital continham exigências muito específicas e as empresas temiam que a licitação pudesse ser frustrada por ausência de competição caso apenas um dos dois consórcios fosse pré-qualificado.

As empresas interessadas na licitação fizeram uma análise cuidadosa dos atestados técnicos detidos por cada uma delas, para montar os dois consórcios participantes da licitação.

[...]

Há nos autos, em apenso, documentos (provas diretas) que também demonstram a realização dos acordos em Cartel.

Documento fornecido pela leniente Siemens - "Subcontrato de prestação de fornecimento e de serviços - minuta"; demonstra Balfour Beatty subcontratada pela Siemens, sendo a Alstom anuente.

Documento fornecido pela leniente Siemens - "Subcontrato de prestação de fornecimento de serviços - minuta"; demonstra a PEM Engenharia S.A. subcontratada pela Alstom, sendo a Siemens anuente.

Documento fornecido pela leniente Siemens - "E-mails referindo a efetiva contratação da Balfour Beatty como subcontratada da Siemens". (1610212007 e 2110212007).

Em 4 de abril de 2005 o contrato foi adjudicado ao Consórcio Linha Verde (formado pela Siemens e Alstom). Este consórcio Linha Verde então recebeu o contrato, e depois subcontratou a Bombardier e a Façon (somente em decorrência dos serviços oferecidos por essa empresa e não devido a acordo ilícito entre concorrentes), a T'Trans e a Balfour Beatty. Uma das soluções previstas, a "Solução 1" foi a implementada em plano de prática de Cartel.

V - Análise jurídica do procedimento licitatório

As informações do procedimento licitatório n. 40015212/2005 da Companhia do Metropolitan de São Paulo - Metrô, somadas à descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, bem como os documentos juntados aos autos e os termos dos depoimentos dos lenientes comprovam os crimes de formação de cartel e de fraude à licitação praticados pelos integrantes das empresas Alstom Brasil Ltda., Siemens Ltda., T'Trans Sistemas de Transportes S/A, Bombardier. Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brazil) Ltda., possivelmente em concurso com agentes públicos.

Da análise do procedimento licitatório, constatou-se que ocorreu vazamento de informações da licitação, a inserção de aspectos com cláusulas restritivas à concorrência no edital e atuação fática das integrantes do cartel por meio de mais de um consócio e irregularidades no procedimento de subcontratação.

Inicialmente, a análise do acordo de leniência e do procedimento licitatório revelou que empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty tiveram acesso privilegiado e indevido a informações sobre a licitação, possibilitando que iniciassem as negociações do acordo anticompetitivo antes mesmo da publicação do edital, em detrimento dos princípios da impessoalidade e igualdade entre os concorrentes.

A abertura do processo administrativo licitatório foi aprovada no dia 12 de janeiro de 2005 pela Diretoria Plena do Metrô, a publicação do edital ocorreu no dia 15 de Janeiro de 2005 e os exemplares do edital foram disponibilizados para

consulta e/ou aquisição no período de 19 de janeiro de 2005 a 18 de fevereiro de 2005.

No entanto, as informações prestadas no acordo de leniência revelaram que os integrantes das empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, já no início do segundo semestre de 2004, iniciaram tratativas, em reuniões, para divisão ilícita do Projeto Linha 2 do Metrô de São Paulo.

Observe-se que as informações obtidas por integrantes do cartel não se configuram por mera notícia genérica, comumente veiculada no respectivo ramo comercial, de que a Companhia do Metrô iria licitar a extensão da Linha 2 do Metrô.

O relato e documentos mencionados demonstram que representantes das empresas cartelizadas de fato tiveram acesso a informações pormenorizadas sobre procedimento licitatório, a ponto de combinarem previamente valores e analisarem documentos que seriam exigidos na fase de habilitação.

A tabela interna da Siemens, datada de 20 de julho de 2004, demonstrou que as empresas cartelizadas, antes da publicação do edital, já haviam estipulado valores que seriam ofertados na licitação.

Se não bastasse, as empresas Alstom, Siemens, Bombardier, T'Trans e Balfour Beatty, em reunião ocorrida no dia 17 de setembro de 2004 decidiram a composição dos dois consórcios que seriam formados, com base na análise minuciosa dos respectivos atestados técnicos, para que atendessem aos requisitos de qualificação exigidos na licitação, cujo edital sequer havia sido publicado.

Tudo isso revela que os representantes das empresas cartelizadas tiveram acesso a informações sensíveis sobre a licitação cerca de 06 (seis) meses antes da publicação do respectivo edital, período que os dados do procedimento licitatório deveriam ter sido mantidos sob sigilo no âmbito da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

Foi exatamente neste período, anterior à publicação do edital da licitação, que as empresas integrantes do cartel traçaram a estratégia para que não houvesse concorrência entre elas e impedissem a presença de empresas "Não alinhadas" no certame.

O acesso indevido às informações da licitação, além de causar desequilíbrio entre os concorrentes, favoreceu a celebração do acordo anticompetitivo entre as empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty.

[...].

Dentre as disposições legais e contratuais, relevante observar com atenção os dispositivos que disciplinaram a participação de consórcios na licitação e a subcontratação de outras empresas durante a execução do objeto do contrato.

A Companhia do Metropolitano de São Paulo admitiu expressamente a participação de consórcios na licitação, com fundamento no artigo 33 da Lei 8.666/1993, porém restringiu sua composição por, no máximo, 03 (três) empresas:

[...]

Na licitação ora analisada, a lesividade do acordo anticompetitivo é ainda mais evidente, posto que apenas dois consórcios participaram do certame, exatamente o Consórcio Linha Verde e o Consórcio Linha Dois, o que fez que a chance de vitória das empresas cartelizadas fosse absoluto.

O acordo ilícito é confirmado pela conduta dos integrantes do Consórcio Linha Verde e do Consórcio Linha Dois, cujos representantes, cientes da ausência de empresas não alinhadas ao cartel na disputa, abriram mão da interposição do exercício do direito de recurso contra as decisões de habilitação e de julgamento das propostas, atitude incomum em licitações vultuosas e com requisitos bastante específicos de participação (Jurídicos, econômicos/financeiros e técnicos).

[...]

Os documentos acostados ao procedimento licitatório, especialmente as atas das sessões públicas de julgamento, confirmam essa conduta anticompetitiva e voltada à exasperação arbitrária dos valores do contrato, em prejuízo do erário.

[...]

Assim, o procedimento licitatório prova a manobra anticompetitiva realizada por Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, sendo que todas as empresas concorrentes na licitação, ao final, usufruíram do objeto licitado.

A Alstom e a Siemens, enquanto integrantes do Consórcio Linha Verde, venceram a concorrência e subcontrataram as derrotadas PEM (que mantinha relações com a T'Trans), Bombardier e Balfour Beatty, como contrapartida da ausência de concorrência efetiva no procedimento licitatório.

Diante desse quadro, a prática dos crimes de formação de cartel e fraude a licitação, noticiados no acordo de leniência n. 01/2013 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, foram confirmados no procedimento licitatório n. 4001521212005, do Metrô, praticados, em tese, pelos integrantes das empresas Alstom Brasil Ltda., Siemens Ltda., T'Trans Sistemas de Transportes S/A., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brazil) Ltda.

VI - Conclusão Diante desse quadro, concluiu-se que há indícios graves, precisos e concordantes da prática dos crimes previstos nos artigos 90 da Lei 8.666/1993, e no artigo 4º da Lei 8.137/1990, por integrantes das empresas Alstom Brasil Ltda., Siemens Ltda., T'Trans - Sistemas de Transportes S/A., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda.

Assim é que, conluiadas, estas empresas, por intermédio dos seus representantes denunciados, fraudaram o procedimento licitatório e estabeleceram regras próprias do cartel. Reuniam-se e/ou comunicavam-se de forma a fixar os valores, apresentar proposta *pro forma* e de modo que a Empresa/ Consórcio que deveria vencer, violando assim criminosamente as Leis naturais

da economia, especialmente a da livre concorrência. Os denunciados, com suas condutas, fraudaram o Procedimento Licitatório número 40015212/2005, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô; que se destinavam a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo.

Em face do exposto, *considerando que em um mercado concorrencial honesto os agentes econômicos não têm aptidão de, individualmente, influenciar as regras de oferta/procura e livre concorrência; que os denunciados, através da utilização dos respectivos cargos e designações nas empresas buscaram a fixação artificial de preços, a apresentação de propostas pro forma e divisão dos objetos dos referidos contratos, com a maximização de seus lucros, e valendo-se de ações concertadas dividiram-no entre si as licitações em sistemas de "direcionamentos" das concorrências mediante price fixing, bid-rigging e market-share, utilizando também de Consórcios fraudulentos para empresas previamente eleitas pelo grupo, que artificialmente criam distorções ao bom funcionamento desse mercado, **denuncio - os** como incurso nas penas do artigo 4, II "a", "b" e "c" da Lei n. 8.137/1990 (crime contra a ordem econômica); e também como incurso nas penas do artigo 90 "caput" da Lei n. 8.666/1993 (crime contra a administração pública); c.c. artigo 70 "caput" do Código Penal, para que sejam citados e processados nos termos da Lei - rito do Código de Processo Penal, até final condenação, ouvindo-se oportunamente as pessoas abaixo arroladas.*

A seguir, os fundamentos utilizados pelo magistrado de primeiro grau, no ponto (fls. 356/360):

Em apertada síntese, importante consignar que aos réus é imputado o cometimento de crimes conhecidos por formação de cartel (artigo 4º, inciso II, letras "a", "b" e "c", da Lei n. 8.137/1990) e fraude à licitação (artigo 90, "caput", da Lei n. 8.666/1993), pois, pelo que se depreende da peça inaugural eles, na qualidade de representantes das empresas "Alstom", "Bombardier", "Balfour Beatty Reail Power Systems Brasil Ltda", "TTrans", juntamente com a empresa "Siemens", teriam se reunido para o fim de fraudarem a licitação para implantação de sistemas de metrô para os trechos Ana Rosa-Ipiranga e Ana Rosa-Vila Madalena da linha 2.

Para tanto, diz a denúncia, as empresas formaram dois consórcios, acordando que, o vencedor do certame subcontrataria o perdedor e, assim agindo, repita-se, os réus, através de suas empresas, teriam formado cartel para fraudarem o processo licitatório n. 40015212/2005.

Deste modo, *diante da forma como os fatos foram apresentados pelo ilustre Promotor de Justiça, eles tipificam, tão somente, o crime de fraude à licitação que prevê, dentre outras formas, o prévio ajuste ou combinação entre os concorrentes.*

O artigo 4º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, do qual se extraia definição de cartel, informa que “constitui crime contra ordem econômica...formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando...”.

Já artigo 90, “caput”, da Lei n. 8.666/1993, prevê como crime a ação consistente em “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.

Percebe-se, pois, que as duas condutas criminosas somente ocorrem quando há prévio acordo ou ajuste entre os concorrentes, donde se depreende, então, que a mesma conduta não pode tipificar dois crimes distintos, no caso das leis 8.137/1990 e 8.666/1993, ocorrendo, no caso, o que a doutrina chama por “conflito aparente de normas”.

Assim, impõe-se definir qual tipo penal deve prevalecer e, para tanto, aplica-se o princípio da especialidade.

Fernando de Almeida Pedrosa, lecionando sobre a questão, ensina que “há relação de especialidade entre tipos legais delitivos sempre que um deles, comparado com outro, contiver os mesmos elementos descritivos e circunstâncias essenciais, com a adição, porém, de outros caracteres, chamados elementos especializantes. Estabelece-se, de tal arte, a correlação entre tipo geral e tipo especial, envergando este todas as características daqueles, contudo com acréscimos especiais. O tipo especial, por conseguinte, preenche integralmente o tipo geral, com a exigência, porém, de outras particularidades necessárias à configuração jurídica do crime. Assim, quem perpetra o tipo especial incide também no tipo geral. Nessa conjuntura, para que se entrave e oblitere o *bis in idem*, o tipo especial há de prevalecer e predominar sobre o geral, afastando a sua incidência para o caso. ‘Lex specialis derogat legi generali’. O tipo especial pode representar um minus ou um plus diante do tipo geral, conforme estampe maior ou menor gravidade em cotejo...” (in “Doutrina Essenciais - Direito Penal”, volume II, Revista dos Tribunais, Edições especiais, 100 anos, pág. 668).

O sempre atual Nélson Hungria também discorreu sobre o “conflito aparente de normas”, informando que “o direito penal não constituiria um sistema ou deixaria de ser uma unidade co-ordenada e harmônica, se as suas normas pudessem entrar em efetivo conflito. Não é admissível que duas ou mais leis penais ou dois ou mais dispositivos da mesma lei penal se disputem, com igual autoridade, exclusiva aplicação ao mesmo fato. Para evitar a perplexidade ou a intolerável solução pelo *bis in idem*, o direito penal (como o direito em geral), dispõe de regras, explícitas ou implícitas, que previnem a possibilidade de competição em seu seio... Uma norma penal se considera especial em relação a outra (geral) quando, referindo-se ambas ao mesmo fato, a primeira, entretanto, tem em conta uma particular condição (objetiva ou subjetiva) e apresenta, por isso mesmo, um plus ou um minus de severidade. Desde que se realize tal

condição (elemento especializante), fica excluída a aplicação da normal geral. O *typus specialis* substitui-se ao *typus generalis*. Assim, os tipos qualificados ou privilegiados afastam os tipos fundamentais..." (in Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo Iº, pág. 129).

No mesmo sentido segue a jurisprudência de nossos Tribunais, para quem "na hipótese em que um a única conduta é tipificada como crime por duas leis, a regra especial afasta a incidência da regra geral, segundo o princípio da especialidade, que se situa no campo do conflito aparente de princípio da especialidade, que se situa no campo do conflito aparente de normas" (RSTJ 126/409).

Em sendo assim, percebe-se que eventual "cartel" formado com vistas a fraudar processo licitatório está inserido na ilícita conduta de fraudar a licitação, de modo que, pelo princípio da especialidade, somente este último deve prevalecer.

Então, afastado o "crime de cartel", pois, repita-se, formar acordo, convênio, ajuste ou aliança são comportamentos que, no caso sub judice, tipificam o crime do artigo 90, da Lei n. 8.666/1993, cumpre agora analisar esse delito para, então, apreciar possível ocorrência da prescrição.

O crime do art. 4º, II, da Lei 8.137/1990, vem assim definido:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

[...]

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Já o art. 90 da Lei 8.666/1993 descreve:

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

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

O art. 4º, II, *a*, *b* e *c*, da Lei 8.137/1990 constitui crime contra a ordem econômica, onde a conduta objetiva é de formar acordo, convênio, ajuste, aliança entre ofertantes visando a fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Exige-se então a demonstração de que os acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo o domínio de mercado, assim caracterizado por *uma posição de força econômica de que goza uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado relevante, ao permitir-lhe, em medida considerável, comportar-se de forma independente em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores* (Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180).

No caso, as tratativas descritas na denúncia referiam-se apenas a uma licitação (n. 40015212/2005), em que teria sido acordada a formação de dois consórcios para execução da Linha 2 do *Metro/SP*, sendo que, *Ambos seriam pré-qualificados, mas apenas um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura*, e, posteriormente, *o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor* (fl. 17)

Dessa forma, as condutas tidas por anticompetitivas referiam-se exclusivamente a um procedimento licitatório, sendo certo que, pela descrição da denúncia, não se pode inferir que os acordos narrados configurariam, no limite descrito, domínio de mercado, apto a subsumir no delito do art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/1990.

Assim, sendo insuficiente a descrição fática de que os acordos caracterizariam a concentração do poder econômico e de que os ajustes teriam sido efetivamente implementados com domínio de mercado, não há falar em formação de cartel, porquanto não demonstrada ofensa à livre concorrência. Na medida em que, na lição de Rodolfo Tigre Maia, *considerada em si mesma, a conduta de efetivação de ajustes e de acordos entre empresas não caracteriza qualquer ilicitude, desde que seu próprio escopo ou as atividades práticas deles decorrentes, imediata ou mediatamente, não desbordem de qualquer modo para o abuso do poder econômico, na medida em que resultem no domínio do mercado ou na restrição à competição no mesmo* (Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p 162).

Ademais, ao que se tem dos fatos descritos na exordial, os ajustes ocorridos a partir do segundo semestre de 2004, tendentes à formação de mencionados consórcios, se deram unicamente com o fim de fraudar o processo licitatório em questão, subsistindo apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações.

Ilustrativamente, destaco:

Habeas corpus. Peculato-desvio. Inserção de dados falsos em sistema de informações. Concurso material. Conflito aparente de normas. Critério da

especialidade. Peculiaridades do caso concreto. *Bis in idem*. Configuração. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. O delito de inserção de dados falsos em sistema de informações, descrito no artigo 313-A do Código Penal, é especial ao crime de peculato delineado no artigo 312 do Estatuto Repressor.

2. Na hipótese, a vantagem indevida auferida em detrimento da administração pública (objeto de tutela do crime de peculato) foi alcançada por meio de um especial modo de agir, consistente na inserção de informações falsas nos sistemas informatizados ou banco de dados da municipalidade.

3. Tal circunstância evidencia a ocorrência de apenas uma lesão ao bem jurídico tutelado, sendo imperioso, diante do concurso aparente de normas penais aplicáveis, o afastamento da condenação referente ao crime de peculato-desvio, já que o delito descrito no artigo 313-A do Código Penal disciplina, na íntegra, os fatos praticados pelo paciente, remediando-se, por conseguinte, o *bis in idem* repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio.

[...]

2. Ordem concedida para anular a condenação do paciente com relação ao delito descrito no artigo 312, *caput*, do Código Penal, deferindo-se a substituição da pena privativa de liberdade remanescente por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

(HC 213.179/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 03/05/2012)

Destarte, tenho por correto o entendimento do magistrado de primeiro grau, que, afastando o crime do art. 4º, II, da Lei 8.137/1990, consignou que os ajustes ocorridos configuraram o próprio crime licitatório, devendo apenas este último prevalecer.

No que se refere à prescrição da pretensão punitiva relativa ao delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, assiste razão aos recorrentes.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que *o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 é formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, cujo intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório* (HC n. 116.680/DF, 2ª Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, publicado no DJe de 13/2/2014).

No mesmo sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Penal e Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime de frustração do caráter competitivo de procedimento licitatório mediante prévio ajuste (Lei n. 8.666/1993, art. 90). Inépcia da inicial acusatória. Inexistência. Presença dos requisitos do art. 41 do CPP. Ausência de justa causa. Não evidenciada. Lastro probatório mínimo para admissibilidade da denúncia. Recurso desprovido.

[...]

4. O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente finalidade específica (elemento subjetivo do tipo) de obter vantagem decorrente do objeto de adjudicação, para si ou para outrem. Despicienda, pois, a efetiva obtenção da vantagem com a adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação.

[...]

