



---

**Sexta Turma**



---

**HABEAS CORPUS N. 310.704-CE (2014/0318505-0)**

---

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro  
Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Ceará  
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Ceará  
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará  
Paciente: Antonio Carlos Ferreira da Silva

---

**EMENTA**

Processo Penal. *Habeas corpus*. Art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990. Nulidade em razão da ausência de intimação pessoal, com remessa dos autos, da Defensoria Pública. Não ocorrência na hipótese. Nomeação de defesa dativa em substituição ao Defensor Público. Possibilidade no caso concreto. Ausência de ofensa ao defensor público natural. Inércia da Defensoria em apresentar alegações finais por quase um ano. Diligência do juízo em oficiar os órgãos superiores. Substituição pontual em prol da ampla defesa. Possibilidade. Subversão da condição constitucional da Defensoria. Não ocorrência. Deficiência da defesa dativa. Nulidade relativa. Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de intimação pessoal do acusado para constituir novo patrono. Réu revel. Despicienda nova nomeação. Prejuízo não demonstrado. Ausência de constrangimento ilegal. Nulidade não caracterizada.

1. “O art. 4º-A da Lei Complementar n. 80/1994 estabelece que são direitos dos assistidos pela Defensoria Pública ‘o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural’ (designação por critérios legais), o que não se confunde com exclusividade do órgão para atuar nas causas em que figure pessoa carente, sobretudo se considerada a atual realidade institucional” (HC 123.494, Rel. Ministro *Teori Zavascki*, Segunda Turma, julgado em 16.2.2016, DJe 2.3.2016).

2. Esta Corte já decidiu que, “por mais que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido preferência de nomeação da Defensoria Pública para representação do réu incapaz de custear seu próprio patrono (se a Defensoria está devidamente estruturada no local), tal

interpretação é passível de uma série de exceções e mitigações e não impede a substituição pontual do Defensor Público por defensor dativo” (RMS 49.902/PR, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 18.5.2017, DJe 26.5.2017).

3. No caso vertente, a Defensoria Pública manteve-se inerte para apresentação de alegações finais em favor do ora paciente, sendo que 10 (dez) meses após finda a instrução o juízo oficiou tanto a Defensora Pública Geral quanto a Corregedora-Geral da Defensoria Pública, ofícios esses infrutíferos, pois ainda assim não foram apresentadas alegações finais em favor do paciente, tendo então o juízo procedido à nomeação de defensor dativo para tal desiderato.

4. Não houve, portanto, uma remoção arbitrária do defensor público, ou seja, uma simples substituição de patrocínio realizada ao alvedrio do Juízo de piso. Ao revés, o juízo foi diligente em envidar todos os esforços antes de nomear defesa dativa, tendo sido formalmente solicitadas medidas administrativas aos órgãos superiores.

5. Na linha dos precedentes desta Corte, “a ausência de intimação do réu para a constituição de defensor de sua preferência é consequência do fato de ser considerado revel na ação penal, razão pela qual não se verifica ilegalidade” (HC 341.181/SP, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, *Sexta Turma*, julgado em 15.12.2016, DJe 2.2.2017).

6. Na hipótese vertente, consignou a Corte de origem que a nulidade não estaria caracterizada porquanto se trata de réu revel, o que dispensa a obrigatoriedade de intimação. Ademais, não há falar no prejuízo necessário para o reconhecimento da nulidade, nos moldes do que preconiza o art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual não se declara a nulidade de ato processual sem que haja efetiva demonstração de prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*, pois, malgrado ter a Defensoria Pública sido “destituída”, o Juiz de primeiro grau, ato contínuo, nomeou defensor dativo para apresentar alegações finais em favor do então acusado, razão pela qual se afasta a tese de cerceamento de defesa.

7. É firme o entendimento jurisprudencial de que apenas a ausência de defesa, ou situação equivalente, com prejuízo demonstrado, é apta a macular a prestação jurisdicional, na forma do que preconiza o enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “No

processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

8. 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.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

---

DJe 2.3.2018

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de *Antonio Carlos Ferreira da Silva*, apontando o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará como autoridade coatora.

Consta dos autos que, na fase de alegações finais, o magistrado de primeira instância “destituiu” a Defensoria Pública para apresentação de memoriais, porquanto inerte para o oferecimento da peça, tendo sido nomeado um defensor dativo para tal mister.

Com o regular trâmite do feito, o magistrado de primeira instância julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o paciente pela prática do delitos insertos no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990 (e-STJ fl. 152).

Irresignada, a Defensoria Pública impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, tendo sido denegada a ordem, nos moldes sintetizados na seguinte ementa (e-STJ fl. 88):

Processual Penal. *Habeas corpus*. Reconhecimento de nulidade na ação penal Cabimento. Destituição da Defensoria Pública. Desídia para apresentação dos memoriais finais comprovada. Possibilidade. Violação à regra do artigo

263 do Código de Processo Penal não detectada. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

1. O *habeas corpus* é meio processual adequado para o reconhecimento de nulidade em ação penal, pelo teor do art. 648, inciso VI, do Código de Processo Penal, o qual considerara que a coação será ilegal quando o processo for manifestamente nulo.

2. Não há ilegalidade na decisão que destitui a Defensoria Pública do exercício da defesa do Réu, quando comprovada, como na hipótese, a desídia do órgão defensorial, que, passados oito meses de sua intimação pessoal, não apresentou os memoriais finais de defesa. A decisão está em sintonia com os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da duração razoável do processo, previstos no art. 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII da Constituição Federal, respectivamente, visto que a ação penal não pode ficar paralisada indefinidamente no aguardo da manifestação do órgão defensorial.

3. A legislação processual penal brasileira adotou o postulado de que não há nulidade sem prejuízo, do francês *pas de nullité sans grief*, ou seja, não se declara nulo nenhum ato processual quando este não causar prejuízo, nem houver influído na decisão da causa ou na apuração da verdade real, consoante os artigos 563 e 566 do CPP, sendo este o caso dos autos.

4. Não viola a regra do art. 263 do CPP a nomeação de defensor dativo independentemente da intimação do Réu, se ele ostenta a condição de revel no processo.

Nas razões do presente *writ*, a defesa alega que, em razão da ausência de intimação pessoal do Defensor Público mediante carga dos autos, o processo é nulo por ofender o art. 128, I, da Lei Complementar n. 80/1990. Sustenta que, malgrado “[...] este Órgão Defensorial não ter sido intimado pessoalmente para a apresentação dos memoriais finais de defesa, mediante entrega dos autos com vista, consoante determina o art. 128, I, da Lei Complementar n. 80/94, o magistrado da 3ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia proferiu despacho destituindo a Defensoria Pública da defesa processual do paciente, sob o fundamento de inércia no oferecimento das alegações finais no prazo legal, nomeando um advogado dativo” (e-STJ fl. 4).

Aduz, ainda, que “[...] o fato de ter o magistrado nomeado advogado dativo para a paciente sem antes conceder-lhes a chance de constituir causídico de sua confiança violou, por consequência, expressa disposição legal prevista no artigo 263 do Código de Processo Penal, que garante ao réu, a qualquer tempo, a oportunidade de nomear advogado de sua confiança” (e-STJ fl. 8).

Por fim, arremata a defesa que, “[...] além do aspecto levantado no presente arrazoado, ou seja, a falta de intimação pessoal do membro Defensoria Pública para apresentação das alegações finais, o paciente ficou completamente sem defesa, tendo em vista que as alegações finais do advogado dativo (defesa técnica), data vênua, é deficiente, pois não discutiu prova e muito menos o mérito da causa, ficando, por conta disso, totalmente indefeso, conforme se observa com a juntada da referida peça, sendo, pois, passível de nulidade” (e-STJ fl. 10).

Liminar indeferida às e-STJ fls. 101/103.

Informações prestadas às e-STJ fls. 110/113 e 116/128.

Ao se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração, ou, sucessivamente, pela sua denegação (e-STJ fl. 136).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): O *writ* não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida.

Primeiramente, a respeito da aventada *nulidade ante a ausência de intimação pessoal, com remessa dos autos, da Defensoria Pública, com a consequente nomeação de defesa dativa* em detrimento do patrocínio até então exercido pela Defensoria, o Tribunal local se manifestou nos seguintes termos (excerto extraído do sítio eletrônico do Tribunal de origem, porquanto ausente cópia do inteiro teor do acórdão vergastado):

No caso dos autos, entretanto, não antevejo a alegada nulidade manifesta.

Com efeito, no documento de p. 88, consta a informação de que a Representante da Defensoria Pública atuante na 3ª Vara da Comarca de Caucaia foi devidamente intimada para apresentar os respectivos memoriais finais do processo principal, tendo a contagem do prazo iniciado em 16.11.2012.

Contudo, decorridos sete meses da intimação, além de referida peça processual não ter sido apresentada, não foram dadas quaisquer justificativas para a não apresentação, conforme relatado pelo Juiz a quo na sentença (p. 95).

O fato foi comunicado à Defensoria Pública Geral e à Corregedora Geral da Defensoria Pública do Estado do Ceará, no dia 24 de junho de 2013, bem como ao

Defensor Público que estava na respondência da unidade judiciária, informando a existência, naquela ocasião, de 39 (trinta e nove) ações penais públicas naquele juízo aguardando apenas os memoriais da Defensoria Pública, dentre elas a ação que se cuida, e nenhuma providência foi tomada.

O feito ainda permaneceu inerte até o dia 8 de julho de 2013, data em que o Magistrado singular tomou a decisão de destituir a Defensoria Pública e nomear um defensor dativo ao réu.

Nesse contexto, entendo ser correta a decisão do Juiz a quo, pois em sintonia com os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da duração razoável do processo, previstos no art. 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII da Constituição Federal, respectivamente, visto que a ação penal em curso não poderia ficar paralisada indefinidamente no aguardo da manifestação do órgão defensorial, razão pela qual não há que se falar em nulidade processual, ainda mais porque não há prova de que houve prejuízo para o Réu.

Pois bem. Primeiramente, não se desconhece da tese fixada no REsp n. 1.349.935/SE, de relatoria do Ministro *Rogério Schietti Cruz*, julgado sob o *rito dos recursos repetitivos*, no qual se consignou que “o termo inicial da contagem do prazo para impugnar decisão judicial é, para o Ministério Público (aplicável também à Defensoria Pública), a data da entrega dos autos na repartição administrativa do órgão, sendo irrelevante que a intimação pessoal tenha se dado em audiência, em cartório ou por mandado” (Terceira Seção, julgado em 23.8.2017, DJe 14.9.2017).

Entretanto, a hipótese vertente apresenta peculiaridades que permitem a realização do devido *distinguishing* para afastar a aplicação do precedente ao presente caso.

Consta da decisão que “destituiu” a Defensoria Pública e nomeou defesa dativa para patrocinar os interesses do paciente (e-STJ fl. 70), *in verbis*:

Chamo o feito à ordem.

Primeiramente, cumpre observar que *o aludido processo encontra-se com a fase de instrução encerrada desde o dia 1º.08.2012 (fls. 55), ou seja, há quase um ano, tendo as alegações finais sido apresentadas pelo Ministério Público em 16.11.2012 (fls. 61).*

Por outro lado, a ilustre representante da Defensoria Pública, até o presente momento, apesar de devidamente intimada (fls. 55), não apresentou os respectivos memoriais ou sequer justificou quaisquer motivos de não tê-lo feito.

Atento a tal fato, *este Juízo oficiou, em 24.06.2013, a Defensora Pública Geral do Estado do Ceará (Ofício n. 2.439/2013, fls. 81) e a Corregedora Geral da Defensoria*

*Pública Geral do Estado do Ceará (Ofício n. 2.440/2013, fls. 82), informando a existência, naquela ocasião, de 39 (trinta e nove) ações penais públicas nesta Vara Criminal aguardando apenas os memoriais da Defensoria Pública, dentre elas 13 (treze) encontrando-se inertes desde o ano de 2012, conforme planilha de fls. 84/86.*

*Todavia, a despeito de terem sido formalmente solicitadas medidas administrativas necessárias à correção da dificuldade ora assinalada, a Defensoria Pública Geral e a Corregedoria Geral da Defensoria Pública não se manifestaram, estando o referido processo, até o presente momento, sem alegações finais de defesa.*

Ocorre que a este Juízo cabe garantir a marcha regular do processo, impedindo que a entrega da prestação jurisdicional se subordine ao interesse exclusivo de membro da Defensoria Pública, pelo que deve assegurar ao acusado o direito à defesa técnica, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal e do art. 261 do Código de Processo Penal.

Logo, não cabendo à defensoria dativa o poder de plena discricionariedade sobre a defesa penal, importa notar que a inércia desta última não deve resvalar sobre o acusado, a quem não cabe suportar preclusões processuais por deficiência da prestação da defesa do Estado.

Em sendo o Estado Democrático Social inativo, cumpre ao magistrado destituir o defensor e comunicar a instituição respectiva, a fim de que sejam tomadas as medidas sancionadoras, impondo-se, ainda, o dever de assegurar ao réu a defesa técnica.

Dessa forma, outra solução não cabe a este Juízo a não ser a nomeação de advogado dativo inscrito na OAB para patrocinar a defesa do delatado, não restando evidenciado, no caso, qualquer tipo de cerceamento de defesa, muito pelo contrário, o que se busca, aqui, é garantir o contraditório [...] (grifei).

A intimação a que se refere a decisão, ao compulsar a fl. 55 dos autos (e-STJ fl. 61), foi de fato realizada em audiência, o que atrairia, *ictu oculi*, a aplicação do recurso especial repetitivo outrora mencionado.

No entanto, não se está aqui a discutir o *dies a quo* – como preconiza o *REsp* n. 1.349.935/SE – para a apresentação de alegações finais, que seria a partir da data da entrega dos autos no respectivo órgão. No caso vertente, malgrado conste que a defesa tenha sido intimada em audiência, esta se *manteve inerte por quase um ano*, sendo que somente em 24.6.2013 o juízo diligenciou no sentido de *oficiar tanto a Defensora Pública Geral quanto a Corregedora-Geral da Defensoria Pública*, ofícios esses infrutíferos, pois ainda assim não foram apresentadas alegações finais em favor do ora paciente, tendo o juízo procedido à nomeação de defensor dativo para tal desiderato.

A questão, a meu ver, não se limita à ausência de intimação pessoal – com remessa dos autos – para que só assim fosse deflagrado o início do prazo para apresentação de memoriais.

*O que está em jogo, ao revés, é o próprio direito de defesa conspurcado pela desídia pontual da Defensoria, que, ferindo a própria razoabilidade, ficou-se inerte por quase um ano sem nenhuma manifestação a contento, mesmo após ter sido intimada em audiência e ante as tentativas de provocação dos órgãos superiores por meio de ofícios. “A defesa, no âmbito do processo penal, deve ser a mais completa possível, garantindo-se que, em todas as fases, o acusado, ainda que revel, esteja devidamente representado por defensor que zele pela regularidade dos procedimentos, requerendo o que for de direito a seu favor” (RMS 49.902/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18.5.2017, DJe 26.5.2017, grifei).*

É cediço que o art. 134 da Constituição da República prevê que a Defensoria Pública é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

Não menos importante, o art. 4º-A da Lei Complementar n. 80/1994 assim dispõe:

Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: (Incluído pela Lei Complementar n. 132, de 2009).

[...]

IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural; (Incluído pela Lei Complementar n. 132, de 2009).

Com efeito, é da sabença de todos o relevante papel constitucional atribuído à Defensoria Pública, a quem compete promover a defesa de forma integral e gratuita. No entanto, a configurada inércia, *de forma pontual*, da Defensoria Pública, *devidamente comprovada*, não pode, *máxime em um juízo de ponderação de princípio constitucionais*, sobrepujar o direito à própria ampla defesa previsto no art. 5º, LV, da Constituição, do qual se extrai que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Como já decidiu esta Corte Superior de Justiça, “*constitui dever do magistrado zelar pela regularidade do andamento do processo, a fim de evitar nulidade processual. Tal dever, principalmente quando voltado para a verificação da efetiva obediência à garantia constitucional do direito ao contraditório e à ampla defesa, não pode ser mitigado, tanto mais diante do entendimento expresso no verbete n. 523 da Súmula da Corte Suprema, que considera nulidade absoluta a falta de defesa, ao que pode se equiparar a resposta insuficiente que, ao fim e ao cabo, implique em ausência de defesa*” (RMS 49.902/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18.5.2017, DJe 26.5.2017, grifei).

É dizer, a defesa dos interesses da parte, pelo defensor público natural, pode, *a depender da hipótese aventada* – como a dos autos – dar azo à substituição do patrono, *sem que isso subverta a condição constitucional da Defensoria Pública*.

A doutrina que perfilha do entendimento sobre a existência de um defensor público natural afirma que, “num primeiro plano, o princípio sedimenta a impessoalidade do serviço jurídico-assistencial público, vedando a prática de condutas discriminatórias em relação aos assistidos – sejam benéficas ou detrimntosas. Dessa forma, a norma protege os destinatários da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, reconhecendo-lhes o direito de serem patrocinados apenas pelo Defensor Público com atribuição legal para atuar no caso, sem qualquer espécie de favoritismos ou perseguições. *Em segundo plano, o princípio assegura que o membro da Defensoria Pública não será arbitrariamente removido do exercício de suas funções institucionais*. Com isso, a norma protege o Defensor Público contra eventuais ingerências políticas que possam maliciosamente tencionar seu afastamento compulsório do órgão, como forma de retaliação ou para obstaculizar o trabalho desenvolvido na defesa dos menos favorecidos” (ESTEVEES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, p. 513, grifei).