9. Recurso desprovido (RHC 52.731/GO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015).

Habeas corpus. Crimes cometidos em licitações. Aditamento. Fatos narrados na denúncia. Exclusão de crime de responsabilidade. Fatos incólumes como fenômenos da realidade. Quebra do caráter competitivo da licitação. Prejuízo econômico ao erário. Desnecessidade.

1. Oferecida a denúncia e havendo posterior aditamento a ela, eventual exclusão de determinado crime descrito inicialmente, antes do aditamento, não significa que devam ser desconsiderados todos os fatos narrados na peça acusatória que lhe diziam respeito, haja vista permanecerem incólumes como fenômenos da realidade. Tanto é que, em regra, o acusado se defende da descrição fática, e não da capitulação jurídica contida na denúncia.

2. *O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas.*

3. *Trata-se de crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitativa se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório.*

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 352.984/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 30/06/2016, DJe 08/09/2016)

Conforme já adiantado, segundo consta da denúncia, os recorrentes teriam fraudado o caráter competitivo do Procedimento Licitatório n. 40015212/2005 mediante ajustes ocorridos durante o segundo semestre de 2004, nos quais teria sido acordada a formação de dois consórcios distintos para concorrer à execução do projeto *Metro/SP - Linha 2*, sendo que, *Ambos seriam pré-qualificados*, mas apenas um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdutora de cobertura, e, posteriormente, o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdutor (fl. 17).

Deste modo, em se considerando a natureza formal do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, e tendo em vista que o recebimento da denúncia, por este crime, se deu em 7/4/2014 (sentença, fl. 360), conclui-se que os recorrentes são processados por fatos ocorridos há mais de 8 anos do recebimento da exordial pelo Juízo de 1º Grau.

Imperioso, destarte, restabelecer a decisão de primeiro grau, que, ao rejeitar a denúncia e declarar extinta a punibilidade dos recorrentes, assim consignou (fl. 359):

Neste particular, diversamente do que afirmado pelo ilustre Promotor de Justiça, o crime de fraude à licitação, segundo entendimento do Plenário do Colégio Supremo Tribunal Federal "...é formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório..." (HC 116.680/DF - Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 18/12/2013).

Assim, face o proclamado pelo plenário da suprema corte, *tem-se que o crime imputado aos denunciados se consumou em janeiro de 2005*, isto é, quando os representantes das empresas teriam, segundo a denúncia, feito "acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos", iniciando-se, pois, o curso do prazo prescricional, consoante dispõe o artigo 111, inciso I, do Código Penal.

Por outro lado, conforme prescreve o artigo 109, inciso IV, do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, se verificando, quanto ao crime do artigo 90, da Lei n. 8.666/1993 (cuja pena máxima é de 4 anos) em 8 anos.

Como, então, entre a data do fato (janeiro de 2005) e hoje decorreu prazo superior ao estabelecido em lei (8 anos), inevitável, data venia, reconhecer-se a extinção da punibilidade dos réus pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Prejudicadas as demais alegações.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos especiais para restabelecer a decisão de fls. 354/360.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Senhor Presidente, pedindo vênias ao Ministro Rogério Schietti, *acompanho* o voto de Vossa Excelência, inclusive com o adendo do Ministro Antonio Saldanha.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz: *Oliveira de Carvalho e Massimo Andrea Giavina Bianchi* interpuseram recurso especial contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, que determinou o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal, na qual lhes são imputados os crimes de *formação de cartel* (art. 4º, II, “a”, “b” e “c”, da Lei n. 8.137/1990) e *fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório* (art. 90 da Lei n. 8.666/1993).

Em suas razões, alegaram os recorrentes, em síntese, o seguinte: 1) necessidade de esclarecimento dos pontos omissos e contraditórios suscitados pela defesa na origem, a ensejar violação do art. 619 do CPP; 2) julgamento *extra petita* efetivado pelo Tribunal de origem, que analisou a presença de justa causa e a aptidão da denúncia; 3) conflito aparente de normas, a implicar a adoção do critério da especialidade; 4) ocorrência da prescrição em relação ao crime do art. 90 da Lei 8.666/1993; 5) inexistência de descrição, em relação à Edson Yassuo Hira, da maneira pela qual haveria concorrido para a prática da suposta fraude licitatória, cuja responsabilização de seu por ato de terceiros.

Ao analisar o caso, o eminente relator, Ministro Nefi Cordeiro, entendeu que os recursos deveriam ser providos, a fim de restabelecer a decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia, em síntese, porque: 1) as condutas descritas art. 4º, II, “a”, “b” e “c”, da Lei n. 8.137/1990 exigem a demonstração de que os acordos,

ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo o domínio de mercado e que, no caso, as tratativas descritas na denúncia referiam-se apenas a uma licitação; 2) pela descrição contida na denúncia, não seria possível verificar se os acordos narrados configurariam, no limite descrito, domínio de mercado; 3) os fatos descritos na denúncia, ocorridos a partir do segundo semestre de 2004, se deram unicamente com o fim de fraudar o processo licitatório em questão, subsistindo apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações.

Pedi vista dos autos em razão da necessidade de exame mais acurado do tema jurídico trazido ao colegiado e ante o relevo do fato versado na impugnação.

I. Alegada violação do art. 619 do Código de Processo Penal

No recurso especial apresentado por Serge Van Themsche, a defesa alegou violação do art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto o acórdão recorrido não teria sanado as omissões e as contradições apontadas em embargos de declaração, consistentes nos seguintes tópicos: 1) omissão sobre a aplicação e as consequências da aplicação do princípio da especialidade; 2) falta de indicação dos pontos da denúncia que narrariam os elementos típicos do aventado delito de cartel.

Em relação a tais aspectos, extrai-se do acórdão, a afastar a aplicação da especialidade, a afirmação de que “as empresas envolvidas formariam um cartel (crime contra a ordem econômica) e depois de formado e por meio dele, fraudariam licitação pública (crime contra a administração pública), nada impedindo que fossem imputadas ambas as condutas aos envolvidos, *em concurso formal ou material*” (fl. 679, grifei).

Mais adiante, alinhavou o acórdão recorrido (fl. 680):

Houve, ao que tudo indica, subcontratações indevidas, na medida em que, elas são possíveis, excepcionalmente, desde que previstas em edital e no contrato (artigo 72 e 78, VI, da Lei n. 8.666/1993). Tal medida visa, essencialmente, que, as empresas “derrotadas” não sejam as executoras do serviço licitado, como se constatou nos fatos aqui apurados, em que ocorreu a subcontratação das empresas, em tese, “perdedoras”, conforme se verifica às fls. 289, a exemplo de que as empresas Siemens e Alstom, atuando pelo Consórcio Linha Verde, subcontrataram as empresas PEM Engenharia S/A (Grupo T’Trans), Belfourt Beautty, Façon Eletromecénico, entre outras.

Dessa maneira, há, portanto, nos autos, farta prova documental de que o Consórcio Linha Verde composto pela Alstom e Siemens subcontrataram,

exatamente, quem eles derrotaram na licitação pública e integrantes de grupos a estes ligadas, evidenciando um possível acordo competitivo, manobra tida como ilegal, vez que todos usufruíram do objeto licitado.

Por fim, concluiu o referido *decisum*: “a existência de indícios, em tese, da ocorrência dos dois crimes, os quais decorreram das informações obtidas no procedimento licitatório referente ao contrato n. 40015212/2005 da ‘Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô’, somadas à descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, bem como os documentos juntados aos autos e os termos dos depoimentos dos lenientes *que comprovam, em tese, ocorrência dos crimes de formação de cartel e de fraude à licitação*” (fl. 681, destaquei).

Observa-se, portanto, que o *critério da especialidade e a caracterização de possível formação de cartel, assuntos sobre os quais alega o recorrente que o acórdão teria sido omissis, foram apreciados e rechaçados*, na medida em que o referido *decisum* concluiu pela prática de dois crimes em concurso – o que não se coaduna com a ideia de antinomia –, bem como declinou as circunstâncias pelas quais o crime de cartel estaria descrito na denúncia. Por isso, não procede o recurso sob esse prisma.

Além disso, destacou o acórdão, *apenas como registro* (em caráter *obiter dictum*, portanto) – o que afasta possível contradição com a conclusão tida por ele sobre a existência de dois crimes – que “a pena do delito de ‘formação de cartel’ é maior em seu *quantum* máximo do que aquela é prevista no crime do artigo 90 da Lei n. 8.666/1993, de maneira que, *se absorção houvesse* vigeria a regra do *majus absorbet minorem*, remanescendo o delito mais grave” (fl. 683, grifei). Ou seja, se antinomia houvesse, deveria ser preservado o crime de formação de cartel, e não o de fraude ao caráter competitivo da licitação.

II. Alegado julgamento extra petita

Igual destino merece o recurso com relação ao aventado julgamento *extra petita*. Com efeito, ao contrário do suscitado exclusivamente pelo recorrente Serge Van Themsche, *não observo que haja o acórdão impugnado incorrido em julgamento além do formulado pelo Ministério Público no recurso em sentido estrito*, a ensejar possível vulneração ao princípio da adstrição ou da congruência.

Ao rejeitar a denúncia, *o Magistrado de primeiro grau, depois de discorrer sobre os fatos descritos na imputação, entendeu que seria o caso de aplicar-se o*

critério da especialidade, porquanto “eventual ‘cartel’ formado com vistas a fraudar processo licitatório está inserido na ilícita conduta de fraudar a licitação, de modo que, pelo princípio da especialidade, somente este último deve prevalecer” e que, por isso, “afastado o ‘crime de cartel’, pois, repita-se, formar acordo, convênio, ajuste ou aliança são comportamentos que, no caso *sub judice*, tipificam o crime do artigo 90, da Lei n. 8.666/1993, cumpre agora analisar esse delito para, então, apreciar possível ocorrência da prescrição” (fl. 358).

Diante do recurso em sentido estrito do Ministério Público, no qual foi sustentada a prática de crimes autônomos e a inexistência de antinomia, *não haveria outra possibilidade de o decisum recorrido reverter a decisão de primeiro grau, senão com o exame dos fatos e dos elementos de informação que lastrearam a denúncia*, os quais se revelaram, em sua ótica, aptos a deflagrar a ação penal pela prática de dois crimes.

Assim, *mostrou-se impositiva a análise da aptidão da denúncia em todos os seus aspectos, a fim de justificar a modificação da decisão de primeiro grau diante da alegação feita pelo Parquet no recurso em sentido estrito. Este estaria interligado com a existência de descrição suficiente dos fatos relacionados aos dois delitos cometidos de modo autônomo*, o que afastaria a aplicação de critério de solução de conflito aparente de normas.

III. A denúncia pelo crime de formação de cartel

Segundo a orientação desta Corte, à qual aderimos, “a denúncia, peça acusatória revestida de tecnicidades e formalidades, deve seguir os ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, de sorte que a atribuição, ao denunciado, da conduta criminosa seja clara e precisa, com a descrição de todas as suas circunstâncias, a fim de possibilitar a desembaraçada reação defensiva à acusação apresentada” (*RHC n. 39.627/RJ*, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, DJe 30/4/2014).

Há que se avaliar, portanto, se a denúncia, ao imputar a prática de crime, descreve os fatos com todas as suas circunstâncias, de modo a possibilitar a ampla defesa.

Cuidando-se de acusação de *formação de cartel*, notadamente aquela prevista no art. 4º, II, da Lei n. 8.137/1990, *a denúncia deve seguir, em linhas gerais, além dos requisitos ínsitos a qualquer imputação penal, os seguintes parâmetros*:

1) *descrever fatos que se amoldam em algumas das hipóteses previstas no tipo*, isto é, proceder à indicação da existência de acordo, convênio, ajuste ou aliança entre

oferchantes, com o objetivo de fixar artificialmente os preços ou as quantidades vendidas/produzidas, de exercer o controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas em detrimento da concorrência;

2) *identificar a conduta de cada um dos acusados supostamente envolvidos no conluio;*

3) *explicitar a maneira como a conduta configura infração contra a ordem econômica, isto é, de que modo provoca ou pode provocar o exercício de poder abusivo com o intuito de dominar mercados, eliminar concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros;*

4) *subsidiar-se em elementos mínimos de identificação da autoria, os quais permitam aferir a existência de justa causa, com a ressalva de que de “[p]rovas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório” (RHC n. 74.072/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 21/3/2018), jamais para efeitos de recebimento da denúncia.*

Dito isso, considero que *a denúncia*, diversamente da compreensão externada pelo relator, *descreveu*, quantum satis, *a prática dos crimes de formação de cartel e fraude ao caráter competitivo das licitações de modo autônomo*, conforme procurarei explicitar.

Deveras, malgrado todo o procedimento licitatório encetado pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos e pela Companhia de Metrô de São Paulo, entre os anos de 1999 e 2009 – para a implantação dos projetos Linha 5 do Metrô, manutenção de Trens Séries 2000, 2100 e 3000, extensão da Linha 2 do Metrô de São Paulo, projeto Boa Viagem, Projeto 320 Carros e Projeto 64 Carros (fl. 301) –, haja sido objeto de investigação, houve desmembramento do procedimento.

Tal desmembramento redundou na deflagração de diversos processos penais e *a denúncia, no caso dos autos, cingiu-se especificamente ao Procedimento Licitatório n. 400152121 da Companhia do Metrô de São Paulo*, o qual previu a elaboração de projeto executivo, fornecimento e implantação de sistemas para o trecho *Ana Rosa/Ipiranga* e sistemas complementares para o trecho *Ana Rosa/Vila Madalena da Linha 2 Verde do Metrô de São Paulo*.

Em razão disso, o exame do feito, conforme a denúncia oferecida pelo Ministério Público, atem-se ao referido procedimento licitatório específico, sem descurar, contudo, da amplitude e da magnitude de todo o procedimento, o qual ensejaria, segundo amplamente divulgado, *o custo de alguns bilhões de reais – sendo que, na hipótese, como retrata a imputação, o projeto havia sido orçado, sem a inclusão de aditivos, o valor R\$ 136.660.717,15.*

Logo de início, extraído, da descrição fática apresentada pelo Ministério Público, a afirmação de que “as referidas empresas, pelos respectivos denunciados, nos documentos dos autos e dos respectivos apensos, em irrefutável análise econômica das evidências (*economic analysis*) da sistemática da licitação e das provas; a partir do mês de janeiro de 2005, ainda em vigência até 21 de agosto de 2013; adiante explicados, e em várias ocasiões em datas diversas, em locais variados, nesta cidade de São Paulo; **realizaram acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos**” (fls. 2-3).

Em seguida, também na parte introdutória, arremata (fl. 3):

*Previamente ajustados e com unidade de propósitos, os **denunciados, agindo em nome e para vantagem das empresas que representavam, reuniam-se e/ou comunicavam-se por diversos meios, e dividiram entre eles o contrato administrativo n. 4001521201 da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô**, que deveria ser destinado a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo. Os denunciados, entretanto, dele “assenhoraram-se”, *direcionando a licitação sabendo previamente quais empresas seriam as vencedoras. Através de acordos fraudulentos, estabeleceram e direcionaram os consórcios, vencedor/perdedor, este com proposta pro forma, **dividiram o mercado e o preço final superfaturado, violando assim criminosamente as Leis naturais da economia, especialmente a da livre concorrência.****

*Nesse contexto, tendo a certeza e a consciência de serem, juntas, as empresas, **dominadoras de considerável parcela do mercado**; os denunciados fraudaram, mediante ajuste e combinação, o caráter competitivo do referido procedimento licitatório com o objetivo de obter, para suas respectivas empresas, as quais detinham poder decisório, vantagem financeira decorrente dos objetos da adjudicação do contrato firmados com o Poder Público - Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô (Crime contra a administração pública).*

Por fim, ainda na parte introdutória, o MP faz uma síntese dos fatos, em que expõe que “as empresas acordaram a formação de dois consórcios para participar da licitação: *um venceria o certame e o outro apresentaria uma proposta de cobertura, sendo, posteriormente, subcontratado*” e que o “acordo anticompetitivo obteve sucesso: o consórcio formado Linha Verde, formado por Alstom e Siemens, sagrou-se vencedor e, durante a execução do contrato, subcontratou as empresas T”Trans, Bombardier e Balfour Beatty” (fl. 4).

Verifica-se que a denúncia, *ab intio*, já explicita que *as empresas detinham domínio considerável de parcela do mercado* e aponta a presença de *duas das características da formação de cartel*, que é a **restrição da proposta** e a **subcontratação ilegal**. Tais circunstâncias, consoante referido linhas atrás, sinalizam a existência de requisitos inerentes aos *crimes contra a ordem econômica, os quais pressupõem o abuso do poder econômico*, cuja configuração se dá pelo *uso abusivo de domínio do mercado* relevante, de modo a *restringir ilicitamente a liberdade de iniciativa e a livre concorrência*, com a utilização de técnicas de compensação.

No *tópico II*, o *Parquet*, após a síntese dos fatos, chama a atenção para os subsídios que lastreiam a denúncia, ao salientar que o “procedimento licitatório em conjunto com os termos do acordo de leniência e demais documentos anexados aos autos, é conclusivo que há provas de prática dos crimes de cartel e fraude a presente licitação por integrantes das empresas Siemens, Alstom, T”Trans, Bombardier e Balfour Beatty, na forma exposta no acordo de leniência, em conluio com agentes públicos” (fl. 5).

No *tópico III*, o Ministério Público examina o procedimento licitatório, onde afirma que 33 empresas adquiriram e retiraram exemplares do edital, mas que somente 2 consórcios apresentaram documentos de habilitação, a saber: *Consórcio Linha Verde*, integrado pelas empresas Alstom Brasil Ltda. e Siemens Ltda, e o *Consórcio Linha Dois*, integrado pelas empresas Trans Sistemas de Transportes S/A., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brazil) Ltda. (fl. 8)

Ambos os consórcios foram considerados habilitados e, na mesma sessão de habilitação, *desistiram expressamente do exercício do direito de interpor recurso*, cujo termo, em relação a Linha Verde, “foi assinado por Wagner Tadeu Ribeiro (gerente comercial da Alstom), Francisco de Assiz Perroni (superintendente de operações da Alstom), Nelly Miyazaki (técnica de venda de infraestrutura da Siemens) e Liliam Cristina Basseto Dezen (gerente comercial de contratos da Siemens)” (fl. 8).

No que tange à Linha Dois, o termo “foi assinado por Wagner Tadeu Ribeiro (gerente comercial da Alstom), Francisco de Assiz Perroni (superintendente de operações da Alstom), Nelly Miyazaki (técnica de venda de infraestrutura da Siemens) e Liliam Cristina Basseto Dezen (gerente comercial de contratos da Siemens)” (fl. 8).

Chama a atenção, ainda nesse tópico, **que a proposta apresentada pela Linha Verde, mesmo acima do valor estimado pela comissão licitatória, sagrou-**

se vencedora do certame e, ato contínuo, o Consórcio Linha Dois renunciou expressamente ao direito de interpor recurso, nestes termos (fl. 10):

Mesmo com proposta acima do valor estimado, a Comissão de Licitação e Julgamento – CLS declarou vencedor o Consórcio Linha Verde, composto pelas empresas Alstom Brasil Ltda. e Siemens Ltda., conforme resultado publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, edição do dia 02 de abril de 2005.