Na hipótese dos autos, *não houve uma remoção arbitrária do defensor público, ou seja, não houve uma simples substituição de patrocínio realizada ao alvedrio do Juízo de piso*. Ao revés, como já ressaltado, o juízo foi diligente em envidar todos os esforços antes de “destituir” a Defensoria Pública e nomear defesa dativa, tendo sido formalmente solicitadas medidas administrativas à Defensoria Pública Geral e à Corregedoria Geral da Defensoria Pública, e, ainda assim, a defesa manteve-se inerte.

Nesse sentido já se posicionou a Quinta Turma desta Corte, em hipótese que se amolda ao caso em comento, *in verbis*:

Processo Penal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Defensoria Pública. Função essencial ao estado democrático de direito. Acesso à justiça. Defesa prévia: inovações da Lei n. 11.719/2008. Obrigatoriedade e efetividade da resposta. Ampla defesa e contraditório. Substituição pontual de defensor público por defensor dativo: possibilidade. Inexistência de interferência na independência funcional da Defensoria. Controle judicial para evitar nulidades. Saneamento processual permanente. Ausência de demonstração de prejuízo. Precedentes do STF e do STJ.

1. A instituição da Defensoria Pública é reconhecida pelo art. 134 da CF/1988 como essencial à função jurisdicional do Estado, dado o seu relevante papel na garantia de efetivo acesso à justiça a um sem número de necessitados. Como expressão e instrumento do regime democrático, essa grande Instituição deve promover, fundamentalmente, a orientação jurídica, os direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

2. Nessa linha de raciocínio, é admissível a designação de advogado ad hoc para atuar no feito quando não há órgão de assistência judiciária na comarca ou subseção judiciária, ou se a Defensoria não está devidamente organizada na localidade, havendo desproporção entre os assistidos e os respectivos defensores (RHC n. 106.394/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 08.02.2013 e HC n. 337.754/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 26.11.2015).

3. A Defensoria Pública da União ainda não está aparelhada ao ponto de dispensar-se, no âmbito da Justiça Federal, a atuação dos advogados voluntários e dos núcleos de prática jurídica das universidades até mesmo nas grandes capitais. A desproporção entre os assistidos e os respectivos defensores é evidente!

4. Diante das inovações contidas nos arts. 396, 396-A e 397 da Lei Adjetiva Penal, o caráter obrigatório e a necessidade da efetiva defesa prévia do acusado, que poderá, inclusive, provocar a absolvição sumária nessa fase inicial, não constituem interferência na independência funcional da Defensoria Pública: a) a verificação de que a petição apresentada não traz argumentos mínimos suficientes para a configuração de uma defesa técnica efetiva e eficiente; b) a determinação de que seja ela complementada, tanto mais que o julgador não indica os argumentos a serem desenvolvidos para o bom exercício da defesa do réu.

5. *Constitui dever do magistrado zelar pela regularidade do andamento do processo, a fim de evitar nulidade processual. Tal dever, principalmente quando voltado para a verificação da efetiva obediência à garantia constitucional do direito ao contraditório e à ampla defesa, não pode ser mitigado, tanto mais diante do*

*entendimento expresso no verbete n. 523 da Súmula da Corte Suprema, que considera nulidade absoluta a falta de defesa, ao que pode se equiparar a resposta insuficiente que, ao fim e ao cabo, implique em ausência de defesa. Precedentes.*

6. *Por mais que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido preferência de nomeação da Defensoria Pública para representação do réu incapaz de custear seu próprio patrono (se a Defensoria está devidamente estruturada no local), tal interpretação é passível de uma série de exceções e mitigações e não impede a substituição pontual do Defensor Público por defensor dativo.*

7. Com efeito, o art. 4º-A da Lei Complementar 80/1994 estabelece que são direitos dos assistidos pela Defensoria Pública “o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural” (designação por critérios legais), o que não se confunde com exclusividade do órgão para atuar nas causas em que figure pessoa carente, sobretudo se considerada a atual realidade institucional (HC 123.494, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 16.02.2016, Processo Eletrônico DJe-039 divulg 1º.03.2016 public 02.03.2016).

8. *A defesa, no âmbito do processo penal, deve ser a mais completa possível, garantindo-se que, em todas as fases, o acusado, ainda que revel, esteja devidamente representado por defensor que zele pela regularidade dos procedimentos, requerendo o que for de direito a seu favor. E, com a reforma do Código de Processo Penal, por meio da Lei n. 11.719/2008, a defesa prévia, cuja apresentação anteriormente nem mesmo era obrigatória, passa a ser peça de grande importância, até porque as alegações ali postas podem levar à absolvição sumária do acusado, nos termos do art. 397 do CPP.*

9. *Não há como se reconhecer teratologia na decisão judicial que, após negativa de complementação de defesa prévia apresentada em três linhas de conteúdo genérico, designa pontualmente defensor dativo ao acusado.*

10. Inviável, ademais, o reconhecimento de nulidade sem demonstração de prejuízo (art. 563 da Lei Adjetiva Penal), máxime quando o recorrente não dedicou uma linha sequer das razões de seu recurso para alegar tal prejuízo. Assim, em momento algum, a Defensoria Pública logrou comprovar em que medida o paciente teria sido prejudicado com atuação do advogado dativo, circunstância que reforça a impossibilidade de reconhecimento da eiva suscitada, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal. (RHC 74.841/AC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06.10.2016, DJe 14.10.2016).

11. Eventuais discordâncias pessoais entre os operadores do direito deverão ser resolvidas no âmbito de suas respectivas corregedorias.

12. Recurso a que se nega provimento. (RMS 49.902/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18.05.2017, DJe 26.05.2017, grifei.)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Falsidade ideológica e porte ilegal de arma de fogo (artigo 299, combinado com o artigo 71, ambos do Código Penal, e artigo

14 da Lei n. 10.826/2003). Alegada nulidade da ação penal. Acusado que deixou de indicar advogado de sua confiança. Nomeação de defensor dativo. Pretensão de patrocínio pela Defensoria Pública. Impossibilidade. Constrangimento ilegal não evidenciado. Desprovemento do reclamo.

1. O acusado tem o direito de escolher o causídico que irá patrociná-lo no curso do processo criminal, não se admitindo que esta possibilidade lhe seja suprimida com a simples nomeação de defensor dativo pelo Juízo, sem que antes se oportunize ao réu a indicação de profissional de sua preferência. Precedentes do STJ e do STF.

2. No caso dos autos, o recorrente teve a oportunidade de indicar profissional de sua confiança para patrociná-lo em juízo, o que não fez, não podendo, no curso do processo, exigir que a sua defesa seja realizada unicamente pela Defensoria Pública, notadamente porque, à época em que nomeado advogado para atuar no feito, o membro do referido órgão público lotado na comarca estava em gozo de férias, não se vislumbrando, portanto, qualquer ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

3. Não é razoável que a tramitação da ação penal seja condicionada aos compromissos pessoais das partes ou dos demais órgãos que atuam em juízo, motivo pelo qual não há falar em direito subjetivo à escolha de defensor público ou dativo quando verificada a inércia do acusado em exercer o seu direito de constituir o profissional de sua confiança, conforme lhe garante o artigo 263, caput, do Código de Processo Penal.

4. Recurso improvido. (RHC 35.119/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22.04.2014, DJe 29.04.2014.)

Outro não é o entendimento da Suprema Corte, conforme julgado a seguir colacionado:

*Habeas corpus. Processo Penal. Tráfico de drogas. Defensoria Pública. Defensor público natural. Audiência de instrução. Pedido de redesignação. Ato realizado. Falta de demonstração do efetivo prejuízo. Matéria não arguida oportunamente.* 1. À Defensoria Pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, compete promover a assistência jurídica judicial e extrajudicial aos necessitados (art. 134 da Constituição Federal), sendo-lhe asseguradas determinadas prerrogativas para o efetivo exercício de sua missão constitucional. 2. O art. 4º-A da Lei Complementar 80/1994 estabelece que são direitos dos assistidos pela Defensoria Pública "o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural" (designação por critérios legais), **o que não se confunde com exclusividade do órgão para atuar nas causas em que figure pessoa carente, sobretudo se considerada a atual realidade institucional.** 3. No caso, o indeferimento do pedido de adiamento de audiência designada não configura cerceamento de defesa, pois, à falta de defensor público disponível para atuar na defesa técnica

do paciente, foi-lhe constituído advogado particular, que exerceu seu mister com eficiência e exatidão, precedido de entrevista reservada e privativa com o acusado. 4. Ademais, à luz da norma inscrita no art. 563 do Código de Processo Penal, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional. Questão, outrossim, suscitada a destempo, após a prolação de sentença condenatória. 5. Ordem denegada. (HC 123.494, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 16.02.2016, DJe 02.03.2016, grifei.)

Passo a analisar o argumento defensivo referente à tese de nulidade ante a ausência de intimação pessoal do réu para constituir novo patrono. Contudo, não verifico eiva capaz de macular o feito.

Transcrevo excerto do que ficou decidido na origem quanto ao tema (excerto extraído do sítio eletrônico do Tribunal de origem):

Por outro lado, também não houve desrespeito à regra do art. 263 do CPP, que confere ao acusado o direito de nomear, a qualquer tempo, advogado de sua confiança.

O Réu/Paciente ostenta a condição de revel no processo (p. 57), razão pela qual não havia a obrigatoriedade de que fosse intimado para constituir novo advogado, conforme preceitua o art. 367 do CPP, inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade na nomeação do defensor dativo para dar prosseguimento ao feito independentemente de sua intimação.

Conforme consignado pela Corte de origem, a nulidade não estaria caracterizada porquanto se trata de réu revel, o que dispensa a obrigatoriedade de intimação.

Nesse sentido os seguintes julgados desta Corte:

*Habeas corpus*. Receptação qualificada e adulteração de sinal identificador de veículo automotor. *Writ* substitutivo de recurso especial. Falta de cabimento. Pretensão de anulação da ação penal. (I) Ausência de oportunização da apresentação de defesa prévia à época em que era prevista. Nulidade relativa. Ausência de indicação em momento oportuno e demonstração do indispensável prejuízo. Coação ilegal manifesta. Inexistência. (II) Fuga do estabelecimento prisional. Ausência de comparecimento aos atos processuais. Decretação da revelia. Ausência de ilegalidade. (III) Falta de intimação do réu para constituição de defensor de sua preferência. Consequência da revelia. Constrangimento ilegal. Ausência.

[...]

3. O Tribunal *a quo* consignou que o paciente havia se evadido do estabelecimento prisional em que estava segregado cautelarmente, em razão da ação penal, não tendo comparecido aos atos processuais desde então. Tais circunstâncias se mostram capazes de justificar a decretação da revelia.

4. *A ausência de intimação do réu para a constituição de defensor de sua preferência é consequência do fato de ser considerado revel na ação penal, razão pela qual não se verifica ilegalidade.*

5. *Writ não conhecido. (HC 341.181/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15.12.2016, DJe 02.02.2017, grifei.)*

Agravo regimental em *habeas corpus*. *Writ* substitutivo de recurso próprio e ausência de ilegalidade flagrante tendente a possibilitar a concessão da ordem de ofício. Associação e tráfico de drogas. Lavagem de dinheiro. Alegação de nulidades. Oitiva de testemunhas da defesa perante o juízo deprecado. Ausência do defensor constituído e não nomeação de defensor *ad hoc*. Defesa devidamente intimada da expedição da respectiva carta precatória. Nulidade relativa. Não comprovação do efetivo prejuízo. Recebimento de alegações finais apresentadas por defensor dativo destituído e falta de intimação pessoal do réu revel por rogatória. Inocorrência. Intimação editalícia para constituição de novo patrono. Transcurso *in albis* do prazo. Nova nomeação de defensor dativo. Alegações não apresentadas oportunamente e ventiladas apenas após o trânsito em julgado. Decisão mantida.

I - Das razões recursais infere-se que não foram apresentados fundamentos capazes de ensejar a desconstituição da decisão agravada, devidamente fundamentada.

II - A negativa de seguimento encontra-se fundamentada na impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio, após a alteração do entendimento acerca do cabimento do *writ*, adotada pela 1ª Turma do Pretório Excelso (HC's n. 109.956/PR e 104.045/RJ), bem como pela ausência de ilegalidade tendente a possibilitar a concessão da ordem de ofício.

III - Tratando-se de nulidade meramente relativa, uma vez que o defensor do paciente foi devidamente intimado da expedição da carta precatória, para a oitiva das testemunhas, seu reconhecimento depende da correlata comprovação do efetivo prejuízo, conforme o princípio do *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal. Precedentes das Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte.

IV - *Não verificada a ocorrência de qualquer nulidade, tendo em vista que a decretação da revelia induz a dispensa da intimação pessoal do Réu para qualquer ato do processo, exceto da sentença de pronúncia, que não é a hipótese dos autos. Precedentes desta 5ª Turma.*

V - Nulidades não arguidas em momento oportuno, e apresentadas após o trânsito em julgado da condenação.

VI - Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 219.652/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 18.06.2014, DJe 1º.07.2014, grifei.)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Paciente condenado a 12 de reclusão, pelo delito de atentado violento ao pudor (art. 214 c/c art. 224, a, ambos do CPB), vedado o apelo em liberdade. Réu revel. Ausência de defesa. Magistrado de primeiro grau que determinou a nomeação de defensor dativo para a apresentação de alegações finais, ante o abandono da causa pelo advogado constituído. Nulidade inexistente. Parecer do MPF pelo não provimento do recurso. Recurso ordinário desprovido.

1. Inexiste irregularidade a ser sanada, pois o Magistrado de primeiro grau determinou a nomeação de Defensor dativo para o recorrente para apresentação de alegações finais, ante o abandono da causa pelo advogado constituído.

2. Parecer do MPF pelo não provimento do recurso.

3. Recurso Ordinário desprovido. (RHC 22.396/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 19.11.2009, DJe 1º.02.2010.)

Ademais, na hipótese vertente, não há falar no prejuízo necessário para o reconhecimento da nulidade, nos moldes do que preconiza o art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual não se declara a nulidade de ato processual sem que haja efetiva demonstração de prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*, pois, malgrado ter a Defensoria Pública sido “destituída”, o Juiz de primeiro grau, ato contínuo, nomeou defensor dativo para apresentar alegações finais em favor do então acusado, razão pela qual se afasta a tese de ofensa ao cerceamento de defesa.

Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci, “a forma prescrita em lei para a concretização de um ato processual não é um fim em si mesma, motivo pelo qual, se a finalidade para a qual se pratica o ato for atingida, inexistente razão para anular o que foi produzido” (Código de Processo Penal Comentado. 15 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 1.154).

Por fim, quanto ao pleito de declaração de nulidade do processo por deficiência da defesa técnica, em virtude da ausência de discussão sobre a prova e sobre o mérito da causa pela defesa dativa (e-STJ fl. 10), tem-se que a jurisprudência assentou-se no entendimento de que apenas a ausência de defesa, ou situação equivalente, com prejuízo demonstrado, é apta a macular a prestação jurisdicional, na forma

do que preconiza o enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Nesse sentido, confirmam-se:

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Falta de cabimento. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Alegação de deficiência na defesa técnica. Alegações vagas e genéricas. Ausência de comprovação de prejuízo. Entendimento da Corte local quanto à legalidade do julgamento. Conclusão inversa. Reexame de provas. Inexistência de constrangimento ilegal.

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

2. Analisando o acórdão hostilizado, não se verifica que o paciente tenha sido defendido de maneira insuficiente, porquanto em plenário, tanto a defesa como a acusação puderam manifestar as respectivas teses.

3. Por outro lado, inexistente demonstração de prejuízo para o paciente que justifique a nulidade da sentença, quanto à insuficiência em sua defesa, mas sim alegações vagas e genéricas, mostrando o inconformismo por parte do impetrante, a respeito do trâmite processual e o resultado do julgamento, que parece ter corrido de forma normal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 347.032/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08.11.2016, DJe 21.11.2016.)

*Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Citação por edital. Alegação de vício. Questão não alegada no momento próprio. Preclusão. Deficiência de defesa. Súmula 523/STF. Recurso em sentido estrito. Ausência de razões. Nulidade. Inexistência de prejuízo. Julgamento pelo Júri. Fases superadas.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, notadamente porque as hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a apelos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. *In casu*, inexistente manifesta ilegalidade a ser reconhecida, sobretudo porque a nulidade com relação à citação não foi arguida em momento oportuno.

3. Transcorrido o prazo recursal para impugnar o julgamento do recurso em sentido estrito, bem assim, sobrevindo o julgamento do Conselho de Sentença, não se mostra possível reconduzir discussão acerca de nulidades pretéritas.

4. Segundo reiterado entendimento jurisprudencial albergado na Súmula 523 do STF, a alegada deficiência de defesa técnica, para o fim de anular o processo, deve demonstrar o efetivo prejuízo, o que, na espécie, não se comprova.

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 345.732/GO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17.03.2016, DJe 31.03.2016.)

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

---

#### **HABEAS CORPUS N. 416.765-MS (2017/0238611-0)**

---

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Relator para o acórdão: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Paciente: L P

---

#### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Art. 217-A Código Penal. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta da conduta e periculosidade social do paciente. Motivação idônea. Ordem denegada.

1. Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

2. Na espécie, a segregação provisória encontra-se devidamente motivada, uma vez que destacou o Tribunal *a quo* o *modus operandi* do

crime, revelador da gravidade concreta da conduta e da periculosidade social do paciente, já que ele, nos dizeres do acórdão, “abusou sexualmente de sua filha N. (atos libidinosos consistentes em sexo oral e carícias nos órgãos genitais, além de conjunção carnal), por mais de dois anos, ou seja, no período compreendido entre janeiro de 2011 a setembro de 2013, dos 11 aos 14 anos de idade dela” e que “os abusos ocorriam diariamente, no período noturno, e, mesmo depois de separado da genitora da vítima e convivendo com outra mulher, [...] vinha até a residência da filha para manter relações sexuais com ela, nos períodos em que ela estava sozinha”.

3. Não bastasse tudo isso e a ênfase dada à prática reiterada da conduta imputada ao paciente – que teria perdurado por mais de dois anos –, o *decisum* da origem invoca, ainda, a contumácia delitiva do paciente, que possui antecedentes criminais, cabendo ressaltar as afirmações contidas no acórdão dos embargos infringentes no sentido da necessidade de se preservar a incolumidade da vítima, “eis que o réu é seu pai, com acesso franqueado àquela, tornando-se inviável sua manutenção em liberdade” e de que o paciente “cumpriu pena por ter sido condenado pela prática dos crimes descritos nos artigos 129, § 9º, e 147, do Código Penal”.

4. Portanto, a custódia preventiva está justificada na necessidade de garantia da ordem pública ante a gravidade concreta da conduta, periculosidade social do paciente e sua renitência criminosa. Ademais, não raras vezes se tem conhecimento de imputações da prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal permeadas de situações sinuosas, de inverdades e de criações fantasiosas. Assim, formado o convencimento mínimo, que, em casos como tais, só se alcança após certo decurso de tempo – até mesmo por questões de prudência –, é de se requerer a constrição do réu que, presentes os requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, deve ser decretada pelo juízo.

5. *Habeas Corpus* denegado.



## 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

maioria, denegar a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Sebastião Reis Júnior. Votaram com o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

---

DJe 3.4.2018

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, no qual busca-se a revogação da prisão preventiva decretada pelo Tribunal *a quo* sob a alegativa de não estarem presentes os requisitos autorizadores.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime tipificado no art. 217-A do CP sendo que, por não ter sido citado em virtude de estar em lugar incerto ou não sabido, teve suspenso o processo e prazo prescricional na forma do art. 366 do CPP, conforme decisão acostada às fls. 140/141, que indeferiu pedido ministerial quanto à decretação da prisão preventiva por não vislumbrar presentes os requisitos ensejadores da custódia em especial em face do transcurso de mais de 3 anos da data dos fatos bem como por não se admitir a prisão processual em face do paciente não ter sido encontrado uma vez que não se confunde com a fuga do distrito da culpa.

Inconformado com a decisão primeva, o *Parquet* interpôs recurso em sentido estrito que, por maioria, foi provido para decretar a prisão preventiva conforme acórdão que conta com a seguinte ementa (fls. 197/206):

Recurso em sentido estrito. Estupro de vulnerável. Suspensão do processo e do curso prescricional, sem decretação de prisão preventiva. Recurso ministerial. Prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Presença de pressuposto da prisão cautelar. Recurso provido.

Diante da prova da materialidade, indícios de autoria, bem como a necessidade de garantir a ordem pública, ante a reiteração delitiva específica e a periculosidade do agente, que possui antecedentes criminais e praticou por vários anos atos libidinosos e conjunção carnal contra a filha criança, deve ser decretada a sua prisão preventiva.

Por sua vez, a Defensoria Pública manejou embargos infringentes na tentativa de fazer prevalecer o voto-vencido ao qual se negou provimento, mantendo o decreto prisional, conforme a seguinte ementa (fls. 273/284):

Embargos infringentes em recurso em sentido estrito. Estupro de vulnerável. Continuidade delitiva. Agente é pai da vítima. Artigo 217-A, *caput*, c/c artigo 226, d, do Código Penal. Artigo 71, do Código Penal. Prisão preventiva Indícios de autoria. Materialidade comprovada. Ofensa à ordem pública. Instrução criminal em risco. Requisitos autorizadores (artigos 312 e 313 do CPP) Manutenção da custódia cautelar. Agente com franco acesso à vítima. Réu com condenação transitada em julgado por violência doméstica. Embargos rejeitados.

I - O decreto dc prisão preventiva escora-se em alicerces bastantes robustos, haja vista os indícios de autoria e comprovação da materialidade, além de existência de vilipêndio à ordem pública e à conveniência da instrução processual.

II - Trata-se de crime de estupro praticado, em tese, contra criança (filha do réu), e, em que pese a segregação cautelar ser medida excepcional, ajusta-se à hipótese dos autos, haja vista o disposto no Relatório Psicossocial dc fls. 106/111. Os abusos teriam persistido até a vítima alcançar 12 (doze) anos.

III - O artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, tutela da dignidade da pessoa humana, no que concerne a sua liberdade e integridade sexual, bem como a sua honra c incolumidadc psíquica, sem olvidar da proteção da moralidade pública.

IV - A presunção de inocência é compatível com a prisão processual, eis que não impõe a antecipação da pena, haja vista não derivar do reconhecimento da culpabilidade, mas sim da necessidade de se ver garantida da ordem pública, a instrução criminal c/ou a aplicação da lei penal, razão pela qual não se há dc cogitar em violação de tal presunção.

V - Não é demais rememorar que ostenta condenação transitada em julgado por violência doméstica, reforçando a imprescindibilidade da segregação.

VI - Embargos rejeitados. Com o parecer da PGJ

Inconformada com a manutenção do decreto prisional, impetra a defesa o presente remédio heróico sustentando, em síntese, que o paciente está submetido a constrangimento ilegal pois inexistentes os requisitos legais previstos no art. 312 do CPP notadamente em face da ausência de contemporaneidade da medida extrema aos fatos imputados ao paciente, ocorridos entre janeiro de 2011 e setembro de 2013, o que infirma a necessidade da constrição cautelar uma vez que, após este período, não se noticiou qualquer outro ilícito contra o paciente

Acrescenta que o acórdão objurgado, ao decretar a prisão processual do paciente, em verdade está antecipando sua pena sem o devido processo legal,

cerceando seu direito de ir e vir por decisão carente de fundamentação idônea que fere de morte o art. 93, IX da Carta da República.

*Alega que a liberdade do paciente não oferece perigo à sociedade, à instrução criminal, nem à efetiva aplicação da lei penal que não pode ser invocada somente porque o mesmo não foi encontrado para responder aos termos da exordial acusatória.*

Por fim, pugna pelo deferimento da liminar, para imediata expedição de contramandado de prisão, ainda que com imposição de outras medidas cautelares alternativas na forma do art. 319 do CPP.

Na origem, a ação penal n. 00464149220138120001/MS está suspensa desde 5.10.2016, mesma data em que foi concedida liberdade provisória ao paciente, tendo sido interposto recurso em sentido estrito pelo *Parquet*, que foi provido para decretar a prisão do acusado, conforme informações eletrônicas disponíveis em 1º.12.2017.

É o relatório.

#### **VOTO VENCIDO**

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): O acórdão objurgado, proferido no julgamento dos embargos infringentes, assim fundamentou a prisão preventiva (fls. 282/284):

[...]

Confrontados os votos, com a devida vênia, comungo do mesmo entendimento esposado pelo condutor.

*Trata-se de crime de estupro praticado, em tese, contra criança, e, em que pese a segregação cautelar ser medida excepcional, ajusta-se à hipótese dos autos, haja vista o disposto no Relatório Psicossocial de fls. 106/111.*

*Os abusos teriam persistido até a vítima alcançar 12 (doze) anos.*

*Logo, presente o fumus commissi delicti, caracterizado pela comprovação da existência de indícios suficientes de autoria e da materialidade.*

O *periculum libertatis* também restou evidenciado no voto condutor, posto consistir em delito gravíssimo, que causa grande repercussão e clamor na sociedade, inserido no rol dos delitos hediondos, tipificados no art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990.

Eis o magistério do professor Fernando Capez a respeito do assunto:

[...]

Na mesma senda, o novo dispositivo penal, contido no art. 217-A, § 1º, do Código Penal, possui como alicerce de uma maior severidade e rigidez, a necessidade de coibir, como bem diz a rubrica do Título VI, do Código Penal, qualquer ato “contra a dignidade sexual”.

Logo, a prisão preventiva se justifica pela presença dos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, além da aplicação do artigo 313, *caput* e inciso I, do mesmo diploma legal, já que o delito em tela é doloso e punido com pena de reclusão máxima superior a 04 (quatro) anos.

Garante-se, também, a ordem pública e a incolumidade da vítima, eis que o réu é seu pai, com acesso franqueado àquela, tornando-se inviável sua manutenção em liberdade.

Como ensina o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

[...]

*O embargante, ainda, cumpriu pena por ter sido condenado pela prática dos crimes descritos no artigo 129, § 9º, c 147, do Código Penal (0028109-26.2014.8.12.0001.)*

Não é demais lembrar, que, no voto condutor, determinou-se:

(...) Prevalendo este voto, expeça-se o competente mandado de prisão, devendo nele constar os endereços de fls. 56. Determino, ainda, que o magistrado, antes de enviar os autos para o arquivo provisório, diligencie também nos endereços de fls. 56, a fim de tentar citar pessoalmente o ora recorrido (Rua Porto dos Gaúchos, 558, Bairro São Jorge da Lagoa e Rua Brilhante, 1988, Bairro Nova Bandeirantes, ambos nesta Capital).

*No caso dos autos, a garantia da ordem pública está mais que justificada no longo período de abusos praticados repetidas vezes, de modo que a prisão preventiva justifica-se para evitar o cometimento de novos delitos, face a sua predisposição para a prática de crimes desta natureza.*

A conveniência da instrução processual também justifica a segregação cautelar, na medida em que a prova dos autos poderá ser produzida sem qualquer possibilidade de intervenção do réu e, por isso, terá mais utilidade ao processo.

Não obstante, a prisão preventiva também se faz necessária para garantir a aplicação da lei penal, haja vista que o representado ainda não se apresentou.

Nestes termos, a prisão preventiva mostra-se necessária diante da extrema gravidade do delito, que clama por uma resposta imediata do Judiciário, pois, além de se tratar de crime hediondo, trás inúmeros prejuízos psicológicos para as vítimas e toda a família.

Presentes, portanto, os pressupostos que autorizam o decreto preventivo.

Ante ao exposto, com o parecer, nego provimento aos embargos.

Como se vê, integra a decisão de prisão fundamento concreto, explicitado na periculosidade do acusado, consistente na reiteração delitiva pois, como bem asseverado pelo acórdão objurgado, *o embargante, ainda, cumpriu pena por ter sido condenado pela prática dos crimes descritos no artigo 129, § 9º, c 147, do Código Penal (0028109-26.2014.8.12.0001.)* o que constitui base empírica idônea para a decretação da mais gravosa cautelar penal.

Esta Corte tem compreendido que a periculosidade do acusado, evidenciada na reiteração delitiva, constitui motivação idônea para o decreto da custódia cautelar, como garantia da ordem pública. Nesse sentido: HC n. 286.854/RS – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Felix Fischer – DJe. 1º.10.2014; RHC n. 48.002/MG – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 4.8.2014; RHC n. 44.677/MG – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 24.6.2014.

Por outro lado, conforme bem asseverado pelo voto-vencido que negava provimento ao recurso ministerial e pela combativa defesa, em que pese não se desconhecer a gravidade concreta do delito imputado ao paciente, tratando-se de estupro contra a própria filha que justificaria a prisão processual, em face do abuso de confiança, tenho que a medida extrema se mostra extemporânea aos fatos que cessaram há mais de três anos o que afasta a possibilidade da constrição por este fundamento.

Pacífico é o entendimento de que a urgência intrínseca às cautelares, notadamente à prisão processual, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende com a prisão evitar: HC 214.921/PA – 6ª T – unânime – Rel. Min. Nefi Cordeiro – DJe 25.03.2015; HC 318.702/MG – 5ª T – unânime – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJe 13.10.2015.

Deste modo, a falta de contemporaneidade do delito imputado ao paciente e a inoportunidade de fatos novos a justificar, nesse momento, a necessidade de segregação, torna a prisão preventiva ilegal, por não atender ao requisito essencial da cautelaridade.

Ante o exposto, voto por conceder o *habeas corpus*, para a soltura do paciente, L P, sem prejuízo de nova e fundamentada decisão de necessária medida cautelar penal, inclusive menos grave que a prisão, esta última com fundamento exclusivo em fatos novos.

### VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de L. P., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Recurso em Sentido Estrito n. 0046414-92.2013.8.12.0001).

Consta dos autos ter sido o paciente denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, pois teria, no período compreendido entre janeiro de 2011 até setembro de 2013, abusado sexualmente de sua filha menor (e-STJ fls. 11/13).

Irresignado com o indeferimento do pleito de decretação da prisão preventiva do paciente, o Ministério Público estadual ingressou com recurso em sentido estrito no Tribunal de origem, o qual, por maioria, foi provido nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 197):

Ementa. Recurso em sentido estrito. Estupro de vulnerável. Suspensão do processo e do curso prescricional, sem decretação de prisão preventiva. Recurso ministerial. Prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Presença de pressuposto da prisão cautelar. Recurso provido.

Diante da prova da materialidade, indícios de autoria, bem como a necessidade de garantir a ordem pública, ante a reiteração delitiva específica e a periculosidade do agente, que possui antecedentes criminais e praticou por vários anos atos libidinosos e conjunção carnal contra a filha criança, deve ser decretada a sua prisão preventiva.

Os embargos infringentes interpostos foram rejeitados. Eis a ementa do aludido julgado (e-STJ fl. 273):

Ementa. Embargos infringentes em recurso em sentido estrito. Estupro de vulnerável. Continuidade delitiva. Agente é pai da vítima. Artigo 217-A, *caput*, c/c artigo 226, II, do Código Penal. Artigo 71, do Código Penal. Prisão preventiva. Indícios de autoria. Materialidade comprovada. Ofensa à ordem pública. Instrução criminal em risco. Requisitos autorizadores (artigos 312 e 313 do CPP). Manutenção da custódia cautelar. Agente com franco acesso à vítima. Réu com condenação transitada em julgado por violência doméstica. Embargos rejeitados.

I - O decreto de prisão preventiva escora-se em alicerces bastantes robustos, haja vista os indícios de autoria e comprovação da materialidade, além de existência de vilipêndio à ordem pública e à conveniência da instrução processual.

II - Trata-se de crime de estupro praticado, em tese, contra criança (filha do réu), e, em que pese a segregação cautelar ser medida excepcional, ajusta-se à

hipótese dos autos, haja vista o disposto no Relatório Psicossocial de fls. 106/111. Os abusos teriam persistido até a vítima alcançar 12 (doze) anos.

III - O artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, tutela da dignidade da pessoa humana, no que concerne a sua liberdade e integridade sexual, bem como a sua honra e incolumidade psíquica, sem olvidar da proteção da moralidade pública.

IV - A presunção de inocência é compatível com a prisão processual, eis que não impõe a antecipação da pena, haja vista não derivar do reconhecimento da culpabilidade, mas sim da necessidade de se ver garantida da ordem pública, a instrução criminal e/ou a aplicação da lei penal, razão pela qual não se há de cogitar em violação de tal presunção.

V - Não é demais rememorar que ostenta condenação transitada em julgado por violência doméstica, reforçando a imprescindibilidade da segregação.

VI - Embargos rejeitados. Com o parecer da PGJ.

No presente *writ*, sustentou a impetrante inexistir motivação idônea para as custódias antecipadas, visto que não foi apontada, concretamente, a presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, destacando a ausência de contemporaneidade entre os fatos imputados ao paciente – ocorridos entre janeiro de 2011 e setembro de 2013 – e a ordem de prisão emanada do Tribunal *a quo*, notadamente porque após os referidos fatos não há notícia de nenhum ilícito praticado pelo paciente.

Aduziu que a circunstância de o paciente não ter sido encontrado para responder à acusação a ele dirigida não pode justificar a prisão com fundamento na necessidade de aplicação da lei penal.

Buscou, assim, a revogação da prisão preventiva, ainda que mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas.

O relator, Ministro Nefi Cordeiro, encaminhou o seu voto no sentido de conceder a ordem em razão (a) da ausência de contemporaneidade entre os fatos e o decreto prisional e (b) da inexistência de fatos novos justificadores da segregação antecipada.

Pois bem. *Ouso divergir do ilustre relator.*

Como cediço, o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, sendo vedado o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

Consoante relatado acima, o Juízo de primeiro grau indeferiu o pleito de prisão formulado pelo Ministério Público estadual, o que motivou a interposição de recurso em sentido estrito pelo órgão de acusação, o qual foi provido, por maioria, para decretar a prisão preventiva do paciente. Do voto prevalente se extrai o seguinte (e-STJ fls. 198/204):

O presente recurso merece provimento.

Consta na denúncia que, no período compreendido entre janeiro de 2011 até setembro de 2013, não se podendo precisar os dias e o horário, [...] o denunciado [...] praticou conjunção carnal com sua filha, a vítima N. O. P., nascida em 06.08.1999.

Consta, ainda, que o denunciado abusou sexualmente da infante em diversas ocasiões, abuso este consistente em manter relação sexual com sua própria filha.

O recorrido foi denunciado por infração ao art. 217-A c/c art. 226, II, do Código Penal.

O magistrado indeferiu o pedido de prisão preventiva do recorrido, pelos seguintes motivos, *in verbis* (fls. 130-131):

[...]