O Consórcio Linha Dois, por sua vez, renunciou expressamente ao exercício do direito de interpor recurso administrativo contra a decisão de seleção da proposta do Consórcio Linha Verde, em manifestação subscrita por Massimo Andrea Giovina-Bianchi, presidente-integrante da T'Trans Sistemas de Transportes S/A, líder do consórcio.

Destaca-se, de igual forma, o fato de que, homologado o processo licitatório em 6/4/2005, com despesa prevista no valor de R\$ 143.622.513,04, pouco mais de um mês depois, em 15/5/2005, “a Siemens Ltda. solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A, que mantinha relações comerciais com a T'Trans” (fl. 11), e, passados quinze dias, “a Alstom Brasil Ltda. também solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A” (fl. 11).

No mês seguinte, conforme descrito na denúncia, a “Siemens, no dia 03 de junho de 2005, formulou pedido de subcontratação da empresa Belfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda., destinado à execução dos itens 3.11, 3.3.2 e 3.3.5 do contrato, também aprovado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo” (fl. 11). E, da mesma forma e nesse mesmo mês, seguiram-se pedidos de subcontratações, com a inclusão da *Façon Eletromecânica, Industria, Comércio e Serviços Ltda e da Bombardier Transportation Brasil Ltda*, além de oito aditamentos, os quais culminaram com o acréscimo no valor do contrato, que passou a ser orçado em R\$ 162.515.335,87 (fls. 11-15).

Observa-se, diante desse quadro, que *as empresas subcontratadas ou integravam o Consórcio perdedor do processo licitatório ou a lista das empresas que retiraram o edital, mas não concorreram no certame*, circunstâncias estas que, embora possam não representar, de per si, ilícito penal ou mesmo administrativo, reforçam a possibilidade de conluio entre as empresas, a indicar a existência de **acordo anticompetitivo**.

No tópico IV, o Parquet apresenta esboço detalhado dos fatos, extraídos por informações obtidas em *programa de leniência aderido pela Siemens*, onde assinala, *baseado em documentos apresentados*, (fl. 17), o seguinte: “[no segundo semestre de 2004 ocorreu uma reunião entre as empresas Siemens, Bombardier,

Alstom, Balfour Beatty e T”Trans com o objetivo de planejar a divisão do escopo do projeto Metrô São Paulo Linha 2. Compareceram a esta reunião Everton Rheinheimer – diretor de transportes da Siemens; Paulo Borges – Diretor da Divisão de Transportes da Alstom; Serge Van Themsche – Presidente da Bombardier; Haroldo Oliveira de Carvalho – da Balfour Beatty e Edson Yassuo Hira – Gerente de propostas da T”Trans” (fl. 16, grifei). E prossegue:

[f]oi estabelecido acordo anticoncorrencial no sentido de que seriam formados dois consórcios diferentes para o projeto. Ambos seriam pré-qualificados, sendo que um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdutora de cobertura. Posteriormente, o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdutor. Para atingir o objetivo, os participantes realizaram uma detalhada análise dos atestados técnicos detidos por cada empresa e analisaram as possibilidades de formação dos consórcios considerando que as disposições do edital continham exigências muito específicas e as empresas temiam que a licitação pudesse ser frustrada por ausência de competição caso apenas um dos dois consórcios fosse pré-qualificado. As empresas interessadas na licitação fizeram uma análise cuidadosa dos atestados técnicos detidos por cada uma delas, para montar os dois consórcios participantes da licitação.

De todo o exposto até aqui, sobressai-se a assertiva do Ministério Público de que “[h]á nos autos, em apenso, documentos (provas diretas) que também demonstram a realização dos acordos em Cartel” (fl. 19, destaquei). **Tais provas consistiriam em:** “Documento fornecido pela leniente Siemens – ‘Subcontrato de prestação de fornecimento e de serviços – minuta’; demonstra Balfour Beatty subcontratada pela Siemens, sendo a Alstom anuente. Documento fornecido pela leniente Siemens – ‘Subcontrato de prestação de fornecimento de serviços – minuta’; demonstra a PEM Engenharia S.A. subcontratada pela Alstom, sendo a Siemens anuente. Documento fornecido pela leniente Siemens – E-mails referindo a efetiva contratação da Balfour Beatty como subcontratada da Siemens”. (1610212007 e 2110212007)” (fl. 19).

Esse quadro fático, do modo como descrito, preenche, a meu juízo, os requisitos previstos no art. 41 do CPP, relativamente ao crime de formação de Cartel, pois se amoldam às hipóteses previstas no tipo inserto no art. 4º, II, da Lei n. 8.137/1990. Com efeito, por toda a narrativa feita na imputação, é possível concluir pela presença de **suficientes indícios** da existência de **acordo, ajuste ou aliança entre as concorrentes**, os quais encontram subsídios em provas apresentadas no programa de leniência feito pela própria Siemens, então integrante do consórcio que venceu o certame.

Além disso, *expõe a denúncia o modo como as empresas participantes do suposto cartel, entre as quais figuram empresas multinacionais, notoriamente conhecidas pelo poder de mercado e atuação em mercado relevante*, efetuaram ajuste com o objetivo de eliminar a concorrência no vultoso procedimento licitatório. Aliás, a denúncia descreve que o edital chegou a ser impugnado por uma das empresas que pretendiam concorrer no certame (não beneficiada pelo esquema), nestes termos (fl. 6):

A empresa Alusa Engenharia Ltda. ofertou impugnação ao edital, sustentando que a aglutinação de diversos sistemas em único procedimento licitatório restringia a competição, infringindo o disposto no artigo 3º, § 1º da Lei n. 8.666/1993.

O pedido não foi acolhido pelo Metrô, com fundamento na impossibilidade de execução dos contratos em lotes e complexidade dos sistemas a serem implementados, nos termos do artigo 23, § 1º, da Lei d 8.666/1993.

Diante disso, a empresa ofertou representação perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que, em liminar, suspendeu o procedimento licitatório, porém, no mérito, decidiu pela regularidade das cláusulas expostas no edital (Procedimento TC-006990/026/05).

Como é afirmado na denúncia, *“as empresas integrantes do cartel traçaram a estratégia para que não houvesse concorrência entre elas e impedissem a presença de empresas ‘não alinhadas’ no certame”* (fl. 21).

Importa ressaltar, ainda, que há descrição dos fatos sequenciada e devidamente individualizada, com o apontamento, em cada passo ou etapa, dos participantes do conluio e dos atos praticados, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

O mesmo se diga em relação ao crime de fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório, quando o *Parquet* inicia a descrição dos fatos, no tópico V, com a afirmação de que, no “procedimento licitatório, constatou-se que ocorreu vazamento de informações da licitação, a inserção de aspectos com cláusulas restritivas à concorrência no edital e atuação fática das integrantes do cartel por meio de mais de um consórcio e irregularidades no procedimento de subcontratação” (fl. 19).

No particular, afirma o MP que o “relato e documentos mencionados demonstram que representantes das empresas cartelizadas de fato tiveram acesso a informações pormenorizadas sobre procedimento licitatório, a ponto de combinarem previamente valores e analisarem documentos que seriam exigidos na fase de habilitação” (fl. 20) e que “[a] tabela interna da Siemens, datada de 20

de julho de 2004, *demonstrou que as empresas cartelizadas, antes da publicação do edital, já haviam estipulado valores que seriam ofertados na licitação*”.

E mais:

Se não bastasse, as empresas Alstom, Siemens, Bombardier, T’Trans e Balfour Beatty, em reunião ocorrida no dia 17 de setembro de 2004 decidiram a composição dos dois consórcios que seriam formados, *com base na análise minuciosa dos respectivos atestados técnicos, para que atendessem aos requisitos de qualificação exigidos na licitação, cujo edital sequer havia sido publicado.*

Tudo isso revela que os representantes das empresas cartelizadas tiveram acesso a informações sensíveis sobre a licitação cerca de 06 (seis) meses antes da publicação do respectivo edital, período que os dados do procedimento licitatório deveriam ter sido mantidos sob sigilo no âmbito da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

[...]

O acesso indevido às informações da licitação, além de causar desequilíbrio entre os concorrentes, favoreceu a celebração do acordo anticompetitivo entre as empresas Alstom, Siemens, T’Trans, Bombardier e Balfour Beatty.

De outro lado, constata-se que a Companhia do Metrô não realizou audiência pública, a possibilitar que os interessados exercessem direito de acesso e manifestação sobre as informações pertinentes à licitação, obrigatório para licitações com valor global de superior a R\$ 150.000.000,00, como a ora analisada, nos termos do artigo 39 da Lei 8.666/193.

Outro aspecto relevante que merece ser registrado é que a própria *restrição contida no edital quanto ao número de consórcios participantes* – no máximo três –, *despida de justificativa* (segundo a denúncia), em confronto com o número de empresas que retiraram o edital e as que apresentaram documentos de habilitação – somente cinco, beneficiadas com o suposto ajuste – ***reforça a possibilidade de realização de cartel.***

A delimitação do mercado relevante implica, necessariamente, a identificação do mercado no qual determinado agente econômico atua, isto é, no ambiente em que este concorre. Logo, a ideia de mercado relevante compreende a identificação das relações concretas de concorrência de que ele participa; serve a esse propósito, portanto, a abertura de vultosa e complexa licitação relacionada ao ramo de atuação das empresas envolvidas. Por isso, a restrição injustificada relativa à quantidade de consórcios participantes é mais um elemento que se soma as demais circunstâncias descritas na denúncia, a indicar a formação de cartel e a fraude no procedimento licitatório.

Releva, a propósito, enfatizar que o abuso do poder econômico importa em *diminuição ou mesmo supressão da liberdade de oferta e procura*, impedindo o acesso de novos empresários ao mercado ou o desenvolvimento das atividades dos concorrentes. Na direção das precisas palavras de Ana Frazão Lopes, “*será ilícito o ato que pretenda reduzir, de forma abusiva, a concorrência para um nível abaixo do qual estejam comprometidas a liberdade entre os agentes econômicos e a liberdade dos consumidores*. Afinal, a preocupação da Constituição foi com a eliminação abusiva da concorrência praticável” (LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. *Empresa e propriedade: função social e abuso de direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 190).

A formação de cartel compreende, assim, a *realização de acordos*, que podem ser explícitos ou tácitos *entre concorrentes do mesmo segmento* e que envolvem parte substancial do mercado, *a fim de controlar preços, produção e distribuição e, com isso, aumentar os lucros*. Trata-se, portanto, de coligações entre empresas da mesma categoria com objetivo de obter vantagens comuns decorrentes da supressão da livre concorrência, mas com a manutenção da autonomia entre elas.

Acresça-se que os cartéis podem ser assim classificados (esta não é a única forma de classificação): *difusos* (soft) e *clássicos* (hard-core). *Os primeiros (cartéis difusos)*, que interessam para o exame do caso, são definidos pelo CADE como um “[a]to de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do cartel clássico, *mas de caráter eventual e não institucionalizado*. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. *Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas* (Trecho do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no PA n. 08012.002127/2002- 14, DJ 13/7/2005, CADE. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPL1u9u7akQA h8mpB9yN1rry6KfIkAH_w5x0ZKb9_HNUsN94s7HMkBi4KsrnINaNjnFT7h49858q08xAh3TTFgBUyGfoEEaFXj0rMDxwW>. Acesso em: 27 abr. 2018).

Deveras, a caracterização do cartel *prescinde da existência de um estado de permanência ou estabilidade da colusão*, à semelhança do que ocorre com as parcerias comerciais (*joint venture*) que, em geral, possuem “objetivos específicos limitados, como os grandes projetos de obras de infraestrutura, portos, tuneis, hidroelétricas etc., cuja magnitude exige a união de várias empresas”

(BULGARELLI, Waldírio. *Concentração de empresas e Direito antitruste*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 56-57).

Além disso, a atuação do cartel ocorre, predominantemente (como destaca a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE), em *contratos engajados com o setor público* (OECD Joint Global Forum on Trade and Competition, 2003. Hard Core Cartels. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP/TR\(2003\)8&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP/TR(2003)8&docLanguage=En)>. Acesso em: 25 abr. 2018).

No âmbito internacional, tal prática é conhecida como *bid rigging*, que significa a realização de cartel em procedimentos licitatórios e que consiste no ajuste entre competidores para, em conjunto, indicar o vencedor de determinada licitação pública, de modo que, *a posteriori*, sejam favorecidos todos os acordantes mediante a concessão de compensações. Nela pode ser incluída até mesmo a existência de acordo para que não sejam apresentadas propostas por outros concorrentes ou, ainda, que sejam exibidas propostas acima da indicada para obter êxito no certame.

Assim, nas *licitações públicas*, nas quais há *acordo entre os concorrentes com a aptidão para limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência*, é possível identificar, consoante orientações da extinta Secretaria de Direito Econômico, a presença de algumas características: *fixação de preço; rodízio, restrição de proposta; divisão de mercado e subcontratação ilegal* (*Combate a Cartéis em Licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação*. Coleção SDE/SPDE n. 02/2008).

Esses elementos estão, a meu sentir, plenamente narrados na imputação ministerial e me parece deveras *preocupante, com a devida vênia, que se interrompa a pretensão punitiva por condutas tão graves e lesivas ao erário e ao interesse público, impedindo o titular da ação penal de demonstrar, no curso da ação penal, o que descreve na denúncia*.

IV. Formação de cartel e fraude ao caráter competitivo da licitação – inexistência de conflito aparente de normas

No REsp n. 1.376.670/SC, citado e adotado em seu voto pelo relator, há a afirmação de que “ocorre o conflito aparente de normas quando há *a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável*”.

Trazendo a assertiva para o caso ora examinado, vejo que não se está diante de uma única conduta, mas diante de um número expressivo de condutas que acabaram por distanciar a formação do cartel como elemento central para a quebra do caráter competitivo em relação ao procedimento licitatório, embora o exercício da livre concorrência, no que tange à ordem econômica, haja sido afetada com o cartel. Explico.

Para a configuração do crime de fraude ou frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório, *não há, necessariamente, que haver conluio entre os concorrentes. A prática desse crime pode se dar pela utilização de qualquer outro expediente fraudulento que se coloque em oposição à competitividade do certame, seja na fase externa, seja na interna; basta que algum aspecto do procedimento seja atingido.*

Logo, a prática de qualquer ato fraudulento que importe quebra de princípios basilares da licitação, com o objetivo de frustrar o caráter competitivo do certame, pode dar azo ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1990, sem que para isso ocorra o ajuste entre os concorrentes, como, *v.g.*, o conluio estabelecido entre um concorrente e determinados agentes públicos. *A elaboração de edital direcionado ou mesmo o fornecimento de informações privilegiadas, por meio de um agente público, acerca de informações sigilosas do procedimento licitatório, podem ser exemplos desse crime quando visem a burlar a competição necessária do certame licitatório.*

Nesse particular, o “conluio entre o concorrente (ou vários concorrentes) da licitação e um servidor público, por *quebra do sigilo das propostas; inserção, no edital, de cláusulas discriminatórias em favor de determinado concorrente*” (Luiz Regis Prado, *Leis penais especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 193), são exemplos de outros expedientes que se enquadram na cláusula genérica prevista no tipo.

Na espécie, o reconhecimento da suposta fraude ao caráter competitivo da licitação teve como substrato situações desvinculadas, *a priori*, da formação do cartel. Com efeito, a denúncia explícita que “[o] relato e documentos mencionados demonstram que representantes das empresas cartelizadas de fato *tiveram acesso a informações pormenorizadas sobre procedimento licitatório, a ponto de combinarem previamente valores e analisarem documentos que seriam exigidos na fase de habilitação*” (fl. 20, grifei), isto é, “os representantes das empresas cartelizadas *tiveram acesso a informações sensíveis sobre a licitação cerca de 06 (seis) meses antes da publicação do respectivo edital, período que os dados*

do procedimento licitatório deveriam ter sido mantidos sob sigilo no âmbito da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô” (fl. 20-21).

No ponto, conclui: “Denotam-se, portanto, ‘indícios precisos e concordantes no sentido de que os integrantes do cartel *aproximaram-se de agentes da Companhia do Metrô, em circunstâncias ainda não esclarecidas, sem afastar a prática de crimes contra a administração pública, para que obt[ivessem] acesso privilegiado às informações do procedimento licitatório*” (fl. 21, destaquei).

Mais adiante, relata o Parquet que a “**restrição do número de integrantes do consórcio favoreceu as empresas integrantes do cartel, com maior tradição no mercado** – oligopólio em conluio, capazes de executar projetos complexos sem a necessidade de socorro de outras empresas, em detrimento da concorrência” (fl. 22).

E, por fim, assinala: “ao lado do ‘vazamento’ das informações, **o edital também favoreceu a atuação do cartel, especialmente no afastamento de empresas ‘não alinhadas’**, ou seja, “[a] ‘recomendação’ de retirada do edital no endereço constante da apresentação dos documentos [...] escondeu, na verdade, obrigatoriedade imposta aos interessados em participar da licitação”, de modo a *possibilitar que “interessados na disputa tenham prévio conhecimento de quem serão os futuros concorrentes, viabilizando traçar estratégia para implementação do acordo anticompetitivo, especialmente afastar empresas não alinhadas”* (fl. 23).

Todas essas circunstâncias acabam por reforçar a ideia de que a frustração ao caráter competitivo da licitação motivou-se em fatos que não se relacionam exclusivamente com a colusão ilícita das empresas, mas, ao contrário, são fatores que, por si só, maculam o certame licitatório. O caso relatado na denúncia expõe a fraude no certame licitatório de **modo bastante distinto da imputada formação do cartel**, porquanto singulariza e distingue cada uma das condutas relacionadas aos delitos de maneira inequívoca.

De fato, há, no contexto fático externado pelo Ministério Público, uma **clara distinção de desígnios**, amparados por condutas que não se confundem, na medida em que **a formação do cartel foi motivada, sobretudo, pela expressividade do valor do projeto** que, data vênica, salta aos olhos. O benefício dos lucros a serem auferidos por todos os participantes do esquema, em *evidente e vultoso prejuízo público*, norteou o desejo de celebração do contrato pelas empresas da forma como delineada.

Já a fraude ao caráter competitivo da licitação ocorreria em qualquer caso, mesmo que ausentes as circunstâncias ligadas à formação de cartel, haja vista que

o conhecimento prévio de informações sigilosas por determinada empresa, bem como a existência de restrição injustificada no edital quanto ao número de consórcios participantes e o direcionamento da licitação, tudo com o auxílio de agentes públicos.