*Entendo que estão presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, já que há provas da materialidade e fortes indícios de autoria do delito, bem como a necessidade de garantir a ordem pública.*

*Consta nos autos que o recorrido L. abusou sexualmente de sua filha N. (atos libidinosos consistentes em sexo oral e carícias nos órgãos genitais, além de conjunção carnal), por mais de dois anos, ou seja, no período compreendido entre janeiro de 2011 a setembro de 2013, dos 11 aos 14 anos de idade dela.*

*Consta, ainda, que os abusos ocorriam diariamente, no período noturno, e, mesmo depois de separado da genitora da vítima e convivendo com outra mulher, o recorrido vinha até a residência da filha para manter relações sexuais com ela, nos períodos em que ela estava sozinha.*

A palavra da vítima, em tese, veio corroborada pelas declarações das testemunhas (fls. 23-24, 27-28, 40-41), laudo de exame de corpo de delito - conjunção carnal (fls. 33-34) e relatório social/psicológico (fls. 106-111).

*Ademais, o recorrido possui antecedentes criminais (fls. 96-97) e, como dito, reiterou na prática delituosa por vários anos, não sendo totalmente improvável a possibilidade de voltar a perpetrar os abusos contra a vítima.*

Sobre o tema ensina Nucci (*in* Código de Processo Penal Comentado, 9ª edição, p. 627):

[...]

*Com efeito, a reiteração criminosa causa tormento à sociedade, ainda mais em se tratando de crimes contra a vida.*

Isto, por si só, legitima a prisão preventiva, diminuindo o sentimento de impunidade que se destaca no cenário nacional, dando maior credibilidade às instituições e garantindo a ordem pública.

A definição do que necessariamente seja “ordem pública” passa pela construção de fundamentos. Dessa forma, surgiram basicamente sete interpretações dadas à expressão “ordem pública”, quais sejam: 1) reiteração da prática criminosa; 2) periculosidade do agente; 3) gravidade do delito; 4) caráter hediondo do crime; 5) repercussão social do fato; 6) credibilidade da justiça; e, finalmente, 7) clamor social, público ou popular.

Dessas interpretações dadas à expressão “ordem pública”, a que encontra maior acolhida é a referente à reiteração da prática criminosa. E é justamente dela que ousamos discorrer.

Com efeito, a necessidade de se impedir a continuidade do indiciado ou acusado na prática criminosa é, certamente, o argumento mais utilizado e, na mesma medida, o mais aceito como motivação para a prisão preventiva decretada com o desiderato de se resguardar a ordem pública.

Em inovadora para os padrões da época, Basileu Garcia já afirmava ser tal argumento aceitável, aduzindo que:

[...]

Cumpre salientar, ainda, que a prisão preventiva em tela está de acordo com o requisito contido no art. 313, inciso I, do CPP, pois trata-se de crime doloso punido com pena privativa de liberdade superior a 04 anos e que a imposição de medidas cautelares diversas da prisão se revelariam inadequadas e insuficientes diante da gravidade dos fatos.

*Conclusão*

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial, a fim de decretar a prisão preventiva de [...]. (Grifei.)

No meu entender, a segregação provisória encontra-se devidamente motivada, uma vez que destacou o Tribunal *a quo* o *modus operandi* do crime, revelador da gravidade concreta da conduta e da periculosidade social do paciente, já que ele, nos dizeres do acórdão, *“abusou sexualmente de sua filha N. (atos libidinosos consistentes em sexo oral e carícias nos órgãos genitais, além de conjunção carnal), por mais de dois anos, ou seja, no período compreendido entre janeiro de 2011 a setembro de 2013, dos 11 aos 14 anos de idade dela”* e que *“os abusos ocorriam diariamente, no período noturno, e, mesmo depois de separado da genitora da vítima e convivendo com outra mulher, [...] vinha até a residência da*

*filha para manter relações sexuais com ela, nos períodos em que ela estava sozinha”* (e-STJ fl. 200, grifei).

Não bastasse tudo isso e a ênfase dada à prática reiterada da conduta imputada ao paciente – que teria perdurado por mais de dois anos –, o *decisum* da origem invoca, ainda, *a contumácia delitiva do paciente, que possui antecedentes criminais, cabendo ressaltar as afirmações contidas no acórdão dos embargos infringentes no sentido da necessidade de se preservar a incolumidade da vítima, “eis que o réu é seu pai, com acesso franqueado àquela, tornando-se inviável sua manutenção em liberdade” e de que o paciente “cumpriu pena por ter sido condenado pela prática dos crimes descritos nos artigos 129, § 9º, e 147, do Código Penal (0028109-26.2014.8.12.0001)”* – e-STJ fl. 283, grifei.

Portanto, mostra-se incólume de dúvidas que a custódia preventiva está justificada na necessidade de garantia da ordem pública ante a gravidade concreta da conduta, a periculosidade social do paciente e sua renitência criminosa.

A propósito do assunto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça optou por entendimento de que o risco à ordem pública se constata, em regra, pela reiteração delituosa e/ou pela gravidade concreta do fato, sendo que, como visto, ambas se mostram presentes na espécie.

Em casos análogos, esta Corte assim decidiu:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Estupro de vulnerável. Prisão preventiva. Gravidade concreta. Garantia da ordem pública.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração do que consiste o *periculum libertatis*.

2. No caso, o decreto de prisão preventiva fez referência à gravidade concreta do delito, evidenciada pelo fato de o paciente, pai da vítima, menor de quatorze anos de idade, ser acusado de tê-la estuprado, por diversas vezes, ameaçando-a caso contasse para alguém. Consta ainda da decisão que a ação delitiva ocorria nos finais de semana em que a menor ficava com seu pai, oportunidade em que a submetia à prática de conjunção carnal e sexo oral, tudo a evidenciar a alta reprovabilidade da conduta e, por conseguinte, a periculosidade do agente. Assim, a segregação cautelar faz-se necessária como forma de acautelar a ordem pública.

3. Ordem denegada.

(HC 413.545/SC, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 03.10.2017, DJe 09.10.2017, grifei)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Estupro de vulnerável. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta do delito. Crime praticado pelo genitor ensejando a gravidez da vítima. Fundamentação idônea. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Habeas corpus* não conhecido.

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

2. *No caso dos autos, as instâncias ordinárias destacaram a necessidade da custódia cautelar para garantia da ordem pública, ante a gravidade concreta da conduta delituosa, demonstrando a periculosidade do agente, que, na posição de pai da vítima (que contava treze anos na data dos fatos), a teria constrangido a praticar atos libidinosos, ensejando a sua gravidez.*

3. Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis ao agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representam óbice, por si sós, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 369.486/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14.02.2017, DJe 17.02.2017, grifei)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Estupro de vulnerável. Prisão preventiva. Indícios suficientes da autoria e prova da materialidade. Presença. Inviabilidade de exame na via eleita. Segregação fundada no art. 312 do CPP. Circunstâncias do delito. Gravidade acentuada da conduta. Periculosidade social do envolvido. Genitor da vítima que praticou abusos sexuais que perduraram por vários anos. Proteção à integridade física e psíquica do ofendido. Custódia fundamentada e necessária. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Coação ilegal ausente. Reclamo improvido.

1. Para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da materialidade ou da autoria delitivas, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta última e comprovação da existência do crime.

2. A análise acerca da negativa de cometimento dos delitos é questão que não pode ser dirimida em sede de recurso ordinário em *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas a serem produzidas no curso da instrução criminal, vedado na via sumária eleita.

3. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a preservação da custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, dada a gravidade diferenciada da conduta incriminada.

4. *Caso em que o recorrente restou denunciado pela prática de estupro de vulnerável, em que, aproveitando-se da confiança sobre si depositada - uma vez que*

*era pai do menor -, praticou com ele atos libidinosos diversos da conjunção carnal, impingindo-lhe, ainda, agressões de natureza física e moral, sendo de relevo destacar que os delitos perduraram por vários anos.*

5. A necessidade de proteger a integridade física e psíquica do ofendido e de cessar a reiteração dos atos delitivos de igual natureza e gravidade são indicativas do periculum libertatis exigido para a constrição processual.

6. Não há que se falar em inovação promovida pelo aresto impugnado no ponto em que manteve a prisão provisória, porquanto os fundamentos lançados já haviam sido utilizados pelo magistrado singular quando da decretação da prisão preventiva.

7. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a constrição se encontra justificada e mostra-se imprescindível, dada a gravidade diferenciada da infração denunciada, evidenciando que providências mais brandas não seriam suficientes para o acatamento da ordem pública.

8. Condições pessoais favoráveis não possuem o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

9. Recurso ordinário improvido.

(RHC 74.505/CE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06.10.2016, DJe 26.10.2016)

A manifestação do Ministério Público Federal vai ao encontro da conclusão ora alcançada. Eis a ementa do aludido julgado (e-STJ fl. 335):

*Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Utilização do writ como sucedâneo de recurso. Inadmissibilidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Não conhecimento do habeas corpus. Prisão preventiva suficientemente fundamentada. Garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal não caracterizado.*

A hipótese é de não conhecimento do pedido, porquanto, *data venia*, o impetrante está utilizando o *habeas corpus* como sucedâneo de recurso especial.

Diversamente do que ficou consignado na impetração, o aresto indigitado está devidamente fundamentado, eis que deixou evidenciada a necessidade da constrição cautelar, calcada em justificativas concretas, aptas ao embasamento da medida segregatória, notadamente, para a garantia da ordem pública, tendo em conta a periculosidade concreta do agente.

Parecer pelo não conhecimento da impetração.

Cumprе salientar que, na minha compreensão, não há falar, na peculiar hipótese dos autos, em ausência de contemporaneidade entre os fatos e o decreto prisional, tendo em vista que, a despeito de as condutas terem supostamente

ocorrido entre os anos de 2011 e 2013, tem-se que, ao que tudo indica, a prisão apenas foi requerida pelo *Parquet* no ano de 2016 – muito embora a denúncia tenha sido ofertada em 2014 (e-STJ fls. 11/13) – em razão de somente naquele momento o órgão de acusação estar convencido da necessidade da medida extrema de prisão, sobretudo se considerada a clandestinidade e o atuar furtivo que, em regra, permeia essa espécie de delito, ainda mais quando perpetrado no seio familiar, pelo próprio pai e contra vítima menor de idade.

Ora, não raras vezes se tem conhecimento de imputações da prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal permeadas de situações sinuosas, de inverdades e de criações fantasiosas, motivo pelo qual tanto o pedido de prisão quanto o seu deferimento precisam ser criteriosos e amparados em dados concretos, produzidos a partir de elementos de prova que sinalizem a materialidade da infração e indícios contundentes de autoria, o que não se obtém, infelizmente, com a rapidez esperada. Assim, formado o convencimento mínimo, que, em casos como tais, só se alcança – até mesmo por questões de prudência – após certo decurso de tempo, é de se requerer a constrição do réu que, presentes os requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, deve ser decretada pelo juízo.

Logo, vislumbro, no específico caso destes autos, prudência no proceder do Ministério Público estadual de não pleitear de inopino a prisão do paciente, cuidado esse que não pode servir de justificativa para impedir a segregação preventiva de réu – cuja periculosidade se mostrou evidente – quando evidenciada a imprescindibilidade da custódia para se acautelar não somente a ordem pública como também a integridade física e psíquica da vítima, supostamente violentada por diversas vezes pelo paciente.

Veja-se que não estamos diante de um delito cometido de forma isolada, única e qual se depreenda a cessação da atividade delitiva, mas sim de um suposto crime de cunho sexual perpetrado de maneira reiterada – por mais de 2 anos – e clandestina contra uma infante pelo seu próprio genitor, de modo que a repetição da conduta enquanto solto, segundo, inclusive, as regras de experiência, não é algo impossível de se cogitar, ante a sordidez do agente.

Ademais, levando em conta que o indeferimento, pelo Juízo de primeira instância, do pedido de prisão ocorreu em outubro/2016, é de se concluir que o julgamento do recurso em sentido estrito e a consequente decretação da custódia do paciente, deram-se em tempo razoável (janeiro/2017).

À vista do exposto, divirjo do relator e *denego a ordem*.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 425.044-RJ (2017/0296774-3)**

---

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior  
Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro  
Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro  
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Paciente: Maycon da Silva Guimaraes (preso)  
Paciente: Igor Vinicius Costa dos Santos (preso)

---

**EMENTA**

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas (5 g de cocaína). Sentença. Condenação. Fundamentação. Prova obtida de conversa travada por função “viva-voz” do aparelho celular do suspeito. Dúvidas quanto ao consentimento. Inexistência de autorização judicial. Ilicitude constatada. Autoincriminação. Impossibilidade. Trancamento de ação penal. Pretensões subsidiárias prejudicadas. Ordem concedida.

1. A prova da conduta de tráfico de drogas foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional a não autoincriminação, uma vez que os agente policiais determinaram que os pacientes reproduzissem, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema “viva-voz” do telefone celular, a qual deu azo à investigação, prisão e condenação dos condenados.

2. Da análise dos autos, tem-se que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva. Não sendo admissível a prova produzida contra o réu, que dependa dele mesmo, se não for realizada de forma voluntária e consciente.

3. Assim, no caso, trata-se de prova contaminada, de acordo como o disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que considera inválidas as provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

4. Pretensões subsidiárias – dosimetria, regime e substituição de pena – prejudicadas.

5. Ordem concedida para trancar Ação Penal n. 0024593-02.2014.8.19.0066 – por falta de justa causa, sem prejuízo de que outra seja deflagrada, desde que por meio de denúncia apta –, bem como a fim de declarar nula toda a prova colhida de forma coercitiva, pela polícia, de conversa travada pelos investigados com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso “viva-voz”.

### 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. Fará declaração de voto o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 15 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

---

DJe 9.4.2018

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Maycon da Silva Guimarães* e de *Igor Vinicius Costa dos Santos*, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Barra Mansa/RJ condenou os pacientes como incurso no crime de crime de tráfico de drogas privilegiado (5 g de cocaína – fl. 33) às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 167 dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (fls. 36/51 – Ação Penal n. 0024593-02.2014.8.19.0066).

Inconformados, o Ministério Público local e defesa interpuseram apelação criminal na colenda Corte de origem, que deu provimento apenas ao recurso

ministerial, para afastar a causa de aumento de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, redimensionando as penas a 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa (fls. 17/31 – Apelação Criminal n. 0024593-02.2014.8.19.0066):

*Apelação. Crime de tráfico de drogas. Sentença condenatória. Ilicitude das provas. Inocorrência. Absolvição. Impossibilidade. Afastamento da causa especial de redução das reprimendas descrita no artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, assim como da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Acolhimento. Regime fechado. Abrandamento. Inviabilidade.*

*De início, impõe-se destacar que não há que se falar em ilicitude das provas, em decorrência de os policiais militares terem ouvido as conversas realizadas nos aparelhos celulares do apelante Maycon e do apelado Igor Vinícius. Isso porque, a arrecadação de objetos relacionados ao fato criminoso, encontrados durante a situação de flagrante delito é consequência do cumprimento do dever imposto à atividade policial, da mesma forma que o prosseguimento do ilícito durante a ação policial, mediante ligação de usuários à procura de drogas, demanda pronta atuação policial. Nas circunstâncias narradas, não há que se falar em violação à intimidade e ao sigilo telefônico. Restando devidamente comprovado que o apelante e o apelado, em comunhão de ações e desígnios entre si, guardavam e tinham em depósito substância entorpecente, com o escopo de realizar a mercancia ilícita, não pode ser acolhido o pedido absolutório. Por outro lado, a causa especial de diminuição das penas, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 incide apenas quando constatado que se trata de um fato episódico na vida dos agentes, o que não ocorre no caso dos autos, em que se evidencia que o apelante e o apelado se dedicavam ao exercício de atividades criminosas envolvendo o comércio de entorpecentes, impondo-se o afastamento do aludido redutor. Com o redimensionamento das reprimendas impostas, não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois aquelas superam o patamar de 4 (quatro) anos, bem como por não se mostrar suficiente a referida conversão, não se encontrando preenchidos os requisitos elencados nos incisos I e III do artigo 44 da Lei Penal. Por fim, impõe-se a manutenção do regime fechado, estabelecido para o cumprimento das penas referentes ao tráfico ilícito de entorpecentes, crime extremamente grave, equiparado a hediondo, que tem gerado nefastas consequências sociais, sendo certo que regime menos gravoso não seria suficiente para a repressão e prevenção do delito em questão. **Desprovimento do apelo defensivo e provimento do recurso ministerial, com determinação de expedição de mandado de prisão.***

Daí a presente impetração, em que se alega constrangimento ilegal consistente na ilicitude da prova que levou à condenação dos pacientes e na não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta-se que [...] *os pacientes foram forçados a atender o telefone em “viva-voz” e ainda a levar os policiais responsáveis pela abordagem até a droga, para que fossem apreendidos os entorpecentes referidos na conversa telefônica* (fl. 6).

Alega-se que a minorante do tráfico privilegiado deveria ser aplicada, uma vez que se trata [...] *de réus primários e de bons antecedentes (FAC anexa), não há como se presumir que os Pacientes se dedicavam a atividades criminosas pelo só fato de terem sido presos com 5,0 g (cinco gramas) de cloridato de cocaína, quantidade esta insignificante e que não se presta a demonstrar, com a absoluta certeza, que os pacientes eram contumazes na prática da traficância* (fl. 9).

Postula-se, então, a concessão liminar da ordem, a fim de que seja redimensionada a pena dos pacientes, com a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado e, conseqüentemente, fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em 14.11.2017, indeferi o pedido liminar (fls. 8892).