O art. 90 da Lei 8.666/1990, ao prever que frustração ou a fraude possa se dar mediante ajuste *ou qualquer outro expediente*, reproduz o modelo de cláusula casuística seguida de fórmula genérica, tal como ocorre, por exemplo, com algumas das as qualificadoras do homicídio. Nesse modelo de locução aberta, é necessário que o intérprete se utilize de situações ou conceitos análogos, ou seja, semelhantes e que aplique o referido dispositivo legal por *interpretação analógica* (não analogia), a exemplo de expressões como “por qualquer outro meio” ou “por outro motivo torpe”.

Mostra-se indicativo, na espécie, que o desígnio para a formação de cartel estaria amparado nos altos valores dos contratos que, pela inequívoca expressividade, poderia ensejar benefícios a todos os concorrentes alinhados, fato este que não ocorreria em uma concorrência natural e lícita. Não há, com a devida vênia dos que pensam contrariamente, como desconsiderar a formação de cartel, no caso, para entender presente apenas a fraude ocorrida na licitação, seja porque *a potencialidade lesiva da formação de cartel não se esgota na fraude ao caráter competitivo do certame específico, seja porque as condutas são distintas e dirigidas a finalidade não coincidente.*

Ainda sobre a eventual relação de hierarquia ou de dependência entre as normas penais em debate, penso, com a devida vênia, que *não há, entre a lei que regula a ordem econômica e a que trata das licitações, nenhuma relação de hierarquia ou mesmo de complementariedade.*

Com efeito, a ocorrência da fraude ao caráter competitivo da licitação, cujo bem jurídico tutelado está imbricado com os princípios básicos da administração pública e da probidade administrativa, ocorreria ainda que o caso não versasse sobre formação de cartel.

Já a formação de cartel, cuja *tutela jurídica se volta à proteção do mercado*, poderia subsistir isoladamente, se não presentes as circunstâncias retratadas no caso, mas com a frustração do caráter competitivo do certame licitatório restrito ao conluio entre as empresas e sem a participação de agentes públicos.

Nesse particular, válidas as assertivas feitas por Rossana Malta de Souza Gusmão, “de que não é possível ilícito antitruste em licitações, pois a lei de licitações, Lei n. 8.666/1993, preveria penalidades administrativas e criminais próprias. Nesse sentido, é necessário diferenciar bem os escopos da lei de licitação

e da lei antitruste. Os bens jurídicos são distintos: no primeiro caso, tutela-se a Administração Pública e busca-se reparar a lesão a ela feita; no segundo, tutela-se a ordem econômica e o interesse difuso da sociedade. Também, as consequências são bastante distintas” (Cartel em licitação pública: tipificação na Lei Antitruste. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3274, 18 jun. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22038>>. Acesso em: 27 abr. 2018).

Subsidiado em tais considerações, reputo correto o acórdão recorrido quando afirmou, para distinguir as condutas, que há “*indícios patentes de que houve ofensa frontal, também, aos princípios da publicidade e vinculação ao instrumento convocatório, sem falar que documentos juntados no processo licitatório, segundo o relatório de investigação, demonstram que os participantes “privilegiados” “combinaram” os valores das propostas, estipulando uma principal e outra, de cobertura, visando impedir a concorrência e a redução do valor do contrato*” (fl. 680).

Por tudo isso, entendo, para efeitos de recebimento da denúncia, que *não há conflito aparente de leis* no caso, a justificar a aplicação de algum dos critérios de solução *initio litis*, como fez o Magistrado de primeiro grau, e, *a fortiori*, não há que se falar em relação de causalidade ou especialidade, pois, em princípio, parecem tratar-se de crimes autônomos.

Impõe-se ressaltar, ademais, que os sólidos argumentos externados pelo Tribunal de origem se somam à complexidade que envolve o caso e, por isso, ensejam *cuidado redobrado em relação à interrupção prematura da persecução penal, máxime se levado em conta o firme entendimento jurisprudencial de que a extinção do processo, ab initio, situa-se no campo da excepcionalidade.*

Com efeito, “[n]ão é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na pela acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar (STF, HC 87.324/SP, Rel(a). Min(a). Cármen Lúcia Rocha, Primeira Turma, DJ 18.05.2007)” (*RHC n. 22.838/PR*, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe 2/8/2010).

Nesse sentido, ainda, registro que “para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório” (*HC n. 344.727/MT*, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, DJe 26/2/2018).

Na mesma direção está o Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “quando do recebimento da denúncia, não há exigência de cognição e avaliação exaustiva da prova ou apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade” (*HC n. 146.956 AgR/PR*, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe 7/12/2017).

V. Fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório

O crime de fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90 da Lei n. 8.666/1993), consoante grande parte da doutrina, *é instantâneo*, visto que *os elementos integrantes do tipo se aperfeiçoam com a homologação do procedimento licitatório*, no qual houve a quebra no caráter competitivo, isto é, não há continuidade temporal na conduta ofensiva (ação contínua do agente).

Diante disso, a execução do contrato e *a obtenção das vantagens pecuniárias suportadas pela Administração Pública são mero exaurimento do êxito obtido, por meio de fraude ao caráter competitivo, na licitação*, uma vez que o processo licitatório que redundou na contratação é que foi frustrado ou fraudado (observe que ambos os verbos identificam o instante em que a ação ocorre).

No particular, destaco que o Supremo Tribunal Federal firmou a compreensão de que “o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 é formal, cuja consumação *dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto*, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório” (*HC n. 116.680/DF*, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 13/2/2014, grifei).

Nesse sentido, também se consolidou a jurisprudência desta Corte: *AgRg no REsp n. 1.679.993/RN*, Rel. p/ acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 16/4/2018; *REsp n. 1.498.982/SC*, Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 18/4/2016, entre outros.

Considerado, assim, o caráter instantâneo do crime no art. 90 da Lei 8.666/1990, que se esgota no momento em que homologado o certame, forçoso reconhecer no caso, a incidência de causa extintiva da punibilidade do fato, consubstanciado na prescrição.

Com efeito, *se a própria homologação do certame, desnecessária para a prática do delito, como ressaltado alhures, deu-se em 6/4/2005, conforme aponta a denúncia, cujo recebimento se deu somente em 11/8/2015, com o julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, quando já transcorridos mais de 8 anos, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal.*

Em razão disso, fica prejudicada a alegação feita de inexistência de descrição, em relação à Edson Yassuo Hira, do modo como ele teria concorrido para a prática da suposta fraude licitatória, porquanto deve ser extinta a punibilidade dos fatos relacionados a esse delito.

VI. Conclusão

À vista de todo o exposto, peço vênias para divergir do eminente relator e, nesse sentido, *dar provimento apenas **parcial** às impugnações especiais dos recorrentes, de sorte a reconhecer a incidência de causa extintiva da punibilidade relacionada aos fatos imputados como crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/1990 e manter, no mais, o acórdão hostilizado.*

RECURSO ESPECIAL N. 1.673.201-MG (2017/0125493-1)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Carlos Rubens da Cruz

Advogado: Wellington de Castro Teixeira - Defensor Dativo - MG114348

EMENTA

Recurso especial. Tráfico de drogas. Delito perpetrado nas imediações de estabelecimento de ensino. Majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Impossibilidade de incidência. Particularidades do caso concreto. Recurso especial não provido.

1. A razão de ser da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 é a de punir, com maior

rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais a que se refere o dispositivo, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluído quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares.

2. Como, na espécie, não ficou evidenciado nenhum benefício advindo ao recorrido com a prática do delito nas proximidades ou nas imediações de estabelecimento de ensino – o ilícito foi perpetrado, tão somente, no interior da casa do réu e à noite – e se também não houve uma maximização do risco exposto àqueles que frequentam a escola (alunos, pais, professores, funcionários em geral), deve, excepcionalmente, em razão das peculiaridades do caso concreto, ser mantida a não incidência da referida majorante.

3. A proximidade da residência do réu com o estabelecimento de ensino foi, na verdade, um elemento meramente acidental, sem nenhuma relação real e efetiva com a traficância por ele realizada.

4. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 2.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: O *Ministério Público do Estado de Minas Gerais* interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da

Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça daquele estado* (Apelação Criminal n. 1.0056.13.013764-1/001).

Consta dos autos que o ora recorrido – Carlos Rubens da Cruz – foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, pois, nos termos da denúncia, guardava, em sua residência – localizada nas proximidades de determinada escola estadual –, *24 pedras de crack*.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso, a fim de afastar a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a pena para 6 anos e 6 meses de reclusão mais multa. Na sequência, o Ministério Público opôs embargos de declaração, os quais, no entanto, foram rejeitados.

Nas razões recursais, a acusação aponta violação do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que “a lei não exige, para a configuração da causa de aumento em tela, a prova da exata destinação da droga, bastando, na verdade, que o crime se consuma nas imediações dos locais listados no art. 40, III, da Lei de Drogas” (fl. 563).

Requer o provimento do recurso, para que seja reconhecida a incidência da mencionada causa especial de aumento de pena e, por conseguinte, seja restabelecida a reprimenda aplicada ao acusado pelo Magistrado de primeiro grau.

Contrarrazões às fls. 597-604 e decisão de admissibilidade à fl. 606.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. Contextualização

O Juiz sentenciante, ao reconhecer a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 – tráfico de drogas perpetrado nas imediações ou nas proximidades de estabelecimento de ensino –, assim fundamentou (fl. 414, destaquei):

A causa de aumento prevista pelo inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 restou configurada, uma vez que a casa do réu se localizava nas imediações da Escola Estadual Henrique Diniz.

Registre-se alguns depoimentos que demonstram a proximidade da casa do réu com a referida instituição de ensino:

[...] que da residência do denunciado existe uma escola distante, sendo cercada por muros e que nenhum aluno tem acesso ao referido imóvel, asseverando que a escola fica nos fundos da residência. [...]

[...] que a residência do acusado fica próxima da Escola Estadual Henrique Diniz, sendo que os fundos da residência do acusado fica próxima da Escola Estadual Henrique Diniz, sendo que os fundos da residência dá de encontro com a escola [...]

[...] que o depoente sabe dizer que a casa do denunciado fica próximo a uma escola, sendo que tal escola é murada; que o depoente não sabe dizer se a casa do denunciado faz fundo com a escola, mas assevera que os mesmos distam 50 a 100 metros [...]

O Tribunal de origem, por sua vez, ao dar provimento à apelação interposta pela defesa, afastou a aplicação da referida causa especial de aumento de pena, nos termos a seguir aduzidos (fl. 522, destaquei):

Por outro lado, razão assiste à defesa ao pleitear o decote da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

A proximidade física, por si só não basta para a configuração da majorante.

Apesar de a denúncia ter narrado que a atividade ilícita exercida por Carlos se dava nas imediações da Escola Estadual Henrique Diniz, a única prova que se colheu a respeito foram os depoimentos dos policiais ouvidos às fls. 137 e 139, não tendo sido comprovado que o tráfico praticado pelo réu se destinava à escola ou aos seus frequentadores, tampouco que com ela apresentava qualquer relação.

Ademais, o comércio espúrio era ali praticado porque ali também o réu residia, tanto é que os militares foram para o seu endereço após denúncias da ocorrência de tráfico no interior da casa de Carlos, não guardando, portanto, lastro com a instituição de ensino que possa configurar a majorante.

II. Majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas – particularidade do caso dos autos

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcrevo, por oportuno, o enunciado no referido dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

III - a infração tiver sido cometida *nas dependências ou imediações* de estabelecimentos prisionais, *de ensino* ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

[...]

Sobre a causa especial de aumento de pena em questão, é certo que este Superior Tribunal possui o entendimento de que, “Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 *é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais*, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. [...]” (HC n. 407.487/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 15/12/2017).

Vale dizer, segundo a atual jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., *sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades*.

Contudo, no caso, verifico a presença de uma *particularidade* que, à luz da *mens legis* da referida majorante, justifica a sua *não incidência* em desfavor do acusado.

A razão de ser dessa causa especial de aumento de pena é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais especificados no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da citada lei), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares.

A corroborar essa interpretação, menciono o magistério de Guilherme de Souza Nucci, segundo o qual a incidência da majorante em comento justifica-se pelo fato de que, “quanto maior for a aglomeração de pessoas, mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga” (*Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 282).

No mesmo norte, cito a doutrina de Renato Brasileiro Lima, segundo o qual “a justificativa para a existência desta majorante diz respeito à enorme facilidade de disseminação do consumo de drogas nesses locais em virtude da maior concentração de pessoas, o que acaba por representar maior risco à saúde pública.” (*Legislação Criminal Especial Comentada*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 793).

No caso, conforme visto, o Juiz sentenciante entendeu ser devida a aplicação da causa especial de aumento de pena, em razão, exclusivamente, de a *residência do acusado* – local em que, efetivamente, houve a prática do delito – ficar situada a poucos metros de uma escola estadual.

Consoante foi apurado, policiais militares que estariam realizando operação antidrogas no Bairro Boa Vista, na cidade de Barbacena – MG, teriam recebido denúncias de populares de que estaria ocorrendo tráfico de drogas em determinado imóvel (residência do acusado) e que “o traficante da região seria conhecido como ‘Rubens’” (fls. 404-405).

Consta da sentença condenatória que, diante de tais informações, “os milicianos teriam se dirigido até o local e permanecido em atitude de alerta, tendo observado grande movimentação de pessoas no imóvel em questão. Em seguida, os milicianos teriam feito contato *na residência*, tendo sido atendido pelo denunciado, que teria franqueado a entrada” (fl. 405).

Na sequência, relatou o Juiz sentenciante que, “*ao adentrarem na casa*, os militares teriam se deparado com as pessoas Luiz Cláudio Martins, Maycon Gabriel Rocha, Jackson Alencar Vieira, Daniel Cláudio Rocha, Edson de Almeida Guimarães, Márcia de Souza Conceição e Flávia Helena de Oliveira Vicente, que estariam no local para comprar e fazer uso de drogas” (fl. 405).

Veja-se, portanto, que a proximidade da residência do réu com o estabelecimento de ensino foi, na verdade, um *elemento meramente acidental*, sem nenhuma relação real e efetiva com a traficância por ele realizada. Conforme visto, *o delito foi perpetrado, tão somente, no interior da casa do réu e à noite*, sem nenhum dado concreto de que haja ele se aproveitado das facilidades de eventual aglomeração de estudantes, de professores ou mesmo de casual hipossuficiência

dos alunos da escola para, a partir delas, implementar o seu negócio ilícito e propagar, com maior facilidade, a venda, a aquisição, a exposição à venda etc. de drogas. Também não creio se haja incrementado o risco a que se poderiam expor os alunos da escola em razão da conduta em apreço.

Nesse contexto, por mais que tanto a jurisprudência quanto a doutrina entendam ser a majorante descrita no inciso III do art. 40 de *caráter precipuamente objetivo* – não é, pois, em regra, necessário que se comprove a efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc. –, não há, no entanto, como perder de vista a razão de ser da causa especial de aumento de pena em questão. Se, no caso, não ficou evidenciado *nenhum benefício* advindo ao recorrido com a prática do delito nas proximidades ou nas imediações do referido estabelecimento de ensino (Escola Estadual Henrique Diniz) e se também não houve uma maximização do risco exposto àqueles que frequentam a escola (alunos, pais, professores, funcionários em geral), não vejo, absolutamente, como reconhecer a incidência da referida majorante em seu desfavor.

Aliás, em sessão de julgamento realizada em 13/3/2018, esta colenda Sexta Turma igualmente afastou, *de maneira excepcional*, a aplicação da majorante prevista no inciso III, em razão de o tráfico de drogas haver sido perpetrado em dia e em horário (domingo, durante a madrugada) em que o estabelecimento de ensino não estava em funcionamento (*REsp n. 1.719.792/MG*, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26/3/2018).

A Quinta Turma também já afastou, excepcionalmente, a incidência da causa especial de aumento de pena em questão, em hipótese na qual não houve o fornecimento de subsídios aptos a demonstrar facilidade de disseminação do entorpecente nos locais especificados na lei (*AgRg no AREsp n. 1.090.247/SE*, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 30/8/2017).

Diante de tais considerações, não há como ser reconhecida, em desfavor do acusado, a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.

III. Dispositivo

À vista do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.694.248-RJ (2017/0227763-3)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: L C M DA S

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Acórdão que extingue medida socioeducativa de liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade. Decisão não unânime favorável ao menor infrator. Técnica de complementação de julgamento prevista no artigo 942 do CPC/2015. Inaplicabilidade de procedimento mais gravoso que o adotado no processo criminal em afronta às normas protetivas que regem o ECA.

1. O sistema recursal da lei processual civil é aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, por força do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Ainda que não se trate de processo criminal regido pela proibição de *reformatio in pejus* e, conquanto que não se cuide de recurso ou meio autônomo de impugnação, estando o menor infrator sujeito a medida socioeducativa de natureza inegavelmente sancionatória, como admite a jurisprudência desta Corte, é incabível a complementação do julgamento segundo a técnica do artigo 942 do novo Código de Processo Civil quando em prejuízo do menor.

3. A aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude quando a decisão não unânime for favorável ao adolescente implicaria em conferir ao menor tratamento mais gravoso que o atribuído ao réu penalmente imputável já que os embargos infringentes e de nulidade previstos na legislação processual penal (art. 609, Código de Processo Penal) somente são cabíveis na hipótese de o julgamento tomado por maioria não beneficiar o réu,

culminando em indvidiosa afronta às normas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 03 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 15.5.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim ementado:

Embargos de declaração opostos a v. Acórdão proferido em apelação. Alegada omissão no acórdão embargado que, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Des. Relator, vencido o Des. Paulo de Tarso que a ele dava provimento ao recurso. Ausência de fundamentação quanto à regra do artigo 942 do CPC (técnica de complementação de julgamento), aplicável ao caso, nos termos do artigo 198, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Prequestionamento. Referência do embargante à novel legislação que extinguiu os embargos infringentes e criou a “técnica de complementação de julgamento”, como incidente processual, com a mesma finalidade dos extintos embargos. Impossibilidade de aplicação da técnica de complementação aos recursos em ações referentes ao ECA. Sistema processual e procedimental híbrido, com adoção do sistema recursal do processo civil previsto no artigo 198 do ECA, com aplicação subsidiária da lei processual penal expressa no artigo 152, do mesmo diploma legal. Espécies recursais do processo civil, com observância do processo penal. Princípio do favor rei e da isonomia constitucional,

inviabilizando dar-se tratamento privilegiado ou menos gravoso ao imputável em detrimento do inimputável. Técnica de complementação que deve ser restringir às hipóteses de julgamento não unânime, com voto vencido favorável ao representado. Embargos rejeitados.

Sustenta o recorrente violação do artigo 198 da Lei n. 8.069/1990 e do artigo 942 do Código de Processo Civil ao argumento, em suma, de que, a complementação dos julgamentos não unânimes é técnica aplicável nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas por força do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Alega, para tanto, que “a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em havendo decisão por maioria o julgamento deve prosseguir com a colheita de votos de outros julgadores, tal como previsto no igualmente violado artigo 942 do Código de Processo Civil.”

Afirma que não há possibilidade de *reformatio in pejus* indireta porque “Em primeiro lugar, há que se ter em conta que não estamos diante de um processo criminal, sujeito ao preceito de adoção, sempre e em todo o caso, da solução mais favorável à defesa, mas perante procedimento cujo objetivo final é a proteção integral da criança e do adolescente. Não obstante as semelhanças entre a persecução criminal e o procedimento de apuração de ato infracional, certo é que não cabe transpor os institutos da primeira ao segundo, em especial quando o legislador ordinário, aquele que detém o legítimo poder de decidir qual a forma procedimental de apuração dos atos infracionais, dispôs de forma diversa” e porque “todas as hipóteses de proibição de *reformatio in pejus*, ainda que na modalidade indireta, são sempre relacionadas a recursos ou meios autônomos de impugnação manejados pela defesa e nunca, em hipótese alguma, a uma determinada técnica de julgamento, que se julga desfavorável ao réu, isto se comparada a outra qualquer.”

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso especial, opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso em parecer assim sumariado:

Recurso especial. ECA. Menor. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Medida socioeducativa de liberdade assistida. Implemento da maioridade civil. Extinção da medida. Apelação do Ministério Público desprovida por maioria. Aplicação da nova técnica de julgamento, mediante ampliação do órgão julgador. Art. 942 do CPC/2015. Aplicação aos feitos relativos à Justiça da Infância e da

Juventude. Art. 198 da Lei n. 8.069/1990. Natureza jurídica de incidente processual, e não de recurso. Reformatio in pejus não configurada. Manifesto error in procedendo da Corte de origem. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): É certo que o sistema recursal da lei processual civil é aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, nos termos do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações:

(...)

E, no caso de decisão não unânime em segunda instância, a lei processual civil vigente ao tempo da edição do Estatuto Menorista previa o cabimento de embargos infringentes, medida processual que também era inquestionavelmente aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude.

Com o advento da Lei n. 13.105/2015, foi editado novo Código de Processo Civil que, ao tempo em que extinguiu os embargos infringentes, adotou técnica de complementação de julgamento nas decisões colegiadas não unânimes de segunda instância com o propósito de atender aos reclamos de maior efetividade e celeridade no processo.

A técnica de complementação de julgamento está assim prevista no artigo 942 do Estatuto Processual vigente:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Isso estabelecido, a questão posta em deslinde está em definir se a aludida técnica de julgamento é cabível nos casos em que a decisão não unânime for favorável ao menor, tendo em vista o princípio do *favor rei*.

É cediço que doutrina e jurisprudência são unívocos em assegurar ao menor infrator os mesmos direitos de que gozam os penalmente responsáveis perante a justiça criminal, admitindo, inclusive, a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, nos termos do artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

A propósito de tanto, vejamos os seguintes julgados:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Ato infracional. Aplicação subsidiária do Código de Processo Penal. Art. 152 do ECA. Art. 11 do CPP. Exceção de suspeição. Suspensão da ação penal. Não ocorrência. Necessidade. Reexame de prova. Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido.

1. O art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente, preceitua que “[a]os procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”. Assim sendo, nada mais lógico que a incidência das regras de natureza penal e processual penal às hipóteses de atos infracionais análogos a crimes.

2. No caso dos autos, além de, à época do julgamento da apelação, já haver sido julgada a exceção de suspeição, incide o art. 111 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que, em regra, não será suspenso o andamento da ação penal.

3. O Tribunal estadual afirmou não existir, ao tempo da oposição da aludida exceção, motivo para suspender o curso do processo criminal, e, para se alcançar conclusão contrária, necessário seria o aprofundado reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.633.074/RN, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 1º/08/2017)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 121, § 3º, do Código Penal. Prazo para interposição do agravo em recurso especial equivalente ao adotado, de forma subsidiária, no processo penal. Questão de ordem no AREsp n. 24.409/SP, julgado pela Terceira Seção desta Corte. Prazo de 05 (cinco) dias para interposição do agravo em recurso especial. Recurso desprovido.

1. Esta Corte consolidou o entendimento de que são aplicáveis, de forma subsidiária, as regras pertinentes à punibilidade da Parte Geral do Código Penal aos atos infracionais praticados por adolescentes e, também, que o prazo prescricional penal deve ser empregado às medidas socioeducativas, que, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo (Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça).

2. Desse modo, o prazo relacionado ao agravo em recurso especial, oriundo dos procedimentos de apuração de ato infracional equiparado, *in casu*, ao crime tipificado no art. 121, § 3º, do Código Penal, deve ser equivalente àquele previsto, também de forma subsidiária, no âmbito processual penal.

3. No âmbito desta Corte, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada no AREsp n. 24.409/SP, a Terceira Seção, por unanimidade, entendeu que o prazo para a interposição do agravo em recurso especial, em matéria criminal, é de 05 (cinco) dias.

4. O Supremo Tribunal Federal também se manifestou no sentido de que a vigência da Lei n. 12.322/2010 não alterou o prazo para a interposição do agravo em matéria penal, que permanece em cinco dias, nos termos do verbete sumular n. 699 daquela Corte, como se vê do julgado na Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário n. 639.846/SP.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 82.815/PA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012)

E é também cediço que nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude não há pretensão punitiva estatal, nem reprimenda de natureza criminal, mas a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça vem admitindo uma inegável natureza sancionatória das medidas socioeducativas.

Nesse sentido, colhem-se reiterados precedentes, dos quais extraio os seguintes:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Ato infracional equiparado ao delito de receptação. Aplicação de medida de liberdade assistida. Efeito suspensivo ao recurso de apelação. Possibilidade. Art. 520, VII, do Código de Processo Civil e art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Exceção ao duplo efeito da apelação. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

- 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.

- A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que, com a revogação do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 12.010/2009, adotou-se a regra do art. 520 do Código de Processo Civil, segundo a qual o recurso de apelação deverá ser recebido no seu duplo efeito. A exceção ao duplo efeito da apelação é prevista nos casos de interposição do apelo contra sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela (inciso VII). O art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao indicar a possibilidade de decretação de internação provisória, tem natureza de tutela antecipada, de forma a tornar possível o efeito meramente devolutivo à apelação, nos casos em que o menor tenha permanecido, durante a instrução, internado provisoriamente.

- Evoluindo no entendimento, o belo trabalho intelectual e acadêmico realizado pelo eminente Ministro Rogerio Schietti, recentemente julgado pela Terceira Seção desta Corte, por maioria, ressaltou que condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação - apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença - constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional (HC 346.380/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 13/05/2016).

- O aludido precedente, entretanto, não se aplica ao caso dos autos, porquanto o adolescente permaneceu em liberdade durante a instrução processual, praticou ato infracional equiparado ao delito de receptação, cometido sem violência ou grave ameaça, ao qual foi aplicada a medida liberdade assistida, a ser cumprida em meio aberto. Nesse contexto, uma vez que não ficou evidenciada a necessidade de se afastar o menor de fatores de risco, há flagrante ilegalidade na determinação de que se submeta à medida antes do julgamento do recurso de apelação, a ensejar a concessão da ordem de ofício.

- *No mesmo sentido, reafirmo precedente proferido pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a presunção de inocência se aplica ao processo em que se apura a prática de ato infracional, uma vez que as medidas socioeducativas, ainda que primordialmente tenham natureza pedagógica e finalidade protetiva, podem importar na compressão da liberdade do adolescente, e, portanto, revestem-se de caráter sancionatório-aflitivo, a tornar inadmissível, portanto, sua execução antecipada (HC 122.072, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 29/9/2014).*

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para conferir efeito suspensivo à apelação, a fim de que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do referido recurso pelo Tribunal *a quo*.

(HC 351.935/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 1º/06/2016)

Criança e adolescente. *Habeas corpus*. Audiência de apresentação. Defesa técnica. Prescindibilidade. Constrangimento. Reconhecimento.

1. A remissão, nos moldes dos arts. 126 e ss. do ECA, implica a submissão a medida sócio educativa sem processo. Tal providência, com significativos efeitos na esfera pessoal do adolescente, deve ser imantada pelo devido processo legal. Dada a carga sancionatória da medida possivelmente assumida, é imperioso que o adolescente se faça acompanhar por advogado, visto que a defesa técnica, apanágio da ampla defesa, é irrenunciável.

2. Ordem concedida para anular o processo e, via de consequência, reconhecer a prescrição do ato infracional imputado à paciente.

(HC 67.826/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 09/06/2009, DJe 1º/07/2009)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 121, § 3º, do Código Penal. Prazo para interposição do agravo em recurso especial equivalente ao adotado, de forma subsidiária, no processo penal. Questão de ordem no AREsp n. 24.409/SP, julgado pela Terceira Seção desta Corte. Prazo de 05 (cinco) dias para interposição do agravo em recurso especial. Recurso desprovido.

1. Esta Corte consolidou o entendimento de que são aplicáveis, de forma subsidiária, as regras pertinentes à punibilidade da Parte Geral do Código Penal aos atos infracionais praticados por adolescentes e, também, que o prazo prescricional penal deve ser empregado às medidas socioeducativas, que, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo (Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça).

2. Desse modo, o prazo relacionado ao agravo em recurso especial, oriundo dos procedimentos de apuração de ato infracional equiparado, *in casu*, ao crime tipificado no art. 121, § 3º, do Código Penal, deve ser equivalente àquele previsto, também de forma subsidiária, no âmbito processual penal.

3. No âmbito desta Corte, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada no AREsp n. 24.409/SP, a Terceira Seção, por unanimidade, entendeu que o prazo para a interposição do agravo em recurso especial, em matéria criminal, é de 05 (cinco) dias.

4. O Supremo Tribunal Federal também se manifestou no sentido de que a vigência da Lei n. 12.322/2010 não alterou o prazo para a interposição do agravo em matéria penal, que permanece em cinco dias, nos termos do verbete sumular n. 699 daquela Corte, como se vê do julgado na Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário n. 639.846/SP.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 82.815/PA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012)

Assim, ainda que não se trate de processo criminal regido pela proibição de *reformatio in pejus* e, conquanto que não se cuide de recurso ou meio

autônomo de impugnação, em estando o menor infrator sujeito a medida socioeducativa de natureza inegavelmente sancionatória, entendo que é incabível a complementação do julgamento segundo a técnica do artigo 942 do novo Código de Processo Civil quando em prejuízo do menor.

Decerto, se a decisão não unânime for favorável ao menor infrator, a complementação do julgamento nos termos do artigo 942 do novo Código de Processo Civil, com a eventual modificação do julgado em prejuízo do menor implicaria, em última análise, em impingir ao menor infrator tratamento mais gravoso que o atribuído ao réu penalmente imputável já que os embargos infringentes e de nulidade previstos na legislação processual penal (art. 609, Código de Processo Penal) somente são cabíveis na hipótese de o julgamento tomado por maioria beneficiar o réu por se tratar de recurso exclusivo da defesa.

Com efeito, se não se admite revisão pelo mesmo colegiado de acórdão não unânime favorável ao réu punido com pena de natureza repressiva e punitiva, com maior razão não se pode admitir incidente processual que produz efeitos semelhantes ao menor cuja reprimenda, apesar da carga sancionatória, possui natureza preventiva e reeducativa.

De todo o exposto resulta que é de todo incabível a aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude quando a decisão não unânime for favorável ao adolescente, pena de se conferir ao menor tratamento mais gravoso que o atribuído aquéloutro penalmente imputável, em invidiosa afronta às normas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.695.736-SP (2017/0233995-3)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Washington da Cunha Menezes

Advogado: Carlos Eduardo Boiça Marcondes de Moura e outro(s) -
SP138628

EMENTA

Recurso especial. Direito Penal. Peculato. Suficiência da disponibilidade jurídica do bem ou valor para a configuração do tipo penal.

1. O conceito de 'posse' de que cuida o artigo 312 do Código Penal tem sentido amplo e abrange a disponibilidade jurídica do bem, de modo que resta configurado o delito de peculato na hipótese em que o funcionário público apropria-se de bem ou valor, mesmo que não detenha a sua posse direta.

2. Pratica o delito de peculato o Delegado da Polícia Federal que obtém em proveito próprio quantia em espécie em posto de combustível com o qual a Superintendência Regional havia celebrado convênio para abastecimento de viaturas, sendo irrelevante que o réu não detivesse a posse direta do valor apropriado se possuía a disponibilidade jurídica do valor, dado que era ele que emitia as requisições de abastecimento.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 08 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 16.5.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal com fundamento nas alíneas

“a” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

Penal. Processo Penal. Operação Oeste. Preliminares. Peculato-furto. Não configuração. Absolvição.

1. Nulidades alegadas pela defesa não configuradas.

2. A situação de posse é pressuposto material das duas figuras delitivas previstas no *caput* do artigo 312 do Código Penal. Ausente a posse anterior, não há que falar em peculato.

3. Para a configuração do “peculato-furto” (artigo 312, § 1º, do Código Penal), é necessário que o agente subtraia ou concorra para que o dinheiro, valor ou bem seja subtraído, ou seja, tire o bem de quem tem a posse ou a propriedade.

4. Não configuração dos elementos do tipo do “peculato-furto”, do “peculato-desvio” e do “peculato-apropriação”.

5. Sentença reformada. Réu absolvido. (fl. 2.080)

Sustenta o recorrente divergência jurisprudencial e violação do artigo 312 do Código Penal ao argumento de que a conduta imputada, individualizada e devidamente narrada, amolda-se com perfeição ao referido tipo penal, que não exige a posse fática, bastando a disponibilidade jurídica sobre o bem ou valor.

Aduz, para tanto, que “Nesta esteira, é inegável que há adequação entre os fatos narrados na exordial acusatória e o tipo penal atinente ao peculato-apropriação. É que, como cediço, para fins de tipificação do delito de peculato, em sua modalidade “apropriação” (*caput* do artigo 312 do Código Penal), não se exige a posse fática anterior, bastando a posse jurídica sobre o bem ou valor. Ou seja, não interessa se o agente detém a coisa apropriada, sendo suficiente, para caracterizar o ilícito, que sobre ela possua disponibilidade jurídica, o que, efetivamente, ocorreu no caso dos autos, já que *Washington da Cunha Menezes* era Delegado-Chefe da Polícia Federal em Marília/SP, cujas viaturas eram abastecidas mediante créditos decorrentes de convênio com o “Posto Bola Branca”.

Acrescenta que “Neste sentido, está contida na denúncia a posse jurídica da verba pública federal apropriada pelo acusado, ocupante, à época dos fatos, de cargo de confiança e chefia no âmbito da Polícia Federal. *In casu*, verifica-se que o réu, na qualidade de Delegado-Chefe da Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, detinha disponibilidade jurídica de verba destinada ao abastecimento de viaturas exclusivamente com o combustível a

ser fornecido pelo posto “Bola Branca”, em razão do convênio firmado com a Superintendência da Polícia Federal. Destarte, ao solicitar ao gerente do posto a quantia que seria destinada ao pagamento do abastecimento de viaturas, invocando uma inexistente autorização de compensação (compra de material de escritório para a sede da delegacia), *Washington* convenceu o conveniado a entregar-lhe o dinheiro, apropriando-se, posteriormente, do mesmo, restando claro pelas provas coligidas aos autos o *animus rem sibi habendi*.”

Assevera, por fim, que “os créditos para abastecimento mediante convênio estavam sob a gestão do acusado. Tanto assim, que a disponibilização, em espécie, dependeu de seu ato (conforme depoimento da testemunha Gisberto Antônio Biffe - fls. 169/170 e 424/427), que, ao final, proporcionou, na prática, a fruição e o gozo do valor de forma indevida.”

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso especial, opina o Ministério Público Federal pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora):

Consta da denúncia que:

III - Dos Fatos - Caso “Verba de Combustível”

Sandro Roberto Viana dos Santos, atual Delegado-Chefe da Delegacia de Polícia Federal em Marília, logo após assumir o comando da referida unidade descentralizada do Departamento de Polícia Federal, determinou ao Papiloscopista de Polícia Federal *Josué Bispo de Souza* que efetuasse um levantamento a respeito da situação das viaturas e do convênio celebrado para a aquisição de combustíveis junto ao “Posto Bola Branca”, situado na Rua São Luís, 1.417, Alto Cafezal, Marília/SP.

Efetuada o levantamento solicitado, o Policial Federal *Josué Bispo de Souza* constatou um débito de aproximadamente R\$ 900,00 (novecentos reais) pendente junto ao posto supracitado, o qual era utilizado para abastecimento das viaturas da Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP.

Constatado tal débito, o Policial Federal *Josué Bispo de Souza* passou a analisar as notas fiscais referentes ao abastecimento realizado pelas viaturas daquele órgão no “Posto Bola Branca”, tendo-lhe chamado a atenção a presença de 05 (cinco) notas fiscais emitidas em seqüência de numeração, todas no dia 16/02/2007, as quais totalizaram o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), mas não

apresentavam quaisquer dados relativos à(s) viatura(s) abastecida(s) e à sua(s) quilometragem.

Estranhando tal fato, *Josué Bispo de Souza* conversou com *Gisberto Antonio Biffe* (gerente do “Posto Bola Branca”), tendo-lhe este informado que o DPF *Washington da Cunha Menezes* teria solicitado a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em dinheiro para adquirir cartuchos de impressora daquela delegacia, alegando que esta possuía um “crédito em dinheiro” junto ao sobredito posto. *Gisberto Antonio Biffe* disse ainda ao Policial Federal *Josué Bispo de Souza* que, após receber autorização de seus superiores, entregou na mesma data da solicitação, os R\$ 500,00 (quinhentos reais) ao DPF *Washington da Cunha Menezes*, sendo que as 05 (cinco) notas fiscais supracitadas foram emitidas para “justificar” a saída do dinheiro do caixa do estabelecimento comercial (fls. 171/172).

Ao ser ouvido pelas autoridades policiais (fls. 169/170), *Gisberto Antônio Biffe*, funcionário e gerente administrativo do “Posto Bola Branca”, explicou que havia um convênio celebrado entre tal posto de combustível e a Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal em São Paulo (SR/DPF/SP, autorizando o abastecimento das viaturas utilizadas pela Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, sendo necessário para tanto a apresentação de uma requisição de abastecimento por parte dos policiais federais, os quais recebiam um cupom fiscal emitido pelo posto, constando o valor do combustível utilizado e a quilometragem da viatura abastecida. *Gisberto Antônio Biffe* informou ainda que, na manhã do dia 16/02/2007 foi procurado pelo Agente de Polícia Federal *Giancarlo Tenório*, o qual lhe informou que o DPF *Washington da Cunha Menezes* precisava falar com ele (*Gisberto*), e que, após comparecer à Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP, o DPF *Washington da Cunha Menezes* solicitou-lhe a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), alegando que precisava adquirir produtos de escritório (cartuchos de impressora e canetas), sendo que tal dinheiro deveria ser descontado do “crédito” que a delegacia possuía junto ao posto. Em ato contínuo, *Gisberto Antônio Biffe* consultou seu supervisor e, após receber autorização, emitiu 05 (cinco) cupons fiscais, todos com a data de 16/02/2007 (sem identificação do veículo ou qualquer dado sobre a quilometragem), os quais totalizaram o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a fim de dar baixa no sistema, justificando a retirada de tal quantia. Após, retornou à Delegacia de Polícia Federal em Marília e entregou nas mãos do DPF *Washington da Cunha Menezes* os R\$ 500,00 (quinhentos reais), sendo que na semana seguinte, os cupons fiscais foram encaminhados à Delegacia de Polícia Federal em Marília.