Dispensadas informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (fls. 99/107):

*Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Tráfico de drogas. Abordagem policial. Ligações recebidas nos celulares pelos flagranteados durante a abordagem. Determinação da polícia para que os celulares fossem colocados no modo “viva voz”. Coação. Prova testemunhal de que os policiais ouviram os diálogos. Prova testemunhal considerada na sentença para a condenação. Ofensa ao “princípio da não autoincriminação”. Nulidade absoluta. Confissão e apreensão da droga. Provas derivadas. Nulidade. Parecer pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, *ex officio*, a fim de que seja declarada a nulidade da ação penal.*

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Busca a impetração a absolvição dos pacientes da imputação de crime de tráfico de drogas (5 g de cocaína – fl. 33), ao argumento de ilicitude da prova que fundamentou a condenação e, subsidiariamente, o redimensionamento da pena imposta ao paciente – com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico privilegiado) –, com a conseqüente fixação de regime inicial aberto de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Inicialmente, quanto à pretensão de absolvição dos pacientes, ao argumento de nulidade de provas obtidas, o acórdão hostilizado está assim fundamentado (fls. 19/20 – grifo nosso):

[...]

De início, cumpre analisar a alegação de ilicitude das provas, supostamente obtidas com violação à intimidade e ao sigilo telefônico.

Depreende-se do conjunto probatório que *os policiais militares, em diligência para apurar denúncia anônima de tráfico ilícito de entorpecentes no “Escadão de São Sebastião”, abordaram o recorrente Maycon e o recorrido Igor Vinícius, após terem visualizado movimentação suspeita. Na ocasião, o celular de Igor Vinícius tocou e **foi colocado no modo viva-voz, momento em que puderam escutar o interlocutor falar que queria comprar “pinos”, sendo certo que se seguiram outras chamadas telefônicas durante o flagrante, nas quais os agentes da lei também lograram ouvir conversas, nas quais foi possível identificar que os interlocutores tinham o escopo de realizar a compra de drogas.***

Como cediço, configurada a situação de flagrância, deve o direito à intimidade e ao sigilo telefônico sofrer certa limitação, sob pena de tornar inviável a atividade policial. Importa dizer, portanto, que a arrecadação de objetos relacionados ao fato criminoso, encontrados durante a situação de flagrante delito é consequência do cumprimento do dever imposto à atividade policial, da mesma forma que o prosseguimento do ilícito durante a ação policial, através de ligações de usuários à procura de drogas, demanda pronta atuação dos agentes da lei.

*Assim, a circunstância de os policiais militares escutarem as conversas provenientes de ligações telefônicas efetuadas por usuários de drogas para os aparelhos celulares do apelante Maycon e do apelado Igor Vinícius, no momento da prisão em flagrante, não constitui ofensa à garantia da intimidade e do sigilo telefônico.*

[...]

Ao que se tem, a impetrante questiona a legalidade da prova obtida pela autoridade policial, sem prévia autorização judicial, consistente em ouvir conversa telefônica por meio do recurso “viva-voz” do celular do paciente, da qual se gerou a prisão em flagrante dos réus, a ação penal e a condenação ora hostilizadas.

Também se extrai dos autos que a ativação do recurso “viva-voz” e o atendimento das ligações telefônicas foram determinados pelos agentes policiais (Denúncia de fl. 33 – grifo nosso):

[...]

Policiais Militares receberam notícia anônima sobre a prática do tráfico de drogas no “escadão do São Sebastião” e que os responsáveis eram os indivíduos conhecidos como “Mayquinho” e “Vinichinho”, ora denunciados.

Diante da informação os agentes da lei e da ordem se dirigiram ao local, onde encontraram os denunciados. Realizada a abordagem e procedida à revista pessoal, lograram encontrar a quantia de R\$ 52,00 (cinquenta e dois reais). *Por ocasião da abordagem os telefones celulares dos denunciados receberam ligações, as quais, **por ordem dos policiais, foram atendidas no modo “viva-voz”, quando então os agentes policiais ouviram os interlocutores/chamantes perguntarem sobre o valor da venda de “pinos” de cocaína.***

Ato contínuo, os policiais indagaram aos denunciados acerca da existência de substância entorpecente, momento no qual os réus os conduziram até o outro lado da rua, próximo a uma lixeira, onde foi apreendida a droga acima descrita.

[...]

Igualmente, o Magistrado de primeiro grau confirma que os policiais ordenaram que os pacientes atendessem às chamadas telefônicas, inclusive utilizando o recurso “viva-voz” (Sentença fl. 37/42 – grifo nosso):

[...]

*Preliminarmente, rejeito a arguição de ilicitude da prova, pelo fato de os policiais terem atendido as ligações dos aparelhos celulares dos réus.*

Sobre as ligações recebidas pelos réus, em seus aparelhos celulares, no momento da abordagem, e a suposta ilegalidade no atuar dos milicianos, deve-se salientar que a apreensão, no momento do flagrante, de objetos relacionados ao fato criminoso prescinde de autorização judicial. A bem da verdade, nos termos do art. 6º, inc. II, do Código de Processo Penal, é dever da autoridade policial proceder à coleta do material apto a comprovar a prática da infração penal. Não houve, portanto, qualquer irregularidade na apreensão do aparelho celular dos réus.

***A determinação feita pelos milicianos para que os réus atendessem às ligações recebidas, ou se fazendo passar pelos mesmos, no momento em que os compradores da droga ligavam para eles, outrossim, faz parte da atuação investigativa do agente público que efetua a prisão em flagrante, não configurando, de nenhum modo, quebra do sigilo telefônico.***

Nesse ponto, aliás, mister destacar que não se confundem comunicação telefônica com registros telefônicos, objetos esses de proteção jurídica distinta, cabendo somente ao primeiro a proteção disposta no artigo 5º, XII, da Constituição Federal.

[...]

Assim, abordou-os, oportunidade em que um deles conseguiu empreender fuga, permanecendo no local somente os réus.

Ao indagá-los a respeito da existência de material entorpecente, os mesmos negaram.

Porém, **nesse momento, o aparelho celular do réu Igor tocou, sendo a ligação atendida no viva-voz pelo policial Orlando**, na qual o interlocutor indagava “tem pino? Segura dois pino ai pra mim, que to indo no escadão subir ai pra comprar”.

[...]

O depoente tornou a indagar os réus a respeito do tráfico, e **ao ligar o aparelho celular do réu Maycon, o qual se encontrava desligado, o mesmo tocou, sendo a ligação atendida no viva-voz.**

Disse que o interlocutor pediu ao réu Maycon que guardasse três pinos de cocaína, pois ele iria buscar a droga.

Nesse momento, o réu Maycon acabou admitindo que estava vendendo a droga, apontando o local no qual a mesma se encontrava.

Ao realizar a busca na lixeira, do outro lado da rua, encontrou onze pinos de cocaína no local.

Indagou o réu Maycon sobre o dinheiro da venda, o qual se encontrava na residência do réu.

Assim, conduziu todos para a delegacia, informando que no trajeto, **o telefone dos réus tocou por inúmeras vezes, e em todas as ligações atendidas, eram “clientes” querendo droga.**

[...]

O policial militar Orlando Rodrigues corroborou integralmente as declarações de seu colega de farda, afirmando que o elemento abordado no escadão admitiu ter ido ao local para comprar drogas com os réus.

Disse que **os telefones celulares dos réus não paravam de tocar, e todas as vezes em que as ligações foram atendidas, era sempre um comprador pedindo droga.**

Disse que as pessoas que entraram em contato com os réus não foram abordadas, em razão da distância em que os policiais estavam do local, no momento da campana.

[...]

A presente controvérsia já foi dirimida pela Quinta Turma deste Tribunal, para a qual, em casos como o da presente controvérsia, a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição

Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita. Confira-se:

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

1. O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, **a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular**, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão.

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

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

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

5. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.630.097/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 28.4.2017)

No mesmo sentido é a fundamentação do parecer do *Parquet* Federal (fls. 102/106 – grifo nosso):

[...]

Na linha da argumentação da Defesa, **afigura-se ilegal o procedimento adotado pela polícia durante a abordagem dos pacientes, que em decorrência de ligações recebidas nos aparelhos celulares que traziam consigo foram coagidos a colocá-los no modo “viva voz”.**

*Em face das conversas travadas por meio dos aparelhos celulares, presencialmente escutadas pelos agentes da lei, a polícia conseguiu: a) a confissão de que estavam ali para praticar a mercancia de drogas; b) a apreensão das drogas que estavam numa lixeira - 5 g de cocaína acondicionada em 11 ependorfs.*

Importante destacar que *essas conversas ouvidas pelos policiais* - depois de terem obrigado os pacientes a atenderem as ligações recebidas durante a abordagem no modo “viva voz” dos celulares -, *foram objeto de prova testemunhal prestada em juízo.*

*E a sentença (fls. 37/38) tomou essa prova testemunhal para a condenação dos pacientes, então réus, pela prática do crime de tráfico de drogas.*

[...]

Sobre **o teor dessa prova testemunhal, verifica-se que o procedimento adotado pela polícia padece de nulidade.**

Ilustrativamente, consta dos autos “[...] *mas nesse momento, o telefone do apelado Igor Vinícius tocou e o colega de farda Orlando pegou e atendeu e colocou no viva-voz [...] que na Delegacia, o telefone tocou mais ou menos umas quinze vezes e o inspetor também chegou a atender e eram pessoas querendo comprar drogas [...]*” (fls. 24/25)

*E o ponto determinante dessa **conclusão sobre a nulidade** não está no fato de os policiais terem presenciado o diálogo pelo “viva voz” dos celulares dos pacientes com eventuais compradores de drogas; mas **no fato de os terem coagido: a) a atender as ligações recebidas durante a abordagem e b) colocare no modo “viva voz”.***

No caso, o *ponto fulcral não é o direito à intimidade, mas o “princípio da não autoincriminação”.*

[...]

Com efeito, *a prova testemunhal prestada em juízo pelos policiais sobre os diálogos presenciados por meio dos dispositivos “viva voz” dos celulares – em face da marca da coação - **é inidônea e não pode ser usada contra os pacientes.***

Por outras palavras, diante do princípio da não autoincriminação tal prova é absolutamente nula.

E mais! *Considerando que o teor dessa prova testemunhal foi o antecedente lógico e inafastável que levou a polícia a obter uma segunda prova, qual seja, a confissão de que os pacientes praticavam a mercancia de drogas no local, resulta que também essa prova está eivada de nulidade.*

*Uma última prova também derivada das anteriores foi a apreensão da droga, encontrada em uma lixeira.*

Os policiais a encontraram após terem coagido os pacientes a atenderem os celulares no “viva voz”, o que resultou na confissão da mercancia e na apreensão da droga, constitutiva da materialidade do crime.

Logo, a apreensão da droga, por derivação, igualmente, está contaminada por nulidade.

Repare-se que a sentença e o v. acórdão construíram a inteligência sobre os fatos em que se amparou a ação criminal, exatamente a partir da primeira prova – testemunho dos policiais – sobre o que ouviram presencialmente a partir dos diálogos travados por meio do “viva voz” dos celulares dos pacientes, ativado **mediante coação**.

Dentro das relações fático-processuais estabelecidas nos autos – testemunhos dos policiais, confissão dos ora pacientes, apreensão da droga –, não há como cindir essas provas.

*Nula a prova testemunhal; nulas, também, a confissão e a apreensão da droga.*

A propósito, vem a calhar o entendimento do STJ, por meio do aresto seguinte, que declara **a nulidade de prova obtida mediante a escuta de conversa coativamente imposta para ser realizada por meio de dispositivo “viva voz” de celular, por ofensa direta ao princípio da não autoincriminação**. [...]

Esta Corte Superior trata o sigilo das comunicações de forma legalista, ou seja, [...] *observadas as normas legais e a prévia autorização judicial, é possível seu afastamento e a utilização das provas dela obtidas, sendo consideradas lícitas para fins de incriminação no Direito Penal* (REsp n. 1.630.097/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 28.4.2017).

Ademais, a Corte já apreciou questão do acesso a informações constantes de aparelho celular sem autorização judicial – considerando ilícita [...] *a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial* (RHC n. 51.531/RO, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 9.5.2016) [...] – e também inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, com violação à Constituição Federal e às normas legais, assim como aquelas originariamente lícitas, mas que derivam das ilícitas, devendo ser desentranhadas dos autos quando evidenciado o nexo de causalidade entre elas e, também, quando as derivadas não puderem ser obtidas senão por meio daquelas.

Assim, são inadmissíveis tanto as provas ilícitas, com violação à Constituição Federal e às normas legais, assim como aquelas originariamente lícitas, mas que derivam das ilícitas, teoria dos [...] *frutos da árvore envenenada* (fruits of the poisonous tree). *Concluindo-se que, sem consentimento do réu ou prévia autorização judicial, é ilícita a prova colhida de forma coercitiva pela polícia de conversa travada pelo investigado com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso “viva-voz”* (REsp n. 1.630.097/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 28.04.2017).

Em relação às demais pretensões – dosimetria, regime inicial e substituição de pena –, observa-se que foram requeridas como pretensão subsidiária, restando prejudicada a apreciação dessas neste momento.

Pelo exposto, *concedo* a ordem para trancar Ação Penal n. 0024593-02.2014.8.19.0066 – por falta de justa causa, sem prejuízo de que outra seja deflagrada, desde que por meio de denúncia apta –, bem como a fim de declarar nula toda a prova colhida de forma coercitiva, pela polícia, de conversa travada pelos investigados com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso “viva-voz”.

#### VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Presidente): Faço questão de, em apenas 10 segundos, registrar que não comungo do entendimento de Vossa Excelência. Só para que não fique, pelo silêncio, parecendo que eu acompanharia essa conclusão.

Não me parece que no momento da prisão se perca o direito à intimidade ou à privacidade e, muito menos, se quebrem as garantias de restrição de acesso aos sigilos constitucionais. Mas o resultado é o mesmo. Só para que, no futuro, quando tenhamos essa questão, venhamos a detalhadamente discuti-la.

---

#### RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 85.031-DF (2017/0126784-4)

---

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Rodrigo Pereira Larizzatti

Advogados: Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto - DF013802

Danilo Bomfim Soares e outro(s) - DF030998

Ana Carolina Dias Malta - DF042875

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

---

#### EMENTA

Processual Penal. Delegado de Polícia. Descumprimento de requisição de Promotor de Justiça. Sonegação de documentos e

desobediência. Ação penal. Falta de justa causa. Ausência de dolo. Trancamento. Revolvimento fático. Impossibilidade na via eleita.

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

2. Segundo doutrina de escol, o funcionário público pode ser sujeito ativo do crime de desobediência, desde que, como na espécie, não seja hierarquicamente subordinado ao emitente da ordem legal e tenha atribuições para cumpri-la.

3. O fato de o delito de desobediência estar inserido no capítulo dos ilícitos penais praticados por particular contra a administração pública não impede a sua consumação, porquanto haverá, em tal caso, violação ao princípio da autoridade que é objeto da tutela jurídica. Precedentes desta Corte.

4. Recurso ordinário não 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, negou provimento ao recurso ordinário, 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), 19 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJe 27.10.2017

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por *Rodrigo Pereira*

*Larizzatti* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim resumido HC n. 2017.00.2.010842-3.

*Habeas corpus*. Desobediência. Sonegação de documentos. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Justa causa. Impossibilidade. Indícios de autoria e materialidade.

I. O trancamento da ação penal por *habeas corpus* é medida excepcional e só pode ser admitido se inegável a ausência de justa causa.

II. Em *habeas corpus* é vedado o exame aprofundado de provas. O esclarecimento e a avaliação da conduta do paciente demandam análise dos elementos, que serão feitos na instrução processual. Por ora, bastam a presença de indícios de autoria e prova da materialidade.

III. *Writ* admitido parcialmente. Ordem denegada.

Diz o recorrente que é Delegado da Polícia Civil do Distrito Federal e foi denunciado por crimes de desobediência, sonegação de documentos e prevaricação, “os quais representam verdadeira perseguição à sua pessoa”.

Sustenta que, ao contrário do que constou do acórdão, “não se está a imiscuir-se no mérito, mas apenas trazendo ao conhecimento das instâncias superiores o descabro ao qual o recorrente está sendo submetido”.

Defende a ausência de dolo e de provas capazes de indicar mínimos indícios do efetivo cometimento dos supostos crimes. Assere que não há elementos capazes de comprovar o dolo. Argumenta que entender em sentido contrário seria afirmar que “um Delegado-Chefe da Polícia Civil, ao não atender prontamente o *parquet* de acordo com seu particular entendimento e prazos, ensejaria crime de desobediência, o que não é possível”.

Invoca precedente do Tribunal de origem afirmando que “servidor público não comete crime de desobediência quando no exercício de suas atribuições”.

Assevera que “em momento algum houve negativa ou recusa em instaurar os procedimentos” e não houve “omissão no fornecimento de dados ao MP, inclusive técnicos”. Entende que há clara violação ao art. 41 do Código de Processo Penal.

Ressalta que “em momento algum houve dolo do recorrente em não atender a requisição ministerial exarada no referido ofício, mas talvez no máximo uma falha administrativa em 01 (um) expediente, causada exclusivamente pelo acúmulo de trabalho e pela escassez de recursos humanos disponíveis à unidade policial, de forma que não há que se cogitar o delito de desobediência, inculpidos

no art. 330 do CPB”. Aduz ser necessário o dolo específico para a configuração do delito. Ausente o dolo, é nítida a atipicidade da conduta.

Salienta que é igualmente infundada a acusação de sonegação de documentos, dada a falta de dolo, pois tais documentos estão juntados aos autos, na íntegra. Destaca a falta de recursos humanos na Delegacia no período de setembro a novembro. E que somente ele estava presente na delegacia quando ocorreram os fatos supostamente criminosos.

Requer, liminarmente, seja sobrestada a ação penal. No mérito, pugna pelo trancamento do feito, em razão da falta de justa causa. Pleiteia, ainda, a intimação da Defesa para sustentar oralmente.

Indeferida a liminar (fls. 541/543) e prestadas informações (fls. 550/589), opina o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso (fls. 591/594).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O pleito, como visto, é de trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

A acusação que consta da denúncia é a seguinte (fls. 28/40):

### 1º Fato delituoso

No dia 14 de setembro de 2016, em horário que não se pode precisar, na 33ª Delegacia de Polícia, Santa Maria/DF, o denunciado, de forma consciente e voluntária, desobedeceu à ordem regularmente emanada por funcionário público no exercício de suas funções, no caso, da Promotora de Justiça da 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica de Santa Maria.

De início é preciso esclarecer que o denunciado é o atual delegado-chefe da 33ª Delegacia de Polícia em Santa Maria e destinatário da requisição Ministerial desatendida.

No dia 14 de setembro de 2016, a 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher requisitou por meio do ofício n. 305/2016 - PJSM/MPDFT a instauração de inquérito policial para apurar os fatos relatados em “denúncia anônima” protocolada sob o n. 33612816’, oriunda da Central da Mulher - Disk 180. Os fatos noticiados demonstravam-se gravíssimos, pois se tratavam da possível prática de delitos de natureza sexual figurando como vítimas uma criança e uma adolescente, em contexto de violência doméstica.

*Em que pese a gravidade dos fatos e a urgência que o caso exigia, o denunciado ignorou e desobedeceu a requisição Ministerial para instauração do inquérito e devolveu o mencionado expediente sem cumprimento, conforme ofício n. 3.976/2016 - 33ª DP, afirmando que o Ministério Público deveria indicar diligências a serem realizadas no Inquérito Policial requisitado, descumprindo não só o Código de Processo Penal, mas também o próprio Regimento Interno da Polícia Civil do DF. O ofício requisitório foi expedido no dia 14 de setembro de 2016, despachado pelo denunciado no mesmo dia com a negativa de instauração de inquérito e restituído ao Ministério Público no dia 15 de setembro de 2016, por meio do ofício acima descrito.*

*O descumprimento da requisição se deu de forma dolosa e em franca violação aos princípios da eficiência e legalidade que regem a Administração Pública.*

Embora fosse absolutamente desnecessário, exatamente porque se presume que o denunciado saiba realizar de forma eficiente e adequada o seu munus público, o ofício requisitório enviado já havia indicado expressamente quais as providências básicas a serem adotadas visando à apuração da materialidade e autoria do delito noticiados. Ou seja, o Ministério Público já havia mencionado quais as diligências a serem adotadas e como iniciar a investigação.

A resposta do denunciado, vazada na correspondência oficial acima descrita, desobedece a requisição a que estava obrigado a acatar, inobstante sua meridiana clareza e evidente legalidade, o que fez por motivos arbitrários e da mais absoluta irrelevância fática e jurídica.

Aliás, como é do mais elementar conhecimento, requisição significa ordem, comando, determinação, e não pedido ou solicitação, não cabendo ao destinatário da requisição discuti-la ou avaliar acerca da conveniência de seu cumprimento, mas apenas cumpri-la, a menos que a requisição seja manifestamente ilegal, o que, à toda evidência, não se configura no contexto acima delineado.

#### *2º Fato delituoso*

*Entre o dia 11 de outubro e o dia 5 de dezembro de 2016, na 33ª Delegacia de Polícia, Santa Maria/DF, o denunciado, de forma consciente e voluntária, desatendendo requisição da 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica de Santa Maria, sonogou documento de que tem a guarda em razão do cargo de delegado-chefe da 33ª DP.*

Diante da negativa do denunciado em cumprir suas obrigações legais e atender o ofício requisitório n. 305/2016 - PJSTM/MPDFT que determinava a instauração de inquérito policial, conforme acima explicitado, a 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher teve que buscar outros mecanismos para garantir a proteção das vítimas e cumprir o papel que a Constituição Federal lhe confiou.

Por meio de ofício n. 342/2016 - PJSTM/MPDFT expedido pela 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher, o Conselho Tutelar de Santa Maria, atendendo a requisição Ministerial, diligenciou para apurar a situação familiar das vítimas,

especialmente da vítima Emile Cristiane Gomes Ribeiro, tendo inclusive constatado que, além de abusada sexualmente, a adolescente havia engravidado e que o filho proveniente do abuso sexual já havia nascido. Portanto, constataram que a situação era de absoluta e grave vulnerabilidade.

*Nos documentos encaminhados ao Ministério Público pelo Conselho Tutelar constava a informação de que uma das vítimas, após provocação do próprio Conselho, havia sido encaminhada e ouvida nas dependências da 33ª Delegacia de Polícia e teria confirmado todos os relatos de abuso, tudo conforme consta no Ofício n. 204/2016-CTSTMN.*

Em virtude dessa informação, no dia 11 de outubro de 2016, a 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher de Santa Maria expediu o ofício n. 356/2016 - PJSTM/MPDFT, o qual foi entregue pessoalmente ao denunciado, no período da tarde daquele mesmo dia, onde se requisitou a imediata entrega de todos os documentos disponíveis na delegacia e que estavam relacionados ao caso de violência sexual da vítima *Emile Cristiane Gomes Ribeiro*, tudo com a finalidade de instruir o requerimento de medidas cautelares necessárias à proteção das vítimas.

*Apesar de o pedido ter sido claro e objetivo, ou seja, pretendia-se a obtenção apenas dos documentos já produzidos e que estavam disponíveis na unidade policial - o denunciado, despachando de próprio punho, não atendeu o pedido do Ministério Público, sonogando documentos de que tinha 'a guarda em razão de exercer a chefia da 33ª DP.*

Mesmo com os poucos elementos probatórios de que dispunha, a 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher, cumprindo seu dever Constitucional de proteção da sociedade e informando ao Poder Judiciário todos os acontecimentos aqui narrados, elaborou o requerimento de medidas protetivas n. 2016.10.1007032-7, o que se deu ainda no dia 11 de outubro de 2016, já que a situação de risco em que se encontrava a adolescente recomendava o imediato ajuizamento de MPU, mesmo sem os documentos sonogados pelo denunciado. As medidas foram deferidas pelo Poder Judiciário.

*Desatendendo a requisição e sonogando os documentos que estavam em sua posse e impedindo o Ministério Público de acessá-los, o denunciado violou os princípios da eficiência e legalidade que regem a Administração Pública, o que também redundou em prática de ato de improbidade administrativa.*

*Dessa forma, o denunciado devolveu o expediente e sonogou os documentos requisitados, ao passo que informou que confeccionaria relatório no prazo por ele próprio estabelecido, ou seja, 5 dias, sendo que até o momento nenhum documento aportou na 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher, com o que demonstrou desprezo pelo ordenamento jurídico, pelas vítimas e pelas autoridades constituídas, além de sua vontade deliberada em sonegar do Ministério Público e do Poder Judiciário tais documentos.*

*Insta frisar que em nenhum momento a 2ª Promotoria de Justiça requisitou a entrega ou confecção de relatório policial, mas tão somente o encaminhamento*

*dos documentos que estavam na posse do denunciado e que se referiam à vítima de crime gravíssimo. Ainda assim, a ordem legal não foi cumprida, pois além de sonegar os documentos que estavam disponíveis, o denunciado também não encaminhou qualquer outro, no prazo que foi, por ele próprio, estabelecido.*

Diante da postura criminoso adotada pelo denunciado, a 2ª Promotoria de Justiça se viu obrigada a ajuizar medidas protetivas com o ínfimo material probatório que tinha em seu poder, já que a ação do denunciado impediu o Ministério Público e o Poder Judiciário de analisarem os documentos que estavam na 33ª DP, prejudicando e retardando sobremaneira a investigação e, principalmente, a saúde física e mental das vítimas mencionadas nos autos da MPU n. 2016.10.1.007032-7. Até o momento sequer foi possível a formação da *opinio delicti* em relação à violência sexual praticada contra a vítima Emile.

### 3º Fato delituoso

*Entre os dias 31.07.2016 e 14.10.2016, na sede da 33ª Delegacia de Polícia localizada na CL 114, Lote A, nesta região administrativa de Santa Maria, o denunciado, enquanto delegado-chefe da referida unidade policial, de forma absolutamente voluntária e consciente, deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício, para satisfazer interesses e sentimentos pessoais.*

Conforme se extrai das peças de informação em anexo, no dia 31.07.2016, *Luciana Barbosa Mendes* registrou a ocorrência policial n. 5.184/2016-0 na 33ª DP relatando que naquele mesmo dia havia sido vítima de crimes em contexto de violência doméstica praticados pelo seu então companheiro *Alexandre Galdino Barbosa*. Na oportunidade, a vítima também requereu expressamente a concessão de medidas protetivas de urgência em desfavor do agressor, mas o denunciado não remeteu o expediente ao Judiciário no prazo legal.

*Na verdade, em que pese a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) ser cristalina em seus artigos 10, 11 e 12 determinando as providências que devem ser adotadas de imediato pela autoridade policial ao tomar conhecimento de crime dessa natureza, o denunciado nada fez, sequer instaurou o devido inquérito policial ou encaminhou o requerimento de feito pela vítima, deixando de praticar atos de ofício que eram de sua competência e determinados por Lei para satisfazer seus próprios interesses e sentimentos pessoais, consistentes não somente em promover e manter hígido o estado de greve em que se encontrava a Polícia Civil do Distrito Federal, mas também em angariar simpatizantes e votos no meio policial, já que articulava sua campanha pessoal para a Presidência da ADEPOL-DF nas eleições que se avizinhavam, com a primeira Assembleia Geral Extraordinária relativa a tais eleições convocada para o dia 09.08.2016, tudo em prejuízo à vítima e à população de Santa Maria.*

Descumpriu, assim, não somente os postulados da Lei n. 11.340/2006, mas o próprio Regimento Interno da Polícia Civil do DF.

Diante da inércia do denunciado em cumprir suas obrigações legais, a vítima daquela ocorrência policial correu sério risco de que algo pior acontecesse, já que permaneceu sendo perseguida pelo ofensor e novos episódios de violência se sucederam, colocando em perigo não somente sua vida, mas também a dos filhos menores do casal.

A 3ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher de Santa Maria só tomou conhecimento da situação de risco que a vítima enfrentava em virtude da zelosa atuação da equipe do PROVID do 26º Batalhão da Polícia Militar. Isso porque, no dia 11.10.2016, o Sargento Ramos, daquele Batalhão, compareceu na Promotoria de Justiça a fim de buscar informações acerca do desfecho do processo relacionado ao relatório do PROVID sobre o caso. Com efeito, a Secretaria do Ministério Público obteve a notícia de que havia sido registrada ocorrência policial em nome da vítima, com pedido de medida protetiva de urgência, mas nada foi localizado, exatamente porque nenhuma providência foi formalizada pelo denunciado, nem o inquérito e nem o encaminhamento do requerimento de MPU. Assim, diante do noticiado e, com base tão somente em anterior relatório do PROVID sobre o caso, o Ministério Público requereu a prisão preventiva de *Alexandre Galdino Barbosa* em 13.10.2016 (autos n. 6.998-6/2016).

No mesmo dia 13.10.2016, diante da gravidade do caso, o Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Santa Maria deferiu o pedido cautelar formulado pelo Ministério Público e decretou a prisão preventiva de *Alexandre Galdino Barbosa* e, a um só tempo, oficiou à Corregedoria da Polícia Civil do Distrito Federal, assim como ao Núcleo de Investigação e Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público, considerando a inércia da 33ª Delegacia de Polícia em dar concretude às medidas previstas na Lei n. 11.340/2006.

Apenas quando a 33ª DP foi oficiada para cumprimento do referido mandado de prisão no dia 14.10.2016, o delegado Carlos Diniz Rocha de Oliveira e Souza, que substituiu o denunciado em virtude de férias entre 17.10.2016 e 26.10.2016 (DODF 11.10.2016, Seção 2, pág. 56), na tentativa de corrigir a omissão criminosa do denunciado, determinou a instauração do competente inquérito policial referente à ocorrência policial n. 5.184/2016-0 e, no relatório final datado no mesmo dia, de forma absurda e ineficaz, representou pela decretação da prisão preventiva de *Alexandre Galdino Barbosa*, a qual já tinha sido decretada a pedido da 3ª Promotoria Justiça de Defesa da Mulher, decisão, como dito, que já havia sido comunicada à 33ª DP.

*Aliás, é de se destacar que no dia 13 de outubro de 2016, enquanto o **Ministério Público** - com o apoio das informações fornecidas pela equipe do PROVID da Polícia Militar (26ª BPM) - obtia a prisão preventiva de **Alexandre Galdino Barbosa**, o denunciado, conforme acima especificado, estava cuidando de seus interesses pessoais e em plena campanha para a eleição da ADEPOL-DF, conforme fotos em anexo, publicadas em sua página de acesso livre na rede social **Facebook** exatamente no dia 13.10.2016.*

Percebe-se assim, que até 14.10.2016 o denunciado permaneceu sem adotar nenhuma providência no caso, as quais só foram efetivadas pelo delegado que assumiu a unidade policial em substituição de férias e após a determinação judicial. Repise-se, as providências adotadas por tal delegado foram desprovidas de qualquer efeito prático, mas apenas e tão somente para tentar justificar a desídia e a inércia do denunciado e somente executadas após comunicação feita pela Vara de Violência Doméstica de Santa Maria/DF, o que comprova o absoluto descaso do denunciado com a segurança da vítima.

Portanto, a inércia dolosa do denunciado, buscando satisfazer interesses e sentimentos pessoais, para além de crime, violou os princípios da eficiência, moralidade e legalidade que regem a Administração Pública, o que também redundou em prática de ato de improbidade administrativa.

Assim agindo e considerando que o denunciado *Rodrigo Pereira Larizzatti* violou inúmeras normas do ordenamento jurídico, a saber: artigo 107, incisos V, XI e XXIX, do Decreto Distrital n. 30.490, de 22 de junho de 2009 - Regimento Interno da Polícia Civil do Distrito; artigo 5º, incisos I e II, e artigo 13, inciso II, todos do Código de Processo Penal; artigo 7º, inciso II, e artigo 8º, parágrafos 3º e 5º, todos da Lei Complementar n. 75/1993 e artigos 10, 11 e 12, todos da Lei n. 11.340/2006, *incorreu ele nos crimes previstos no artigo 314 (sonegação de documento), artigo 319 (prevaricação) e artigo 330 (desobediência), na forma do artigo 69, todos do Código Penal.*

A apuração do crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal) foi declinada para o juizado especial criminal (fl. 351), restando na ação penal que se pretende trancar os delitos de sonegação de documento (art. 314 do Código Penal) e de desobediência (art. 330 do Código Penal).

A tese da defesa é de que não agiu o recorrente com dolo, mas encontrava-se assoberbado em razão de acúmulo de serviço e da falta de servidores na delegacia de polícia que chefiava à época dos fatos.

Contudo, não parece ser essa a conclusão possível.

Com efeito, consta ofício do Ministério Público (fl. 46), do dia 14 de setembro de 2016, no qual requisitou ao recorrente a instauração de inquérito para apurar possível caso de violência doméstica, esclarecendo que fosse feita a identificação e oitiva de testemunhas e do suposto agressor.

No mesmo dia, o recorrente despachou, de próprio punho, no corpo do ofício e, no dia seguinte, consta expediente por ele assinado, devolvendo a requisição para que o Ministério Público indicasse as diligências que deveriam ser realizadas no inquérito que havia requisitado.

Posteriormente, já em 11 de outubro de 2016, o Ministério Público (fls. 50/51), em nova requisição, instou o recorrente a entregar os documentos que tinha até o momento, já que teve o promotor de justiça notícia de boletim de ocorrência feito pela vítima, aquela cujo inquérito requisitado não fora instaurado.

O recorrente não entregou os documentos, respondendo, mais uma vez, no corpo do ofício, de próprio punho, que o faria no prazo de cinco dias, somente depois que fosse confeccionado o relatório.

Nesse contexto, tenho que, em tese, há indícios de autoria e materialidade dos crimes de desobediência e sonegação de documentos, sendo certo que a prova pré-constituída não autoriza concluir, como quer a defesa, pela total ausência de dolo por parte do recorrente.

A falta de justa causa somente pode ser reconhecida, em sede de *habeas corpus*, quando há flagrante constrangimento ilegal, demonstrado por prova inequívoca e pré-constituída de não ser o denunciado o autor do delito, não existir crime, encontrar-se a punibilidade extinta por algum motivo ou pela ausência de suporte probatório mínimo a justificar a propositura de ação penal, hipóteses aqui não constatadas.

Gustavo Henrique Badaró, no seu Direito Processual Penal, Tomo I, Elsevier Editora, São Paulo, 2008, págs.71/72, discorrendo sobre a justa causa para a ação penal, afirma:

A justa causa passa a pressupor a existência de um suporte probatório mínimo, consistente na prova da existência material de um crime e em indícios de que o acusado seja o seu autor. A ausência de qualquer um destes dois elementos autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltar a justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal.

Há ainda corrente que exige mais. Para Silva Jardim (1994, p. 42), a ação só é viável quando a acusação não é temerária, por estar baseada em um mínimo de prova:

Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo esse conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal.