(...)

O DPF *Washington da Cunha Menezes* confessou ter solicitado e recebido de um funcionário do “Posto Bola Branca” a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), alegando que supostamente teria utilizado esse dinheiro para adquirir 02 (dois) “toners” de impressora a laser. Apesar de ter admitido a solicitação e o recebimento dos R\$ 500,00 (quinhentos reais), o DPF *Washington da Cunha*

Menezes mentiu quanto à destinação dada ao dinheiro arrecadada em razão do cargo, uma vez que nenhum material de consumo foi adquirido para a Delegacia de Polícia Federal de ManliáJSP. Ao contrário, observa-se que referida autoridade se apropriou/desviou o referido numerário público em proveito próprio ou alheio ((fls. 178/183 do Apenso LXII).

Logo, todos os depoimentos colhidos para apurar os fatos são uníssonos ao esclarecer que o DPF *Washington da Cunha Menezes*, aproveitando-se das facilidades que o cargo de Delegado-Chefe da Polícia Federal em Marília/SP lhe proporcionava, “induziu” o preposto do “Posto Bola Branca” a lhe entregar a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) na forma de “crédito do Departamento de Polícia Federal” junto ao referido estabelecimento comercial, apropriando/desviando tal numerário público em proveito próprio ou alheio.

Regularmente processado, o réu foi condenado como incurso no delito do artigo 312, § 1º do Código Penal, em sentença assim motivada:

O quadro desenhado, assim, aponta para a condenação. Os elementos de prova produzidos foram suficientes a demonstrar que o réu de fato solicitou e logrou êxito em receber valor destinado à aquisição de combustível para as viaturas da Delegacia de Polícia Federal em Marília, utilizando-se, para tanto, das facilidades que seu cargo proporcionava.

Averiguou-se, como se viu, que o réu pediu ao gerente do “Posto Bola Branca”, conveniado com a Polícia Federal da cidade para venda de combustível, fosse-lhe entregue valor, a ser descontado de crédito que a Delegacia de Polícia Federal tinha para com o citado posto.

O réu tentou justificar a conduta com a necessidade de aquisição de materiais de escritório para a delegacia. A compra mesmo dos materiais, todavia, não ficou demonstrada. O que avulta é que tomou para si a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), empenhada para aquisição de combustível a ser utilizado pelas viaturas oficiais.

(...)

Como se nota, a prova da acusação foi apta a demonstrar a solicitação pelo réu, bem como a entrega a ele da quantia referida na denúncia. Outrossim, não foi confirmado o emprego do aludido valor para aquisição de material para uso da delegacia, ou para a compra de carpetes como afirmado pelo réu.

A tese da defesa, assim, operou no vazio, ou seja, não encontrou respaldo nos elementos de prova coligidos.

E mesmo que ficasse provada a alegada compra, a conduta ainda assim estaria revestida de ilicitude, já que passível de enquadramento no artigo 315 do Código Penal.

Mas a hipótese dos autos, como se vem explanando, aponta para a prática do delito de peculato, na figura inserta no § 1º do artigo 312 do Código Penal; subtração de dinheiro público, em proveito próprio, foi o que aflorou.

Em suma, o painel probante coligido é suficiente para ensejar condenação. Elementos objetivo e subjetivo do tipo cuja incidência está em tela se irmanam para configurar materialidade da infração, autoria e culpabilidade do acusado.

Sobrevindo recurso de apelação, o Tribunal Regional absolveu o réu em acórdão assim motivado:

Quanto ao mérito, a defesa de Washington da Cunha Menezes requer a absolvição, em razão da não configuração do tipo penal previsto no artigo 312, *caput* e § 1º, do Código Penal.

Neste particular, o recurso defensivo comporta provimento.

De fato, a denúncia não descreve o delito de peculato em nenhuma de suas modalidades e, apesar da reprovabilidade de sua conduta, não se encontram presentes os elementos do tipo penal pelo qual o acusado foi condenado.

Prevê o Código Penal:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Narra a denúncia que Washington da Cunha Menezes solicitou ao gerente do "Posto Bola Branca" a quantia de R\$500,00 (quinhentos reais), ao argumento de que tal valor seria utilizado para a aquisição de dois cartuchos de impressora, sendo que tal dinheiro deveria ser descontado do "crédito" que a Delegacia de Polícia Federal em Marília/SP possuía junto ao estabelecimento. Descreve que, a despeito da solicitação, nenhum material de consumo foi adquirido pela Delegacia e conclui que o acusado se apropriou/desviou do referido numerário em proveito próprio ou alheio.

Em outra passagem, a peça acusatória expõe que o réu induziu o funcionário do posto a lhe entregar a quantia acima referida, na forma de crédito do Departamento de Polícia Federal junto ao estabelecimento comercial, apropriando/desviando o dinheiro público em proveito próprio ou alheio.

Com efeito, para a configuração do chamado "peculato-furto" ou "peculato-impróprio" (artigo 312, § 1º, do Código Penal), é necessário que o agente subtraia

ou concorra para que o dinheiro, valor ou bem seja subtraído. Vale dizer: o funcionário não tem a livre disposição sobre a coisa e a retira da esfera da vítima, como no crime de furto.

No caso, diante de todo o conjunto probatório produzido, ficou provado que Washington solicitou os R\$500,00 (quinhentos reais) ao gerente do Posto Bola Branca, o qual, por sua vez, após consultar seu superior hierárquico, entregou o referido valor ao réu.

Aqui, a despeito da torpeza de seu comportamento, ao acusado não realizou o núcleo do tipo penal. A conduta subtrair pressupõe que o agente tire o bem de quem tem a posse ou a propriedade, o que efetivamente não se deu.

Em depoimento perante a Polícia, Gisberto Antonio Biffe, gerente administrativo do "Posto Bola Branca", declarou que Washington solicitou a quantia de quinhentos reais para a aquisição de materiais de escritório, alegando que o valor deveria ser descontado do crédito que a Delegacia possuía junto ao Posto. A testemunha relatou que, após consultar seu supervisor, entregou a quantia solicitada nas mãos no próprio réu e emitiu cinco cupons fiscais com datas de 16/02/2007, que totalizavam R\$500,00 (quinhentos reais), para dar baixa no sistema (fls. 177/178).

Em sede judicial, Gisberto declarou que se dirigiu ao gabinete do então Delegado, oportunidade em que ao acusado pediu quinhentos reais da empresa para a compra de material de escritório e cartucho de impressora. Afirmou que consultou a matriz, que autorizou o fornecimento de quinhentos reais e, para dar saída no caixa da empresa, emitiu cinco notas fiscais. Informou que a Polícia Federal tinha um crédito junto ao posto e que o réu disse que os quinhentos reais poderiam ser abatidos desse crédito (fls. 424/427).

As declarações do réu, tanto na Polícia como em Juízo, também indicam que houve uma solicitação de dinheiro (fls. 248/257 e 1.508).

Sendo assim, verifico que a conduta descrita na denúncia não se amolda ao tipo penal descrito no artigo 312, § 1º, do Código Penal.

Anoto, ainda, que também não ficaram configuradas as formas descritas no *caput* do artigo 312 do Código Penal, motivo pelo qual não é possível desclassificar a conduta imputada ao acusado, nos termos do parecer ministerial.

Importante ressaltar que, de acordo com o princípio da correlação entre a acusação e a sentença, deve haver identidade entre o objeto da imputação e o da sentença, com vistas a preservar os princípios da ampla defesa e do contraditório. Isto porque o acusado, no processo penal, defende-se dos fatos imputados e não da qualificação jurídica conferida na denúncia.

Assim, é permitido ao Juiz, sem modificar a descrição do fato contida na peça acusatória, atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que tenha de aplicar pena mais grave (artigo 383, *caput*, do Código de Processo Penal).

Contudo, aqui, não se trata de hipótese de aplicação do instituto da *emendatio libelli*.

O *caput* do artigo 312 do Código Penal descreve o chamado “peculato-próprio”, que é caracterizado pela posse anterior do dinheiro, valor ou qualquer bem móvel por parte do funcionário. A situação de posse é pressuposto material das duas figuras delitivas previstas neste tipo, ou seja, ausente a posse anterior, não há que falar em peculato.

Configura-se o “peculato-apropriação” (artigo 312, *caput*, 1ª parte, do Código Penal) quando o agente inverte o título da posse e se apropria do bem, vale dizer, ele se dispõe a fazer sua a coisa de que tem a posse em razão do cargo, como se dono fosse.

Por sua vez, caracteriza-se o “peculato-desvio” (artigo 312, *caput*, 2ª parte, do Código Penal) quando o agente emprega o bem em fim diverso daquele a que era destinado. Esta figura delitiva se aperfeiçoa com a mudança de direção, alteração do destino ou aplicação, deslocamento de dinheiro, valor ou bem, em proveito próprio ou alheio.

No particular, independentemente do destino dado aos R\$500,00 (quinhentos reais), ficou comprovado que Washington não tinha a posse do dinheiro, tanto é que solicitou o numerário ao gerente do posto de gasolina.

A denúncia não descreveu qualquer conduta delitiva que pudesse ser imputada ao acusado, de modo que não se pode inferir que ele tenha subtraído ou concorrido para a subtração de dinheiro, valendo-se de seu cargo de Delegado ou, ainda, tenha se apropriado ou desviado valor de que tinha a posse em razão do cargo.

Não configuradas as figuras delitivas acima descritas, o reconhecimento da atipicidade do fato, com a consequente absolvição do acusado é medida que se impõe.

Considerando a fundamentação acima, restam prejudicadas as demais alegações deduzidas nos recursos de apelação.

Ante o exposto, rejeito as preliminares suscitadas pela defesa, dou provimento ao recurso do réu para absolvê-lo da prática do crime previsto no artigo 312, § 1º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal e julgo prejudicado o recurso da acusação.

Pois bem. No presente caso, extrai-se dos autos que foi celebrado convênio entre o Posto Bola Branca e a Superintendência Regional de Polícia Federal em São Paulo para o abastecimento de combustível de viaturas da Delegacia de Polícia Federal em Marília, o qual se operava da seguinte forma: o delegado

emitia 'requisição de abastecimento' que autorizava o abastecimento da viatura; o posto conveniado abastecia a viatura emitindo cupom fiscal; ao final do mês todas as requisições de abastecimento eram encaminhadas ao órgão contratado e a SR/DPF/SP efetuava o depósito da despesa na conta da Rede LK (grupo ao qual pertence o Posto Bola Branca).

Consta, ainda, que em virtude da iminente implementação de sistema de cartões para abastecimento de viaturas, em dezembro de 2006 foi emitida nota fiscal para o abastecimento de dois mil litros de combustível para as viaturas durante o período de transição entre o convênio e o sistema de cartões e que, paga a nota fiscal, a Delegacia de Polícia Federal em Marília teria ficado com o crédito desse valor junto ao posto de combustível.

Extrai-se, por fim, que na data de 16/2/2007 o réu, então Delegado da Polícia Federal em Marília, compareceu ao aludido posto de combustível solicitando a entrega do valor de R\$ 500,00 em espécie, ao argumento de que tal valor deveria ser descontado do aludido crédito que a Polícia Federal teria junto ao posto e que tal valor seria destinado à aquisição de suprimentos de informática para a unidade policial, aquisição esta que, no entanto, não restou comprovada.

Vê-se, assim, que conquanto o réu não detivesse a posse direta do valor apropriado, resta incontroverso dos autos que ele possuía a disponibilidade jurídica do valor, sobretudo porque era ele que emitia as requisições de abastecimento, restando evidentemente configurado o delito de peculato-apropriação previsto no artigo 312 do Código Penal, *verbis*:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Com efeito, interpretando o dispositivo legal transcrito, doutrina e jurisprudência tem entendido que o conceito de 'posse' de que cuida o artigo 312 do Código Penal tem sentido amplo e *abrange a disponibilidade jurídica do bem*.

Decerto, resta configurado o delito na hipótese em que o agente, valendo-se da qualidade de funcionário público, passa a dispor do bem ou valor, mesmo que não detenha a sua posse direta.

Nesse sentido:

A posse, a que se refere o texto legal deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo a simples detenção, bem como a posse indireta (disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder de disposição exercível mediante ordens, requisições ou mandados (cf. Nelson Hungria, Comentário ao Código Penal, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9, p. 332-337 e E. Magalhães Noronha, (Direito Penal, 24. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, v. 4, p. 219).

(Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência/ Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco - 8.ed., rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1435)

No mesmo sentido, colhem-se os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Falsidade ideológica. Peculato. Lavagem de dinheiro. Quebra do sigilo fiscal. Falta de prévia decisão judicial. Matéria não examinada pela Corte de origem. Supressão de instância. Investigações preliminares realizadas pelo *parquet* estadual. Possibilidade. Denúncia, ademais, baseada em inquérito policial. Ausência de nulidade. Ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal. Falta de comprovação. Observância necessária apenas na ação penal privada. Trancamento da ação penal. Ex-Governador do Estado do Rio Grande do Norte. Desvio de verbas públicas (representação de gabinete) em proveito próprio e de terceiros. Anterior posse do *quantum*. Termo que deve ser interpretado em sentido amplo, abrangendo a disponibilidade jurídica da *res*. Falta de provas quanto à falsidade ideológica. Estreita via do *writ*. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Ordem denegada.

(...)

5. O termo “posse” contido no tipo penal descrito no *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal deve ser interpretado de maneira ampla, abarcando, assim, qualquer tipo de disponibilidade jurídica da *res* apropriada/desviada. Precedente.

6. Evidenciando-se que o agente teria a anterior disponibilidade jurídica do *quantum* em tese desviado em proveito próprio e de terceiros, mostra-se viável a acusação pelo delito de peculato.

7. A estreita via do *habeas corpus*, carente de dilação probatória, não comporta o exame de questões que demandem o profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos do inquérito policial instaurado contra o paciente, bem como da ação penal que o seguiu. Precedentes.

8. Evidenciando-se que a tese de falta de justa causa para sua persecução penal em juízo quanto ao crime de falsidade ideológica por falta de provas demanda o aprofundado exame dos elementos de convicção até então colhidos, porquanto não demonstrada cabal e inequivocamente por aqueles colacionados aos autos, mostra-se inviável seu acolhimento por meio da via eleita.

9. Ordem denegada, ressalvando-se posicionamento contrário da Relatora quanto à ilegitimidade do poder investigatório do *Parquet*.

(HC 92.952/RN, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 08/09/2008)

Criminal. RHC. Peculato. Trancamento da ação penal. Atipicidade. Delito formal. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Alegação de inépcia da denúncia. Inocorrência. Recurso desprovido.

I. O delito de peculato-apropriação consuma-se no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, inverte o título da posse, agindo como se fosse dono do objeto material, retendo-o, alienando-o, etc, não sendo exigível que o agente ou terceiro obtenha vantagem com a prática do delito.

II. A expressão posse, utilizada no tipo penal do art. 312, *caput*, do Código Penal, não deve ser analisada de forma restrita, e sim, tomada como um conceito em sentido amplo, que abrange, também, a detenção. Dessa forma, o texto da lei aplica-se à posse indireta, qual seja, a disponibilidade jurídica do bem, sem apreensão material.

III. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

IV. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação e em flagrante prejuízo à defesa do réu.

Recurso desprovido.

(RHC 10.845/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/03/2001, DJ 23/04/2001, p. 166)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para afastar a atipicidade, determinando o retorno dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região para que prossiga no exame dos recursos de apelação.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.710.252-PE (2017/0297877-4)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Raymond Knobbe (Preso)

Advogados: Carlos de Arruda Sá e outro(s) - PE024838

Marcus Vinícius Carvalho Alves de Souza - PE020401

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Recurso especial. Tráfico transnacional de drogas. Nulidades. Condenação. Provas obtidas judicialmente. Pena-base. Confissão espontânea. Majorante relativa à transnacionalidade do delito. Fração de aumento. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Dedicção a atividades criminosas. Recurso especial da defesa conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. Recurso especial interposto pela acusação parcialmente provido.

1. Uma vez que: a) a defesa não demonstrou nenhum prejuízo concreto advindo da forma com que foi realizada a tradução da sentença condenatória, b) o réu foi acompanhado, durante todo o processo, por tradutor (Cônsul da Holanda em Pernambuco) e, também, por seu advogado, c) a defesa apelou da decisão de primeiro grau, oportunidade em que apresentou diversas impugnações ao decreto condenatório, não há como reconhecer a nulidade do ato processual, em razão do princípio do *pas de nullité sans grief*.

2. A Corte regional em nenhum momento analisou, ainda que implicitamente, a apontada nulidade decorrente da ausência de perícia no aparelho telefônico apreendido em poder do acusado por ocasião de sua custódia, o que evidencia a falta de prequestionamento da matéria. Incidência, por analogia, das Súmulas n. 282 e 356, ambas do STF.

3. Porque o Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do réu, confrontou elementos obtidos na fase extrajudicial com as demais provas colhidas judicialmente – submetidas, portanto, ao crivo do

contraditório –, não há como acolher a alegada violação do art. 155 do Código de Processo Penal.

4. Não se pode olvidar que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que, havendo as instâncias ordinárias fundamentado o aumento da reprimenda-base à luz, justamente, das peculiaridades do caso concreto e das disposições constantes no art. 42 da Lei de Drogas, fica afastada a aventada violação legal, em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado.

5. As declarações prestadas pelo réu não foram sopesadas para corroborar o acervo fático-probatório e fundamentar a sua condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, de maneira que não há como ser reconhecida, em seu favor, a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal.

6. Para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, é irrelevante que haja a efetiva transposição das fronteiras nacionais; mostra-se suficiente, à configuração da transnacionalidade do delito, que haja a comprovação de que a substância tinha como destino/origem localidade em outro país. Inteligência da Súmula n. 607 do STJ.

7. O aumento de pena decorrente da majorante relativa à transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) deve levar em consideração elementos acidentais como a distância percorrida pelo agente, a complexidade da operação de transporte e/ou o número de fronteiras por ele ultrapassadas, na medida em que não se pode equiparar o acusado que transporta substância entorpecente entre pequenas distâncias, em empreitadas rápidas, àquele grande difusor que se expõe a longas e demoradas viagens.

8. As instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – consideraram que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão, aliadas ao fato de que “há indícios de que o acusado é traficante de grande porte e já foi preso pela polícia francesa em 2010 por tráfico internacional de entorpecentes”, não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades

criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, de maneira que não há como ser reconhecida a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

9. Recurso especial interposto pela defesa conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. Recurso especial interposto pela acusação provido em parte, nos termos do voto do relator.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso da defesa e, nessa extensão, negar-lhe provimento; e dar parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr. Marcus Vinícius Carvalho Alves de Souza, pela parte recorrente: Raymond Knobbe. Exmo. Sr. Subprocurador Geral da República Dr. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, pelo Ministério Público Federal.

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

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 2.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz:

A) Recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal:

O **Ministério Público Federal** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, na Apelação Criminal n. 13725/PE.

Consta dos autos que o recorrido – Raymond Knobbe – foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006. Os autos dão conta da apreensão de, aproximadamente, *580 quilos de cocaína*, os quais eram provenientes da Espanha.

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público aponta violação dos arts. 59 do Código Penal, 42 e 43 da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que a Corte regional, “na verdade, expõe motivos para que se exaspere a pena-base, que seriam a quantidade da droga apreendida e a ousadia do meio de transporte utilizado, demonstrando destreza, mas não apresenta fundamentos para diminuição da reprimenda, a não ser o acolhimento de alguma das teses do Apelante, mas sem especificar qual delas seria, fazendo-o de forma vaga” (fl. 743).

Entende que todas as particularidades do crime – em especial, a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas, a não contribuição do réu para a elucidação do delito, a ousadia demonstrada por meio do transporte utilizado, a destreza no cometimento do ilícito, a colaboração do acusado com o tráfico organizado de grande proporções etc. – justificam maior reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Assim, considerando a pena cominada em abstrato para o delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (que varia de 5 a 15 anos de reclusão), defende que deve ser restabelecida a pena-base aplicada pelo Juiz sentenciante, qual seja, a de 12 anos de reclusão.

Afirma, ainda, que a suposta confissão do réu acerca da prática do crime “não pode ser considerada, pois se mostra como de pouca relevância, já que não contribuiu para a descoberta da verdade real, não expressando efetiva colaboração com a Justiça, visto que as circunstâncias em que foi encontrado não mudariam a análise dos fatos – preso em flagrante e com todo um aparato probatório operando contra si” (fl. 743).

Na sequência, argumenta que a Corte regional também não fundamentou, concretamente, o porquê da redução efetivada quanto ao patamar de aumento de pena relativo à majorante prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 744).

Por fim, aduz que o Tribunal de origem “também não considerou as condições econômicas do réu para fixação da multa” (fl. 744), em inobservância ao disposto no art. 43 da Lei n. 11.343/2006.

Requer o provimento do recurso, para que seja restabelecida a reprimenda aplicada em primeiro grau.

Contrarrazões às fls. 857-878 e decisão de admissibilidade às fls. 901-902.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

B) Recurso especial interposto por Raymond Knobbe:

Raymond Knobbe interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, nos autos da Apelação Criminal n. 13.725/PE.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação dos arts. 193 e seguintes do Código de Processo Penal, porquanto houve tradução deficiente da sentença condenatória para o idioma original do réu (qual seja, o neerlandês). Assegura que, entre outros equívocos, a tradução afirmou se tratar de acusação por crime de tráfico de pessoas, e não por tráfico de drogas, o que impossibilitou o exercício da ampla defesa.

Aponta, ainda, negativa de vigência ao art. 155 do Código de Processo Penal, em virtude da ausência de perícia no aparelho telefônico apreendido em poder do acusado por ocasião de sua custódia.

Ao prosseguir em suas razões recursais, alega que a condenação do réu se baseou, exclusivamente, nas provas obtidas na fase investigatória, não submetidas, portanto, ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Pondera, em relação a esse ponto, que a Corte regional ratificou o decreto condenatório sem nenhuma fundamentação concreta. Quanto a essa matéria, também considera haver divergência jurisprudencial e indica como acórdãos paradigmas os HCs n. 148.140/RS e 156.333/ES, nos quais se consignou a impossibilidade de condenação com base em provas produzidas exclusivamente em inquérito policial.

De igual forma, entende que foi violado o art. 65, III, “d”, do Código Penal, haja vista que o recorrente confessou espontaneamente a prática do delito de tráfico de drogas (fl. 822).

Na sequência, argumenta que não foi observado o disposto no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, pois não há nada que, efetivamente, corrobore a internacionalidade do crime e salienta que o réu “encontrava-se em águas nacionais (e nunca, nunca em águas internacionais)” (fl. 824). Em relação a esse ponto, aduz, também, divergência jurisprudencial e menciona como acórdãos paradigmas julgados proferidos em apelação criminal pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos quais se concluiu: “Não se consuma o tráfico internacional se a *res* não ultrapassou a fronteira” (fl. 826).

Em seguida, refere violação dos arts. 59 e 68 do Código Penal, na medida em que deveria haver sido aplicado o aumento de 1/6 de pena em razão da

majorante relativa à transnacionalidade do delito, e não o de 1/2, como efetivado pela Corte de origem.

Reputa, igualmente, que deve ser aplicada, no patamar máximo de 2/3, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, “uma vez que [o recorrente] nunca foi preso e nem processado e mais, é primário, tem bons antecedentes” (fl. 835).

Por fim, observa que as matérias versadas no recurso especial não demandam o revolvimento de matéria fático-probatória, daí não ser possível falar em incidência do enunciado na Súmula n. 7 do STJ.

Requer o provimento do recurso, nos moldes anteriormente delineados, “cassando inteira, ou parcialmente, o v. acórdão recorrido de fls. dos Autos, acolhendo, quaisquer das argumentações, que até à exaustão aqui foram expendidas” (fl. 844).

Contrarrazões às fls. 882-893 e decisão de admissibilidade às fls. 901-902.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): Primeiramente, esclareço que, por questão lógica, analisarei primeiro as nulidades arguidas pela defesa, porquanto, se acolhidas, ensejam a prejudicialidade das matérias aventadas pelo Ministério Público Federal. Em seguida, caso rejeitadas as apontadas nulidades, apreciarei os dois recursos concomitantemente, na ordem sequencial da dosimetria da pena.

I. Contextualização

Consta dos autos que *Raymond Knobbe* foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006. Segundo apurado, ele foi apanhado em seu veleiro, nas proximidades de Fernando de Noronha – PE, quando transportava uma quantidade total de 581,553 kg (*quinhentos e oitenta e um quilos, quinhentos e cinquenta e três gramas*), acondicionados em sacos plásticos encontrados na cabine da popa e nos tanques de água e de combustível da embarcação.

II. Tradução deficiente da sentença condenatória (recurso da defesa)

Nesse ponto, alega a defesa que houve tradução deficiente da sentença condenatória para o idioma original do réu (qual seja, o neerlandês). Aponta que, entre outros equívocos, a tradução afirmou se tratar de acusação por crime de tráfico de pessoas, e não por tráfico de drogas, o que impossibilitou o exercício da ampla defesa.

Em relação a essa matéria, asseverou a Corte regional que o acusado “contou com intérprete (fls. 32/35), tendo sido acompanhado, desde o nascedouro da persecução criminal, pelo Cônsul da Holanda em Pernambuco, que funcionou como tradutor, e também por seu advogado. Falou quando quis, o que quis, tendo podido fazer a prova que quis, largamente, *em atenção à ampla defesa e ao contraditório assegurados constitucionalmente*” (fl. 680). Ademais, conforme consignou o Tribunal de origem, o acusado “Não sustentou [...] qualquer prejuízo concreto que sua defesa tivesse sofrido, é tanto que, no recurso examinado, expôs as mais variadas teses defensivas” (fl. 680).

Por tais razões, uma vez que: a) *a defesa não demonstrou nenhum prejuízo concreto* advindo da forma com que foi realizada a tradução da sentença condenatória, b) o réu foi acompanhado, durante todo o processo, por tradutor (Cônsul da Holanda em Pernambuco) e, também, por seu advogado, c) a defesa apelou da decisão de primeiro grau, quando então apresentou diversas impugnações ao decreto condenatório, não vejo como reconhecer a nulidade do ato processual, em razão do princípio do *pas de nullité sans grief*.

III. Ausência de perícia no aparelho telefônico (recurso da defesa)

Relativamente à apontada nulidade decorrente da ausência de perícia no aparelho telefônico apreendido em poder do acusado por ocasião de sua custódia, constato, claramente, que, embora hajam sido opostos embargos de declaração, essa matéria, em nenhum momento, foi analisada pela Corte regional, até porque nem sequer foi objeto nem da apelação nem dos aclaratórios.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, para atender ao requisito do prequestionamento, é necessário a questão haver sido ponto de debate pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca do dispositivo legal considerado violado, o que não ocorreu na espécie.

Incidem, portanto, os óbices das *Súmulas n. 282 e 356, ambas do STF*, aplicadas por analogia ao recurso especial: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

IV. Alegada ausência de prova judicial (recurso da defesa)

Afirma a defesa, ainda, que a condenação do réu se baseou, exclusivamente, nas provas obtidas ao longo da fase investigatória, não submetidas, pois, ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

IV. a) divergência jurisprudencial

Quanto à apontada divergência jurisprudencial em relação ao que foi decidido nos autos dos HCs n. 148.140/RS e 156.333/ES, ambos desta Corte Superior de Justiça, não há como ser conhecido o recurso especial.

Esclareço, de plano, que, ao proferir voto – em que fiquei vencido – no *AgRg nos EDcl no Recurso Especial n. 1.120.334/MG (2009/0099400-0)*, externei convicção, amparada em precedente da relatoria da Ministra Assusete Magalhães (*EDcl no REsp n. 1.348.815/SP*, DJe 17/3/2014), de que as normas insertas na Constituição Federal (art. 105, III, “c”), no Código de Processo Civil (art. 541, parágrafo único) e no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 255, § 1º, “a” e “b”, e § 2º), que tratam do cabimento do recurso especial pela divergência, *não trazem restrição à admissibilidade de arestos proferidos em habeas corpus servirem como paradigma para fins de demonstração de dissídio pretoriano*.

É certo – aduzi – que não se pode discutir, em recurso especial, matéria de natureza constitucional, nem de prova, nem de nenhuma outra legal ou jurisprudencialmente vedada. No entanto, não rara é a discussão exclusiva de tese jurídica em julgados proferidos em *habeas corpus*, a qual, muitas vezes, pode ser encontrada no embasamento de julgados de recurso especial. Entendo, nesse sentido, que eventuais dissimilaridades fáticas e/ou jurídicas devem ser analisadas caso a caso, o que não implica a imposição imediata de não conhecimento do recurso.

Logo, como bem consignado no aludido julgado desta Sexta Turma, “não é possível, no entanto, criar um óbice processual, prévio e generalizado, no sentido

de que qualquer acórdão, proveniente de *habeas corpus*, não será admitido, para fins de interposição do recurso especial, com base na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal” (destaques do autor).

Feita, portanto, essa ressalva quanto ao meu entendimento pessoal, registro que “a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em sede de *habeas corpus*, mandado de segurança e recurso ordinário servir de paradigma para fins de alegado *dissídio jurisprudencial*, ainda que se trate de *dissídio notório*, eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial”. (*AgRg no EREsp n. 998.249/RS*, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, 3ª S., DJe 21/9/2012).

Em relação aos outros dois acórdãos apontados como paradigmas – ambos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em apelação criminal (fls. 802-803) –, constato que *o recorrente transcreveu apenas as ementas dos julgados, sem, contudo, realizar o imprescindível cotejo analítico*. Vale dizer, não demonstrou, de forma clara e objetiva, a similitude fática entre as demandas; deixou de evidenciar que as peculiaridades de cada caso revelariam a identidade fática, porém com soluções distintas.

Sobre essa matéria, esta Corte possui a compreensão de que:

[...]

5. O conhecimento de recurso fundado na alínea “c” do art. 105, III, da Constituição Federal exige, também, que o recorrente realize o devido cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, a suposta incompatibilidade de entendimento e a similitude fática entre as demandas, o que não ocorreu no caso, em que o recorrente apenas transcreveu a ementa do paradigma. (*REsp n. 1.302.515/RS*, Rel. Ministro *Rogério Schietti*, 6ª T., DJe 17/5/2016).

Assim, entendo que o recurso especial interposto pela defesa não pode ser conhecido sob a alínea “c” do permissivo constitucional.

IV. b) negativa de vigência a dispositivo de lei federal

No que diz respeito à apontada negativa de vigência ao art. 155 do Código de Processo Penal, faço lembrar que, quanto ao sistema de valoração das provas, vigora, no processo penal brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente.

Nesse contexto, o legislador ordinário, buscando dar maior efetividade às garantias constitucionais previstas para os acusados em processo penal, estabeleceu, expressamente, a vedação à condenação baseada exclusivamente em provas produzidas no inquérito policial, consoante o disposto no art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Isso significa que não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de um decreto condenatório fundamentado exclusivamente em elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, no qual inexistente o devido processo legal (com seus consectários do contraditório e da ampla defesa), sendo certo que o juiz pode deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual ou desde que essas provas sejam repetidas em juízo.

No caso, verifico que o Juiz sentenciante confrontou elementos obtidos na fase extrajudicial com as demais provas colhidas *judicialmente*, submetidas, portanto, ao crivo do *contraditório e da ampla defesa*. Ao concluir pela condenação do recorrente, assim fundamentou, no que interessa (fl. 397):

Em Juízo, conforme mídia à fl. 247, a testemunha José Edson de Sena confirmou as alegações anteriormente prestadas perante a Polícia Federal. Segundo a testemunha já havia dito anteriormente, o veleiro foi avistado pelo navio da Marinha por volta das 05h30 da manhã, mas os policiais, em razão das condições de navegação e, em razão da solicitação para que a embarcação aportasse em Fernando de Noronha, só conseguiram adentrar o veleiro por volta das 12h00 do referido dia (1º/08/2015). Após a vistoria no veleiro, que teria durado de 30 (trinta) a 40 (quarenta) minutos, foi identificada uma sacola, fechada apenas com o zíper (sem lacre), contendo 10 (dez) pacotes com substância com características de cocaína. A testemunha relatou ter sido feito um narcoteste preliminar no local, com o auxílio de um lenço, que atestou positivo para cocaína, ensejando a prisão do tripulante, o Sr. *Raymond Knobbe*. O comandante não prestou qualquer informação sobre a droga, não tendo também demonstrado qualquer surpresa com a sua identificação. Ressaltou a testemunha não entender por que o conduzido não se desfez da sacola, jogando-a ao mar, antes de o navio da Marinha alcançar o veleiro, uma vez que havia um volume muito maior de entorpecente que só veio a ser identificado na perícia.

A Corte regional, por sua vez, ao manter a condenação do recorrente, considerou que as provas relativas à materialidade e à autoria do delito ficaram fartamente comprovadas nos autos. Na ocasião, salientou que “o álibi que alegou (ter sido enganado por terceiro, cuja identidade ignoraria) é absolutamente inacreditável, porque não carrega consigo qualquer elemento factual (objetivo) que pudesse ampará-lo” (fl. 681) e, *no mais, reportou-se, expressamente, aos fundamentos lançados pelo Juiz sentenciante.*

Dessa forma, justamente porque verificado que as instâncias ordinárias, ao concluírem pela autoria do recorrente em relação ao cometimento do delito em questão, sopesaram as provas colhidas extrajudicialmente com as demais provas e depoimentos obtidos em *juízo*, não há como acolher a apontada violação do art. 155 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, menciono: *AgRg no AREsp n. 381.524/CE*, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 25/4/2018; *AgRg no AREsp n. 1.181.721/RS*, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 27/4/2018.

V. Pena-base (recurso da acusação)

No que tange à pena-base estabelecida ao acusado, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto. Cumpre-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a

quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, o Juiz sentenciante, ao estabelecer a pena-base do recorrido acima do mínimo legal – *no patamar de 12 anos de reclusão* –, assim fundamentou (fls. 408-409):

Quanto à pena privativa de liberdade, a primeira fase de fixação da pena deve observar os parâmetros do art. 59 do Código Penal.

Com relação aos antecedentes, não há prova nos autos de que o réu tenha sido condenado definitivamente pela prática de crime, em momento anterior.

No que tange à conduta social e à personalidade do agente, existem elementos nos autos aptos a justificar a majoração da pena, especificamente quanto a tais aspectos, eis que as matérias jornalísticas de fls. 283/291 indicam que a conduta do acusado não se confunde com a do “traficante de primeira viagem”, havendo fortes indícios nos autos de que se dedique, com habitualidade e destreza, às atividades criminosas idênticas à que está sendo apurada nesta ação.

Os indícios de participação do acusado em outros eventos delituosos podem ser apreciados como aspectos de sua conduta social e personalidade, eis que, do contrário, haveria manifesta violação ao princípio da igualdade material, aplicando a acusados envolvidos em diversas outras imputações o mesmo tratamento dirigido ao réu primário, sem qualquer envolvimento delituoso anterior.

De fato, com relação à conduta social e personalidade do agente, não somente a conduta antecedente do agente em seus vários setores de relacionamento, mas sobretudo o ambiente no qual está inserido são capazes de determinar a justa medida da reprovação que seu ato criminoso possa merecer. Não há dúvida de que uma pessoa de excelente conduta anterior ao crime merece menor censura do que outra, acostumada a incomodar pessoas, provocar arruaças, agredir a família, enfim, ainda que não tenha formalmente sentença condenatória anterior transitada em julgado.

No que tange aos motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima, a quantidade de entorpecente apreendido - 581,553 kg - e a natureza do entorpecente (cocaína) revelam que as circunstâncias e consequências do crime perpassam o tipo incriminador e justificam a majoração da pena. O aumento, logicamente, não se ampara, isoladamente, na quantidade de droga apreendida, mas sim, na gravidade concreta da infração, evidenciada pela colaboração do réu com o tráfico organizado em larga escala.

A culpabilidade, identificada, na reforma penal, como a reprovabilidade da conduta, assoma como o fundamento e a medida da responsabilidade penal. Como tal, conduz o julgador a uma análise da consciência ou do potencial

conhecimento do ilícito e, em especial, da exigibilidade de conduta diversa, essência das causas de exculpação, como parâmetros do justo grau de censura atribuível ao autor do crime.

Assim é que, nesta oportunidade, classifica-se a culpabilidade entre intensa, média ou reduzida. No caso, verifica-se que o réu tinha extenso conhecimento da natureza criminosa da conduta. As circunstâncias e condições em que praticado o crime e o comportamento do réu na fase investigatória e em Juízo revelam claramente que o mesmo tem vasta experiência no ramo do tráfico de drogas e agia com habitualidade em conluio com terceiros, não possuindo qualquer interesse de identificá-los para as autoridades locais. Sabia, exatamente, como ocultar os contatos anteriores à apreensão e como se comportar perante as autoridades policiais. Sobre sua conduta, pois, incide reprovação social de grau intenso, que não se afigura inerente ao próprio tipo penal.

Pelo exposto, na primeira fase de aplicação da pena, fixo para *Raymond Knobbe* a pena de 12 (doze) anos de reclusão.