No caso concreto, como visto, o mote da ausência de justa causa cinge-se à falta de dolo, contudo, diante da clareza da descrição fática realizada na

denúncia, trata-se de alegação que demanda aprofundamento probatório, não condizente com a via eleita, restrita por excelência.

Aferir a existência do elemento subjetivo do tipo, em sede de *habeas corpus* é tarefa hercúlea, se não for quase impossível, porquanto é questão que necessita, no mais das vezes, de ampla produção de provas, o que não se coaduna com a via eleita. Negar ou admitir o dolo, somente com o ínfimo âmbito de conhecimento das provas pré-constituídas, *in casu*, não é possível.

É como bem ressaltado pelo acórdão em xeque (fls. 492/493):

O fato imputado ao paciente tipifica, em tese, os delitos dos artigos 314 (sonegação de documentos) e 330 (desobediência), na forma do artigo 69, todos do Código Penal. A denúncia não apresenta nenhum vício e descreve todos os elementos que caracterizam a conformação do tipo penal. Narra a inicial acusatória que o paciente não atendeu a requisição ministerial de instauração do inquérito e sonegou documentos. Aponta que o delegado devolveu o expediente sem cumprimento e afirmou que o parquet deveria indicar diligências a serem realizadas no IP requisitado. O promotor ressaltou que o MP “já havia indicado expressamente quais as providências básicas a serem adotadas visando à apuração da materialidade e autoria do delito noticiado” (fls. 30/31).

O paciente alega não ter agido com dolo específico, especialmente porque respondeu imediatamente ao ofício do MP. Argumenta que a entrega não foi possível porque os documentos não estariam prontos. Aponta que o atraso decorreria do “acúmulo de trabalho” e da “escassez de recursos humanos”. Defende ausência de prejuízo.

Ocorre que, como consignou o Magistrado, “os mencionados argumentos, por certo, não se destinam a demonstrar a inépcia da denúncia ou a ausência de justa causa, mas, em verdade, configuram defesa de mérito, a demandar exame aprofundado do conjunto fático-probatório, o qual a norma processual reserva a momento posterior da ação penal”. E ainda que o “exame das questões de fato e de direito, no caso, não pode prescindir da produção probatória em contraditório judicial” (fls. 329 e 331).

Extrai-se dos autos que há lastro mínimo de prova para a persecução penal. É inviável, em sede de *habeas corpus*, a análise aprofundada de provas. Isso só é possível observado o devido processo legal, em primeiro grau.

Neste sentido a jurisprudência da Turma:

(...)

Em princípio, considero suficientes os indícios de autoria e materialidade para o prosseguimento da ação. A análise dos autos demonstra que há base mínima para denúncia e justa causa para a persecução penal.

Denego a ordem.

Esse é o entendimento da jurisprudência:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Peculato e supressão de documento. Trancamento de ação penal. Atipicidade e falta de justa causa. Necessidade de exame do contexto fático-probatório. Impossibilidade na via eleita. Prescrição. Não ocorrência. Suspensão do processo. Art. 366 do CPP. Ausência de ilegalidade manifesta.

1. Segundo o entendimento desta Corte de Justiça, o trancamento da ação penal, no âmbito do *habeas corpus*, somente é possível quando se constatar, *primo actu oculi*, a atipicidade da conduta, a inexistência de indícios de autoria, a extinção da punibilidade ou quando for manifesta a inépcia da exordial acusatória.

2. No caso vertente, nenhuma dessas hipóteses se evidencia de pronto, sendo certo que a alegada atipicidade da conduta e a ausência de justa causa para a instauração da ação penal - consubstanciada no fato de o suposto crime ter como sujeito passivo um particular e não o Estado e na ausência de materialidade -, demanda a incursão no acervo fático probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

3. As condutas ilícitas apuradas na ação penal são peculato (art. 312 do CP) e supressão de documento (art. 305 do CP), cujas penas máximas são, respectivamente, 12 anos, e 5 ou 6 anos dependendo da natureza do documento, se particular ou público. Nos termos do art. 109, III, do Código Penal, o prazo prescricional para os crimes acima listados é de 16 e 12 anos, respectivamente.

4. No presente caso, não há falar em ocorrência da prescrição, porquanto os crimes foram cometidos em 28.05.1997 e a denúncia recebida em 17.04.2001. O aditamento da denúncia ocorreu em 26.07.2006. Em razão de o recebimento da denúncia constituir marco interruptivo para contagem do prazo de prescrição, nos termos do artigo 117, I, do Código Penal, ainda não transcorreram os 12 anos necessários para que se opere a prescrição, em relação ao delito do art. 305 do CP, muito menos em relação ao peculato, levando-se em consideração o lapso temporal de 3 anos e 9 meses em que ficou suspenso o processo.

5. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 42.496/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 24.03.2015, DJe 08.04.2015)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Peculato. Ordenação de despesa não autorizada. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Inépcia da denúncia. Atipicidade. Inocorrência. Dilação probatória. Inadequação da via eleita.

1. O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* só é cabível quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitivas, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

2. É afastada a inépcia quando a denúncia preencher os requisitos do art. 41 do CPP, com a individualização da conduta do réu, descrição dos fatos e classificação dos crimes, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa.

3. O reconhecimento da inexistência de justa causa para a ação penal exigiria aprofundamento probatório, o que é inadmissível na via estreita do presente *writ*.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido.

(RHC 19.549/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10.03.2015, DJe 17.03.2015)

Note-se, por fim, que tem esta Corte pronunciamentos no sentido de que pode o servidor público cometer, em tese, o delito de desobediência.

Confram-se as ementas:

Administrativo. Processual Civil. Servidor público. Pensão por morte. Parcelas devidas após o trânsito em julgado do acórdão que reconhece o direito à integralidade. Precatório. Desnecessidade. Decisão de caráter mandamental. Crime de desobediência. Sujeito ativo. Funcionário público. Admissibilidade. Crime de menor potencial ofensivo. Prisão em flagrante. Impossibilidade. Lei n. 9.099/1995. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

1. A decisão que determina o pagamento da integralidade da pensão por morte possui caráter mandamental, motivo pelo qual a execução das parcelas vencidas após seu trânsito em julgado independe de precatório. Precedentes.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido da possibilidade de funcionário público ser sujeito ativo do crime de desobediência, quando destinatário de ordem judicial, sob pena de a determinação restar desprovida de eficácia.

3. Nos crimes de menor potencial ofensivo, tal como o delito de desobediência, desde que o autor do fato, após a lavratura do termo circunstanciado, compareça ou assumo o compromisso de comparecer ao Juizado, não será possível a prisão em flagrante nem a exigência de fiança. Inteligência do art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 556.814/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 07.11.2006, DJ 27.11.2006, p. 307)

Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Desobediência. Funcionário público. Liminar em mandado de segurança. Atipia. Atipicidade relativa.

I - A colocação de menor em abrigo é medida provisória e excepcional (art. 101, parágrafo único, do ECA), devendo, em casos tais, ser o Juízo da Vara da Infância e da Juventude informado da aplicação de tal medida.

*II - O destinatário específico e de atuação necessária, fora da escala hierárquica-administrativa, que deixa de cumprir ordem judicial pode ser sujeito ativo do delito de desobediência (art. 330 do CP). O descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica).*

III - A recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, por força de atipia relativa (se restar entendido, como dedução evidente, a de satisfação de interesse ou sentimento pessoal), configurar, também, o delito de prevaricação (art. 319 do CP). Só a atipia absoluta, de plano detectável, é que ensejaria o reconhecimento da falta de justa causa.

Recurso desprovido.

(RHC 13.964/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 1º.04.2004, DJ 31.05.2004, p. 326)

E, na espécie, tem-se, justamente, um funcionário público (delegado) que, em tese, teria deixado de cumprir ordem (requisição) de outro funcionário público (membro do Ministério Público), não havendo entre eles relação de subordinação hierárquica, pois se assim fosse, existiria, tão-somente, irregularidade administrativa. Caso, por exemplo do oficial de justiça em relação ao magistrado.

Sendo, portanto, a ordem legal, emanada de autoridade que tem atribuições para tal e destinada a quem tem o dever de cumpri-la, o fato é típico e se adequa ao crime do art. 330 do Código Penal.

Rogério Greco, tratando justamente do descumprimento de ordem de promotor de justiça por delegado de polícia, leciona com clareza e percuciência:

*Desobediência praticada por funcionário público. Ministério Público e delegado de polícia*

Questão que tem sido muito discutida ao longo dos anos e que até hoje não se pacificou diz respeito à possibilidade de um funcionário público figurar como sujeito ativo do delito de desobediência. Isso porque um de seus fundamentos é o fato de o art. 330 encontrar-se inserido no Capítulo II, que diz respeito aos crimes praticados por particular contra a administração em geral.

Alguns exemplos merecem atenção especial, como no caso do delegado de polícia que não cumpre as diligências requisitadas pelo Ministério Público. Nessa hipótese, uma primeira corrente se inclina pela aplicação de uma sanção de natureza simplesmente administrativa, uma vez que, sendo o delegado de polícia um funcionário público, não poderia ele figurar como sujeito ativo do delito de desobediência, que só pode ser cometido por um particular.

(...)

Com a devida venia, não podemos concordar com esse raciocínio. Embora, realmente, o delito de desobediência esteja inserido no capítulo correspondente aos crimes praticados por particular contra a administração em geral, isso, por si só, não impede possa o funcionário público ser responsabilizado por essa infração penal.

Na verdade, temos de fazer uma diferença entre o funcionário que desobedece a ordem de seu superior hierárquico daquele outro sobre o qual não existe qualquer relação de hierarquia.

(...)

Agora, qual a relação de hierarquia existente entre um delegado de polícia e um promotor de justiça? Nenhuma. O promotor de justiça, quando requisita uma diligência, pratica ato de acordo com a lei? Sim, visto que vários diplomas legais conferem ao membro do Ministério Público essa possibilidade. A ordem, portanto, é legal. O funcionário encarregado de cumpri-la (no caso, o delegado de polícia) não tem para com ele (Ministério Público) qualquer relação hierárquica que importe num ilícito de natureza administrativa em caso de descumprimento da ordem. Assim, a única conclusão seria a possibilidade de se reconhecer o delito de desobediência quando o delegado de polícia, sem qualquer justificativa, e, agindo com dolo, não viesse a cumprir a ordem legal de funcionário competente.

**(Greco, Rogério, Código Penal: comentado, 5ª edição, Niterói, RJ: Impetus, 2011, páginas 934/935)**

Assim, presentes na denúncia os requisitos básicos para a persecução penal (indícios de autoria e materialidade) e não se podendo concluir, *ictu oculi*, pela ausência de justa causa à increpação, a tese do trancamento não prospera.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.627.549-RJ (2016/0249616-0)**

---

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Wellington Clemente da Silva Lima

Recorrido: Geraldo de Jesus Lima Marques

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Rosecélio Pimentel de Lima Junior  
Advogado: Manoelito Moura Rollemberg - RJ106898

---

### EMENTA

Recurso especial. Crimes de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Invasão de domicílio pela polícia. Presença de justa causa. Licitude das provas obtidas. Direito a não autoincriminação. Observância. Recurso especial provido.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8.10.2010).

2. Depois de aproximadamente dez horas de observação, os policiais militares puderam angariar elementos suficientes o bastante, externalizados em atos concretos, que fizeram surgir a fundada suspeita de que os acusados estariam traficando substâncias entorpecentes, inclusive com descrição de que a troca de sacolas entre eles seria típica de comercialização de drogas. Houve, pois, prévio monitoramento e campana no local, fruto de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local, a autorizar o ingresso no domicílio, sem o consentimento do morador e sem determinação judicial.

3. A descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante – na residência, foram encontradas drogas e dois revólveres calibre 38 – decorreu de uma circunstância anterior concreta justificadora do ingresso na casa do então suspeito, motivo pelo qual são lícitas todas as provas obtidas por meio da medida, adotada em estrita consonância com a norma constitucional.

4. Não se exige que o direito a não se autoincriminar seja anunciado pela autoridade policial no decorrer de diligências que culminam com a prisão em flagrante de algum investigado.

5. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a licitude das provas adquiridas mediante o ingresso em domicílio, bem como todas as que delas derivaram, e, conseqüentemente, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para que prossiga no julgamento da Apelação Criminal n. 0022167-22.2013.8.19.0011 apenas em relação aos recorridos Geraldo de Jesus Lima Marques e Rosecélio Pimentel de Lima Junior e analise as demais teses aduzidas no apelo defensivo, dessa vez considerando lícitas as provas obtidas em desfavor dos acusados.

### ACÓRDÃO

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

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

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

---

DJe 9.4.2018

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: O *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* 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. 0022167-22.2013.8.19.0011).

Consta dos autos que os ora recorridos – *Geraldo de Jesus Lima Marques e Rosecélio Pimentel de Lima Junior* – foram absolvidos, em segundo grau, em relação à prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e o acusado Rosecélio obteve absolvição também em relação ao delito descrito no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003, ambos com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público aponta violação dos arts. 157, *caput* e § 1º; 186; 283, *caput*; 283, § 2º; 301 e 303, todos do Código de Processo Penal. Afirma, para tanto, que as provas obtidas não foram ilícitas, porque, ao contrário do que compreendeu a Corte estadual, não houve invasão de domicílio. Acrescenta que as armas e as drogas foram apreendidas no interior da residência, depois de os próprios acusados haverem indicado o local aos policiais.

Sustenta, ainda, que “se afigura desnecessária a advertência do direito ao silêncio em momento anterior à prisão, notadamente em se tratando de hipótese de estado de flagrância de crime permanente” (fl. 521), de maneira que não há falar em ofensa ao princípio da não autoincriminação no tocante ao acusado *Geraldo*.

Em relação a esse ponto, pondera, também: “o que o texto constitucional teve a intenção de preservar foi o direito do preso de não fornecer às autoridades, caso assim não queira, provas em momento posterior à sua prisão e não o de evitar a obtenção de provas durante a prática criminosa, momento em que o estado de flagrância deve ser imediata e celeremente interrompido pelos agentes da lei” (fl. 537).

Conclui, assim, com a afirmação de que (fl. 526, destaquei):

[...] na hipótese de flagrante delito de posse de arma de fogo e tráfico de drogas, no interior de residência, na modalidade “guardar” material bélico e substância entorpecente, *é legítimo o ingresso de policiais em casa alheia e, por conseguinte, lícita é a prisão em flagrante do agente, bem como a apreensão de objetos necessários à prova da infração penal, ainda que a ação policial tenha sido motivada por “denúncia anônima” e não haja, no momento do ingresso na residência, certeza acerca da circunstância flagrancial, visto que a presença desta, não obstante constatada após a entrada em casa alheia, excepciona, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição da República, a inviolabilidade domiciliar.*

Requer o provimento ao recurso, a fim de que seja reconhecida a licitude das provas obtidas em desfavor dos recorridos e, por conseguinte, seja cassado o acórdão impugnado, “exclusivamente quanto à condenação do réu Rosecélio Pimentel de Lima Junior pela prática do crime previsto no artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003 e quanto à condenação do réu Geraldo de Jesus Lima Marques pela prática do crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, com a determinação de retorno dos autos à Câmara Criminal de Origem, para prosseguimento do julgamento das demais teses aduzidas nos apelos defensivos, considerando as provas obtidas como lícitas” (fl. 538).

Contrarrazões às fls. 545-573 e decisão de admissibilidade às fls. 596-597.  
O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

### *I. Contextualização*

Consta dos autos que o recorrido *Geraldo de Jesus Lima Marques* foi condenado, em primeiro grau, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O acusado *Rosecélio Pimentel de Lima Junior*, por sua vez, à reprimenda de 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pelo cometimento dos delitos descritos nos arts. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003.

O Ministério Público assim narrou os fatos em sua inicial acusatória, no que interessa, *in verbis* (fls. 3-5):

No dia 06 de novembro de 2013, por volta das 18h, na Avenida América Central, próximo ao n. 1.276, no bairro da Praia do e Siqueira, nesta comarca, os denunciados *Wellington* e *Rosecélio*, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios entre si, traziam consigo, de forma sucessiva, 35 (trinta e cinco) cápsulas contendo em seu interior pó branco, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, tendo o primeiro entregado a bolsa contendo o material apreendido ao segundo, que a levou para sua residência.

No mesmo dia e horário, na Avenida América Central, n. 1.276, no bairro da Praia do Siqueira, nesta comarca, o denunciado *Rosecélio*, de forma livre e consciente, guardava, enterrada no quintal, 109 (cento e nove) pequenos sacolés contendo era seca e picada, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, bem como possuía, no interior da residência, duas armas de fogo de uso permitido, quais sejam, dois revólveres, sendo um da marca Taurus, n. de série 100488, e outro da marca Colt, com numeração suprimida, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Nas mesmas condições de tempo, em outra residência localizada nas imediações da de n. 1.276, na Avenida América Central, no bairro da Praia do Siqueira, nesta comarca, o denunciado *Geraldo*, consciente e voluntariamente, mantinha em depósito 120 (cento e vinte) cápsulas contendo em seu interior pó branco, sem autorização ou em desacordo com determinação legal.

Ficou constatado pelo Laudo Prévio de fl. 06, tratar o material entorpecente apreendido de 200,26 g (duzentos e vinte e seis centigramas) de Cloridrato de Cocaína e 216,90 g (duzentos e dezesseis gramas e noventa centigramas) de *Cannabis Sativa L*, mais conhecida como maconha.