Conforme visto, o Magistrado de primeiro grau considerou desfavoráveis ao acusado *a conduta social, a personalidade, a culpabilidade, bem como os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito*, motivo pelo qual efetivou um aumento de 7 anos de reclusão na primeira fase da dosimetria e estabeleceu a pena-base, portanto, no patamar de *12 anos de reclusão*.

A Corte de origem, por sua vez, deu provimento à apelação interposta pela defesa em relação a esse ponto, *a fim de reduzir a pena-base para 8 anos de reclusão*, nos termos a seguir descritos (fls. 700-701):

Em recurso, discutiu-se o seguinte: Proibição de dupla incriminação (fixação da pena base, então, no Mínimo legal); nulidade da sentença por desrespeito ao critério trifásico e falta de fundamentação para fixação, de pena acima do mínimo legal; não observância da confissão espontânea do acusado; a pureza da droga alienígena fora considerada para fins de dosimetria da pena.

Alguns dos argumentos fazem realmente sentido, devendo-se reduzir as sanções a patamares mais compatíveis com aqueles perpetrados no âmbito desta Segunda Turma. A pena-base, porém, deve ser dosada em 08 (oito) anos de reclusão (já 60% a mais do mínimo legal), levando-se em consideração, para alcançá-la, sobretudo, a quantidade de droga apreendida (Lei 11.343/2006, Art. 42), a impactar na circunstância judicial *consequências do crime*, mas também as circunstâncias do ilícito (pela ousadia do meio de transporte utilizado a revelar um tipo especial de destreza periculosa).

No caso, o Ministério Público Federal, em suas razões recursais, em nenhum momento se insurge contra a análise feita pelas instâncias ordinárias acerca da

favorabilidade de determinadas circunstâncias judiciais e da desfavorabilidade de outras. Antes, *limita-se a questionar o quantum de aumento efetivado na pena-base do acusado*, que, no seu entender, deveria ser de 7 anos de reclusão (a resultar em uma reprimenda-base de 12 anos de reclusão), tal como procedido pelo Juiz sentenciante.

De fato, considero, tal qual afirma o órgão ministerial, que todas as particularidades do crime – em especial, a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas (mais de 580 quilos de cocaína), a ousadia demonstrada por meio do transporte utilizado, as circunstâncias em que cometido o ilícito etc. – justificam maior reprimenda na primeira fase da dosimetria.

No entanto, não se pode olvidar que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que, havendo as instâncias ordinárias fundamentado o aumento da reprimenda-base à luz, justamente, das peculiaridades do caso concreto e das disposições constantes no art. 42 da Lei de Drogas, não vejo como acolher a apontada violação legal, *em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado*.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, “A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, *bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias*” (HC n. 122.184/PE, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 5/3/2015), situação que, no entanto, não verifico caracterizada nos autos.

Ademais, ao contrário do que afirma o órgão ministerial à fl. 743, embora a Corte de origem haja explicitado os motivos pelos quais seria devida a fixação da pena-base acima do mínimo legal – com o destaque, especialmente, da elevada quantidade de drogas apreendidas, da ousadia evidenciada por meio do transporte utilizado e da destreza demonstrada pelo agente no cometimento do ilícito (fl. 701) –, não é verdade que não haja apresentado os fundamentos para a diminuição do *quantum* de exasperação da reprimenda.

Com efeito, salientou o Tribunal que a sanção deveria ser reduzida para “patamares mais compatíveis com aqueles perpetrados no âmbito desta Segunda

Turma” (fl. 701), com a ênfase de que a pena-base já estava sendo estabelecida em *mais de 60% acima do mínimo legal*, patamar esse que, dentro do seu livre convencimento motivado, reputou ser suficiente e necessário para a reprovação e a prevenção do crime perpetrado.

Portanto, uma vez que foram apontados *argumentos concretos e específicos dos autos* para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não vejo como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo de proporcionalidade feito pelo Tribunal regional para, a pretexto de violação dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, aumentar a reprimenda-base estabelecida ao acusado.

Deve, portanto, ser mantida inalterada a pena-base do acusado no patamar de *8 anos reclusão*.

VI. Atenuante da confissão espontânea (recurso da defesa)

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do acusado em relação ao crime de tráfico de drogas, afirmou, em determinado momento, que (fls. 394-398):

“Não há qualquer sentido em se impugnar as apreensões feitas após a prisão e, ao mesmo tempo, requerer a aplicação da atenuante da confissão espontânea, afirmando que o réu confirma que, “no interior do veleiro, existiam as respectivas drogas apreendidas nos autos”.

De todo modo, como se verá adiante, *não houve confissão do acusado no interrogatório*, sendo certo, em relação à impugnação das apreensões posteriores, que não consta qualquer indício de incorreção na condução dos procedimentos de deslocamento do veleiro, de perícia e de apreensão das drogas referidas em todos os laudos acima mencionados, sendo improcedente a impugnação genérica da defesa.

[...]

Na oportunidade da prisão em flagrante, o acusado não prestou quaisquer esclarecimentos sobre o fato, conforme fl. 04 do IPL.

[...]

Como foi dito acima, a partir das perícias feitas no interior do veleiro, comprovou-se que *Raymond Knobbe* estava transportando 581,553 kg de cocaína. *O acusado, em nenhum momento do seu interrogatório, confessou a autoria delitiva*. Ao contrário, a alegação do acusado foi a de que foi contratado para transportar três sacolas com maconha para Fernando de Noronha, não sabendo informar o peso da mercadoria, dizendo acreditar que tal droga é permitida no Brasil, tal

como ocorre na Holanda, seu País de origem. Não se aplica, portanto, a atenuante da confissão espontânea, como quis pretender a defesa nas alegações finais.

Sobre o cometimento do delito, *as declarações do acusado são absolutamente contraditórias* e revelam que foi a pessoa diretamente responsável por acondicionar a mercadoria no veleiro - ou permitir expressamente que o fizessem - e transportar todo o volume de entorpecentes apurado, tendo plena consciência do caráter ilícito da conduta.

O Tribunal regional, no que tange à segunda etapa da dosimetria, considerou não haver “nenhuma mudança a ser feita (inclusive porque o réu, afirmando supor fosse maconha a droga que carregava na embarcação, não confessou o transporte de cocaína)” (fl. 701).

É certo que este Superior Tribunal possui o entendimento de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal; é irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, *ou mesmo que tenha havido posterior retratação*.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado: “Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.” (HC n. 358.679/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 31/8/2016).

Confira-se, ainda, o disposto na *Súmula n. 545* desta Corte Superior: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal.”

No entanto, no caso dos autos, verifico que as declarações prestadas pelo acusado não foram sopesadas para corroborar o acervo fático-probatório e fundamentar a sua condenação pela prática do crime de tráfico de drogas. Aliás, conforme bem consignaram as instâncias ordinárias, o ora recorrente, em nenhum momento, admitiu a prática do delito, pois limitou-se, basicamente, a afirmar que “foi contratado para transportar três sacolas com maconha para Fernando de Noronha, não sabendo informar o peso da mercadoria, dizendo acreditar que tal droga é permitida no Brasil, tal como ocorre na Holanda, seu País de origem” (fl. 398), motivo pelo qual *não há como ser aplicada, em seu favor, a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal*.

VII. Majorante relativa à transnacionalidade do delito (recurso da defesa)

A defesa assere, ainda, não haver nada que, efetivamente, sustente a internacionalidade do crime e salienta que o réu “encontrava-se em águas nacionais (e nunca, nunca em águas internacionais)” (fl. 824), de maneira que deve ser afastada a majorante prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

O Juiz sentenciante, ao concluir pela transnacionalidade do delito, assim fundamentou (fl. 405):

Na hipótese em apreço, a transnacionalidade do delito encontra-se plenamente demonstrada nos autos. Muito embora seja verdadeiro que o mero fato de o acusado ser estrangeiro não pode gerar a presunção da transnacionalidade, é evidente que tal fato, aliado a vários outros, não pode ser desconsiderado, como se verá adiante.

A tese apresentada pela defesa é a de que a droga transportada pelo réu, surpreendido com 581,553 kg (quinhentos e oitenta e um quilos, quinhentos e cinquenta e três gramas) de cocaína, tinha por destino final o arquipélago de Fernando de Noronha.

A Corte regional, por sua vez, também considerou devidamente caracterizada a prática de tráfico transnacional de drogas, nos termos a seguir aduzidos (fl. 690):

Raymond Knobbe é, afinal, estrangeiro, estando há pouco tempo no Brasil; é o Comandante de embarcação que permite transporte entre continentes; a droga é sabidamente estrangeira; o destino para onde iria levá-la, alegadamente Fernando de Noronha, não é compatível com a quantidade de cocaína transportada, não apresentou qualquer elemento de convicção sobre sua permanência no país, sendo certo que o registro histórico do equipamento GPS do bardo retrata viagens internacionais.

Este Superior Tribunal possui o entendimento de que, para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, é irrelevante que haja a efetiva transposição das fronteiras nacionais; mostra-se suficiente, para a configuração da transnacionalidade do delito, que haja *a comprovação de que a substância tinha como destino/origem localidade em outro país.*

Nesse sentido, menciono: *AgRg no AREsp n. 377.808/MS*, Rel. Ministro *Rogério Schietti*, 6ª T., DJe 22/9/2017.

Tal entendimento foi, inclusive, consolidado por meio da *Súmula n. 607* desta Corte, *in verbis*: “A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras.”

Assim, uma vez comprovado, de forma concreta e com sólidos elementos, que a droga apreendida era proveniente do exterior – Espanha –, mostra-se correta a incidência da majorante descrita no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

VIII. Aumento de pena efetivado em razão da majorante relativa à transnacionalidade do delito (recurso de ambas as partes)

No que diz respeito ao aumento de pena efetivado em decorrência da majorante relativa à transnacionalidade do delito, verifico que o Juiz sentenciante entendeu devida a incidência da *fração de 2/3*, “tendo em vista que o acusado esteve muito próximo de perpassar os limites territoriais, já se encontrando em efetivo deslocamento e só tendo sido interceptado em virtude de um trabalho cuidadoso e prévio de investigação” (fl. 409).

O Tribunal de origem, no entanto, reduziu a exasperação para o quantum *de 1/2*, nos seguintes termos (fl. 701):

Em terceira fase, deve-se, mercê da proporcionalidade necessária com os ajustes realizados relativamente às circunstâncias judiciais, aumentar a sanção de 1/2 (e não 2/3) pela transnacionalidade do crime.

Pelo trecho anteriormente transcrito, é possível inferir que a Corte regional considerou adequado o aumento de pena em 1/2 com base em um *juízo de proporcionalidade* feito em relação à análise referente às circunstâncias judiciais e ao *quantum* de exasperação efetivada na reprimenda-base do acusado.

No entanto, a escolha do aumento de pena decorrente dessa (e de qualquer outra) majorante não deve ser feito com base em uma proporção com o patamar fixado na primeira fase da dosimetria, até porque é perfeitamente possível que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal e, na terceira etapa, seja efetivado um aumento de pena em fração superior à mínima legalmente prevista, sem que essa operação revele nenhuma incongruência. A escolha do patamar de exasperação da reprimenda, na verdade, deve ser feita a partir da *mens legis* da majorante analisada.

No caso, por exemplo, da transnacionalidade do delito de tráfico de drogas, o aumento de pena deve levar em consideração elementos acidentais como a distância percorrida pelo agente, a complexidade da operação de transporte e/ou o número de fronteiras por ele ultrapassadas, na medida em que não se pode equiparar o acusado que transporta substância entorpecente entre pequenas distâncias, em empreitadas rápidas, àquele grande difusor que se expõe a longas e demoradas viagens.

Sob esse viés, entendo assistir razão ao Ministério Público Federal ao afirmar que “o *quantum* fixado diante da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, diferentemente do realizado em sentença, *não foi suficientemente fundamentado no Acórdão*” (fl. 744).

Assim, evidenciada a longa distância percorrida pelo agente e “tendo em vista que o acusado esteve muito próximo de perpassar os limites territoriais” (fl. 409), deve ser negado provimento ao recurso da defesa nesse ponto e provido o do Ministério Público, a fim de, na terceira fase da dosimetria, restabelecer o aumento de pena fixado pelo Juiz sentenciante, qual seja, o de 2/3.

IX. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (recurso da defesa)

Por fim, afirma a defesa que o acusado “faz jus à aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, uma vez que nunca foi preso e nem processado e, mais, é primário, tem bons antecedentes” (fl. 835).

O Juiz sentenciante considerou indevida a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com base nos seguintes fundamentos (fl. 402):

Igualmente, não se aplica o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, o réu é estrangeiro e não prestou qualquer informação a este Juízo sobre a sua vida pregressa, reservando-se ao direito de ficar calado. Conquanto a prova da existência de maus antecedentes seja um ônus da acusação, as matérias jornalísticas de fls. 283/291 indicam que *a conduta do acusado não se confunde com a do “traficante de primeira viagem” que o preceito quis albergar, havendo fortes indícios nos autos de que se dedique às atividades criminosas objeto desta ação.*

Muito embora as notícias apresentadas às fls. 283/291, também disponíveis em qualquer pesquisa livre na *internet*, não constituam prova de maus antecedentes, nos termos exigidos pela lei brasileira, demonstram a veracidade do que consta

da denúncia, de que *há indícios de que o acusado é traficante de grande porte e já foi preso pela polícia francesa em 2010 por tráfico internacional de entorpecentes.*

A quantidade de droga transportada, por sua vez, aliada às evidências já mencionadas, afasta a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois o recrutamento para a realização de tal transporte claramente não se dirigiu a um amador.

A Corte regional, por sua vez, manteve a compreensão de que não seria devida a incidência da referida minorante, nos termos a seguir aduzidos (fl. 693):

A alegada primariedade do réu, alicerçada na suposta pequenez da conduta, serviria, segundo a defesa, para justificar a minoração da pena (na terceira fase da dosimetria).

Mas também essa pretensão não se justifica.

O crime perscrutado nos presentes autos, com efeito, é gravíssimo, o que se diz - inclusive e não apenas - mercê da enorme quantidade de cocaína apreendida, a denotar a impossibilidade categórica (material, física, financeira) de cometimento por pessoa isolada. Valho-me da sentença outra vez: [...]

Conforme visto, as instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – consideraram que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão, aliadas ao fato de que “há indícios de que o acusado é traficante de grande porte e já foi preso pela polícia francesa em 2010 por tráfico internacional de entorpecentes”, não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a *atividades criminosas*, notadamente ao tráfico de drogas.

Fica, por conseguinte, afastada a apontada violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

X. Nova dosimetria

Em razão do provimento do recurso especial interposto pelo Ministério Público no tocante ao aumento de pena efetivado em decorrência da majorante relativa à transnacionalidade do delito, deve ser realizada a nova dosimetria da reprimenda do acusado.

Na primeira fase, a pena-base ficou estabelecida em 8 anos de reclusão (fl. 701). Na segunda fase, não há nenhuma agravante ou atenuante. Na terceira etapa, aplico em 2/3 a majorante referente à transnacionalidade do delito e, consequentemente, *torno a reprimenda do acusado definitivamente estabelecida em 13 anos e 4 meses de reclusão.*

XI. Sanção pecuniária (recurso da acusação)

Por fim, aduz o órgão ministerial que o Tribunal de origem “também não considerou as condições econômicas do réu para fixação da multa” (fl. 744), em inobservância ao disposto no art. 43 da Lei n. 11.343/2006.

O Magistrado de primeiro grau, ao determinar ao acusado o *pagamento de 1.000 dias-multa*, assim fundamentou (fl. 410):

Quanto à pena de multa, para fins de fixação, deve-se obedecer ao sistema bifásico. Na primeira fase, guarda-se uma proporcionalidade com a sanção corporal imposta, levando-se em conta as circunstâncias judiciais, eventuais atenuantes/agravantes e causas de aumento/diminuição de pena incidentes, ao passo que na segunda fase devem-se considerar as possibilidades financeiras do acusado.

Considerando a informação de que o réu possuía remuneração mensal de 2.000,00 euros, correspondente ao valor aproximado de R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais), bem como revelou-se proprietário do veleiro (valor estimado, pelo próprio réu, de oitenta mil euros) e de uma loja de venda de automóveis, fixo a pena de multa, em atenção aos critérios do art. 49 do Código Penal e aos critérios de aumento/diminuição aplicáveis à pena privativa de liberdade, em 1.000 (mil) dias-multa, fixando o valor do dia-multa em 1/2 (um meio) do salário mínimo, a ser atualizado, quando da execução, e paga no prazo de 10 (dez) dias, a partir do trânsito em julgado da sentença, ressalvadas as hipóteses do art. 50 do Código Penal.

O Tribunal de origem, no entanto, reduziu a sanção pecuniária para *800 dias-multa*, nos seguintes termos (fl. 701):

Define-se a pena privativa de liberdade, então, em 12 anos de reclusão (regime inicial fechado).

Ajusta-se a pena de multa - também em atenção à proporcionalidade quanto à (nova) pena privativa de liberdade - para 800 dias-multa (e não 1.000 dias-multa, como estipulado em sentença); mantendo-se o valor de cada um.

Veja-se, portanto, que a Corte regional, ao reduzir a reprimenda do acusado para 12 anos de reclusão, também diminuiu a sanção pecuniária e, a pretexto de guardar proporcionalidade com a nova pena privativa de liberdade, estabeleceu o *quantum* de 800 dias-multa.

Contudo, além de a quantidade de dias-multa não haver sido estabelecida de forma proporcional à pena privativa de liberdade (porque, se assim o fosse,

haveria sido fixada em 1.200 dias-multa), certo é que o Tribunal também deixou de considerar o fato de que a remuneração mensal do réu ultrapassa R\$ 8.000,00 (oito mil reais), conforme salientou o Juiz sentenciante (fl. 744).

Assim, à luz das peculiaridades do caso concreto e à vista da quantidade de pena privativa de liberdade definitivamente estipulada ao acusado, considero que a sanção pecuniária deveria ficar em, aproximadamente, 1.340 dias-multa.

No entanto, é possível *inferir* que o Ministério Público Federal pleiteia, em suas razões recursais, que seja restabelecida a quantidade de dias-multa fixada pelo Juiz sentenciante, de maneira que darei provimento ao recurso especial somente nesse extensão, *para, então, fixar ao acusado o pagamento de 1.000 dias-multa.*

XII. Execução provisória da pena

Por fim, ante o esgotamento das instâncias ordinárias – como no caso –, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação*, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

XIII. Dispositivo

À vista do exposto, *conheço em parte* do recurso especial interposto pela defesa e, nessa extensão, *nego-lhe provimento.*

Ainda, *dou parcial provimento* ao recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal para fixar o aumento de 2/3 na terceira etapa da dosimetria, em razão da majorante relativa à transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), e, quanto à sanção pecuniária, restabelecer a quantidade de dias-multa fixada pelo Juiz sentenciante. Fica, assim, a reprimenda do acusado definitivamente estipulada em *13 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 1.000 dias-multa.*