Policiais militares, objetivando apurar a ocorrência de tráfico de drogas na localidade, *observaram o denunciado Rosecélio saindo da casa* de n. 1.276 carregando uma bolsa, tendo, já na Avenida, encontrado com o denunciado *Wellington*, que também carregava uma bolsa, tendo os mesmos trocado as bolsas.

O denunciado *Wellington* afastou-se de local com a nova bolsa, enquanto o denunciado *Rosecélio* voltou para sua residência com a bolsa recebida do denunciado *Wellington*, tendo, então, a guarnição se separado.

O denunciado *Rosecélio* foi abordado, tendo os policiais encontrado o material entorpecente acima descrito no interior da bolsa e enterrado no quintal, bem como as armas de fogo apreendidas, no interior da residência. Ele confirmou aos policiais que a cocaína e as armas seriam para sua guarda.

Já o denunciado *Wellington* se encontrou com o denunciado *Geraldo* em outra parte da mesma via pública, tendo ambos evadido quando avistaram a guarnição policial, sendo, no entanto, capturados. *Indagados, o denunciado Geraldo levou a guarnição até outra casa no local dos fatos, onde foi arrecadada quantidade ainda maior de cocaína, tendo Geraldo informado que a droga seria para distribuição.* Com o denunciado *Wellington* não foi encontrada a bolsa que lhe foi entregue pelo denunciado *Rosecélio*.

Em sede policial, os denunciados admitiram que participam do tráfico local.

Considerando o local da abordagem, do relato dos policiais militares e as circunstâncias da prisão, conclui-se que os denunciados traziam consigo e mantinham em depósito o material entorpecente para fins de tráfico.

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso para *absolver* ambos os acusados com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Em relação à suposta invasão de domicílio, a Corte estadual assim fundamentou a sua compreensão (fls. 460-461):

No caso em tela, ao retorno da matéria que foi ventilada e amplamente discutida, tem-se operação policial, realizada na Praia do Siqueira, resultado de denúncia anônima quanto ao tráfico de drogas.

E, na análise que se adentra, mais claro e preciso, é o depoimento do soldado da Polícia Militar, Victor Rodrigues da Silva, que *descreve uma observação de aproximadas dez horas, na entrada da residência noticiada, visualizando a entrada*

*de Rosecélio na residência, onde demorou por cinco minutos, dela saindo com algo nas mãos, e dirigindo-se à praça. Retornando, novamente à residência, e ao sair, o apelante Wellington que também se encontrava com um saco nas mãos, fizeram as trocas dos mesmos, sendo ambos na cor branca. Prossegue com a abordagem, e o encontro do material entorpecente, adentrando na residência, local em que localizadas as duas armas em uma gaveta do guarda-roupa.*

É o relato que se extrai do depoimento às fls. 166:

(...) que no dia dos fatos, o Comandante recebeu denúncia anônima informando que o Geraldo e o Wellington, vulgo “Negueba” teriam acabado de assumir a gerência do tráfico de drogas local e que eles estavam no local armazenando parte das drogas numa residência e fazendo tráfico de drogas na Praça da Praia do Siqueira aonde tem os quiosques e é a principal; que a guarnição foi dividida a fim de que disfarçassem e então o soldado Sartori ficou na viatura enquanto o depoente e o Sargento Garcia desembarcavam; que ficaram observando a entrada da residência, aproximadamente por dez horas de observação; que em certo momento, o acusado Rosecélio entrou na residência, demorou aproximadamente cinco minutos, saiu com alguma coisa na mão e foi em sentido à praça; que decidiram aguardar um pouco para esperar a possível visibilidade do Geraldo e de Negueba; que Rosecélio retornou para a residência, saiu e nisso vinha o acusado – Wellington com o saco na mão; que nesse momento, os dois já estavam com sacolas nas mãos e fizeram a troca destas sacolas, após apertarem as mãos; que Wellington saiu e o Rosecélio ficou um tempo na frente da residência; que então foram abordá-lo no momento em que ele já estava virado, abrindo o portão; que ele levou um susto e na revista foram encontradas as drogas dentro do saco que ele trazia na mão e era Cocaína; que entraram na residência, enquanto o acusado negava a propriedade da droga; que na residência estava a irmã do acusado que estava nervosa e dentro do quarto de dormir do acusado, dentro da gaveta do guarda-roupa, foram encontrados dois revólveres calibre 38 (...)

*Adentrando na residência, sem autorização, eis que Rosecélio se encontrava fora da mesma, conduzindo à prova ilícita, inadmissibilidade, afrontando o devido processo legal.*

Quanto à conclusão de que as provas obtidas seriam ilícitas também por falta de advertência do acusado Geraldo no tocante ao direito ao silêncio, o Tribunal de origem salientou o seguinte (fls. 462-464):

No que toca ao apelante Geraldo, narra situação que revela uma ofensa ao Princípio da Não Auto Incriminação, assegurando que:

(...) que o depoente chamou o Sartori dizendo que era endereço errado e foram para outra casa, que tinha um portão de ferro fechada e uma senhora que estava acabando de subir nas escadas; que perguntaram se dois indivíduos se evadiram para dentro da casa e sentiram que ela ficou sem reação de responder e perguntaram se podiam entrar para olhar, tendo ela dito que sim porque só havia família; que o depoente abriu o portão, subiram as escadas e logo para a direita era a entrada da casa; que era uma sala conjugada com o quarto; que ao entrarem, o acusado Geraldo estava sentado no sofá da sala, usando um boné preto, tentando esconder o rosto e foi abordado; que simultaneamente já dava para ver o quarto que não tinha porta e então viu o Geraldo gritando com uma criança em cima da cama; que o depoente narrou sobre tudo o que aconteceu e então o acusado Geraldo disse: “Meu chefe, papo de sujeito homem, sem esculacho, vou levar o senhor onde está a drogai”; que fizeram contato com o sargento Garcia porque estavam em numero menor e já estava escuro e o local informado pelo Geraldo no qual estaria escondido o restante da droga, (...)

Portanto, não havia um estado de flagrância quanto à Geraldo, e na residência onde se encontrava, como se depreende, nada foi apreendido.

Continua com a assertiva de que, localizado o entorpecente, que fora indicado por Geraldo.

Finaliza na inquirição procedida pelo órgão do Ministério Público, e ao de não fazer prova contra si, demonstrando que, ao não ser preservado o direito ao silêncio, possibilitou a apreensão do material entorpecente, fls. 167:

(...) que o local no qual o Geraldo levou os policiais para pegar as drogas já é conhecido como local de tráfico de drogas, pois a casa está em reforma; que quanto a esta casa não tinham informações naquela diligência, foi apenas o Geraldo que os levou naquele lugar; que se o Geraldo não tivesse falado nada, não teriam ido até aquela casa e achado aquelas drogas.” (...)

Pois, confirma, fls. 168:

[...] Que então nesta primeira casa foram apreendidos duas armas, maconha e cocaína, estando a maconha enterrada e a cocaína no saco que estava na mão de Rosecélio; que ali permaneceu o Sargento Garcia com o acusado Rosecélio e o depoente foi encontrar Sartori próximo à lagoa para que fizessem a segunda diligência na segunda casa;

que erraram a casa e viram pessoas em frente a uma casa e então perguntaram à senhora sobre indivíduos que poderiam ali terem entrado; que então nessa segunda casa encontraram Wellington e Geraldo e nenhum material entorpecente foi apreendido [...]

É estranho que, não havendo qualquer evidência de materialidade, como assegura o Policial Militar, Victor, que o apelante Geraldo, em impulso indefinido, se apresentasse para indicar onde estaria o entorpecente. Sendo de se frisar que sequer se encontrava no mesmo local.

Fls. 167:

[...] que ao entrarem, o acusado Geraldo estava sentado no sofá da sala, usando um boné preto, tentando esconder o rosto e foi abordado; que simultaneamente já dava para ver o quarto que não tinha porta e então viu o Geraldo gritando com uma criança em cima da cama; que o depoente narrou sobre tudo o que aconteceu e então o acusado Geraldo disse: “Meu chefe, papo de sujeito homem, sem esculacho, vou levar o senhor onde está a droga”; que fizeram contato com o sargento Garcia porque estavam em numero menor e já estava escuro e o local informado pelo Geraldo no qual estaria escondido o restante da droga, já tinha informações de que eles ficavam armados; que o soldado Sartori permaneceu na casa com o acusado Wellington, enquanto o depoente desceu junto com o Geraldo; que Geraldo desceu muito tranqüilo, atravessaram a Av. Central, sentido à praça da Praia do Siqueira, adentraram mais um pouco o bairro e ele disse: “Ta aqui. Joguei por cima do muro”; que era uma casa muito alta, com muros chapiscados com vidro; que o depoente não queria pular porque estava sozinho com o Geraldo, mas ele disse que não iria fugir; que colocou o acusado sentado ao lado do muro, subiu em cima de um fusca e pulou; que pegou as drogas em baixo de umas telhas de obra [...]

Situação descrita que não se coaduna com o Princípio da não autoincriminação, mormente, vale giz; quem não tem evidência a pesar contra si, quanto ao objeto material do crime.

## *II. Inviolabilidade de domicílio – direito fundamental*

O caso traz a lume antiga discussão sobre a legitimidade do procedimento policial que, após o ingresso no interior da residência de determinado indivíduo, *sem o seu consentimento válido e sem autorização judicial*, logra encontrar e apreender drogas e arma de fogo – de sorte a configurar a prática dos crimes de tráfico de entorpecentes e de posse de arma de fogo de uso restrito, respectivamente –, cujo caráter permanente autorizaria o ingresso domiciliar.

Faço lembrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *RE n. 603.616/RO*, com repercussão geral previamente reconhecida, assentou que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, *devidamente justificadas*

*a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (Rel. Ministro *Gilmar Mendes*, DJe 8.10.2010).

A Corte Suprema, em síntese, definiu que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em *fundadas razões* – na dicção do art. 240, § 1º, do CPP –, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

Embora a jurisprudência haja caminhado no sentido de que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem o consentimento do morador, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente – de que é exemplo o tráfico de drogas –, propus, ao julgar o *REsp n. 1.574.681/RS* (DJe 30.5.2017), que o entendimento fosse aperfeiçoado, dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se pudesse perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável.

Na ocasião, esta colenda Sexta Turma decidiu, à *unanimidade*, que não se há de admitir que *a mera constatação* de situação de flagrância, *posterior ao ingresso*, justifique a medida. Ora, se o próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, *não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de mera capacidade intuitiva*, entrar de maneira forçada na residência de alguém e, então, verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente. A ausência de justificativas e de elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental.

No referido julgamento, concluiu-se, portanto, que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, é necessário tenha a autoridade policial *fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas*, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida, e não mera desconfiança fulcrada, *v.g.*, na fuga de indivíduo de uma ronda policial, comportamento que pode ser atribuído a várias causas que *não, necessariamente*,

*a de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente ou mesmo carregando consigo ilegalmente arma de fogo.*

O caso julgado no referido recurso especial foi exatamente o seguinte: o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, empreendeu fuga para dentro de sua casa, e, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack).

A Turma concluiu, *de forma unânime (frise-se)*, que a descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante não passou de *mero acaso*, de maneira que a entrada no domicílio do réu, naquele caso, desbordou do que se teria como uma situação justificadora do ingresso na casa do então suspeito, motivo pelo qual não teria eficácia probatória a prova obtida ilicitamente, por meio de violação de norma constitucional. Por conseguinte, também se reputou inadmissível a prova derivada da conduta ilícita – qual seja, a apreensão de 18 pedras de crack no interior da residência do acusado.

Novamente, em sessão de julgamento ocorrida em 22.8.2017, esta colenda Sexta Turma, ao julgar o *REsp n. 1.558.004/RS* (DJe 31.8.2017), considerou, *à unanimidade*, serem nulas as provas obtidas mediante invasão de domicílio, em hipótese na qual havia somente vagas suspeitas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pela ré, em razão, única e exclusivamente, de informações de que haveria traficância na rua de sua residência – que, aliás, poderia muito bem estar sendo praticada inclusive por outro vizinho ou qualquer outro morador.

No caso *sub examine*, compreendo, no entanto, que *havia fundadas suspeitas*, a autorizar o ingresso no domicílio dos recorridos, acerca da possível ocorrência do crime de tráfico de drogas.

Segundo consta do próprio acórdão impugnado, um policial militar recebeu denúncia anônima de que os acusados Geraldo e Wellington haveriam acabado de assumir a gerência do tráfico de drogas no local e de que eles estavam armazenando substâncias entorpecentes em determinada residência.

Conforme o depoimento prestado pelo soldado da Polícia Militar Victor Rodrigues da Silva, “a guarnição foi dividida a fim de que disfarçassem e então o soldado Sartori ficou na viatura enquanto o depoente e o Sargento Garcia desembarcavam; que *ficaram observando a entrada da residência, aproximadamente por dez horas de observação*” (fl. 460). Na sequência, narrou o referido policial que (fl. 461):

[...] em certo momento, o acusado Rosecélio entrou na residência, demorou aproximadamente cinco minutos, saiu com alguma coisa na mão e foi em sentido

à praça; que decidiram aguardar um pouco para esperar a possível visibilidade do Geraldo e de Negueba; que Rosecélio retornou para a residência, saiu e nisso vinha o acusado – Wellington com o saco na mão; que nesse momento, os dois já estavam com sacolas nas mãos e fizeram a troca destas sacolas, após apertarem as mãos; que Wellington saiu e o Rosecélio ficou um tempo na frente da residência; que então foram abordá-lo no momento em que ele já estava virado, abrindo o portão; que ele levou um susto e *na revista foram encontradas as drogas dentro do saco que ele trazia na mão e era Cocaína*; que entraram na residência, enquanto o acusado negava a propriedade da droga; que na residência estava a irmã do acusado que estava nervosa e dentro do quarto de dormir do acusado, dentro da gaveta do guarda-roupa, foram encontrados dois revólveres calibre 38 [...]

Veja-se, portanto, que, *depois de aproximadamente dez horas de observação*, os policiais militares puderam angariar elementos suficientes o bastante, externalizados em *atos concretos*, que fizeram surgir a fundada suspeita de que os acusados estariam traficando substâncias entorpecentes, inclusive com descrição de que a troca de sacolas entre eles seria *típica de comercialização de drogas*. Houve, pois, prévio monitoramento e campana no local, frutos de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local, a autorizar o ingresso no domicílio de recorrido, sem o seu consentimento e sem determinação judicial.

Tenho, assim, que a descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante – na residência, foram encontradas drogas e dois revólveres calibre 38 – decorreu de uma *circunstância anterior concreta* justificadora do ingresso na casa do então suspeito, motivo pelo qual *são lícitas* todas as provas obtidas por meio da medida, adotada em estrita consonância com a norma constitucional.

### *III. Princípio da não autoincriminação*

Por fim, quanto à suposta inobservância ao princípio que veda a autoincriminação durante a abordagem policial, também entendo assistir razão ao Ministério Público estadual.

Faço lembrar que aquele que sofre persecução penal pelo Estado possui, entre outras prerrogativas básicas, o direito de permanecer em silêncio; de se recusar a participar, de maneira ativa ou passiva, da produção de provas que lhe possam afetar a esfera jurídica (*v.g.*, fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para fins de perícia criminal); de não ser obrigado a produzir elementos de incriminação contra si próprio ou de apresentar provas que comprometam a sua defesa (STF, *MC no HC n. 96.219/SP*, Rel. Ministro *Celso de Mello*, DJe 15.10.2008).

No entanto, não é necessário que tal garantia seja anunciada pela autoridade policial no decorrer de diligências que culminam com a prisão em flagrante de algum investigado. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, “se havia suspeita de que o paciente estava praticando o delito de tráfico de drogas, os policiais militares poderiam, mesmo sem qualquer informação por ele fornecida, averiguar o local, e diante da localização de grande quantidade de drogas, apreender a substância entorpecente e prendê-lo em flagrante, *sem que seja necessário informá-lo previamente sobre o seu direito ao silêncio*, razão pela qual não há falar em confissão informal ilícita” (HC n. 253.709/RJ. Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 21.8.2014).

Portanto, também sob esse viés, considero serem válidas as provas obtidas em desfavor do acusado Geraldo.

#### *IV. Dispositivo*

À vista do exposto, *dou provimento* ao recurso especial, a fim de reconhecer a licitude das provas obtidas mediante o ingresso em domicílio, bem como todas as que delas derivaram, e, conseqüentemente, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para que prossiga no julgamento da Apelação Criminal n. 0022167-22.2013.8.19.0011 apenas em relação aos recorridos Geraldo de Jesus Lima Marques e Rosecélio Pimentel de Lima Junior e analise as demais teses aduzidas no apelo defensivo, dessa vez considerando lícitas as provas obtidas em desfavor dos acusados.

À ausência de recurso do Ministério Público, fica mantida inalterada a absolvição do acusado Wellington Clemente da Silva Lima.

Em tempo, *corrija-se a autuação*, para que constem como recorridos apenas Geraldo de Jesus Lima Marques e Rosecélio Pimentel de Lima Junior.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.699.710-MS (2017/0246746-2)**

---

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

Recorrido: Jose Batista dos Santos

Advogado: José Donizete Ferreira Freitas - MS004300

---

### EMENTA

Recurso especial. Direito Penal. Estatuto do Desarmamento. Posse irregular de munição de uso permitido. Crime de perigo abstrato. Excepcionalidade do caso concreto. Absoluta ausência de significado lesivo.

1. Os delitos previstos no Estatuto do Desarmamento são crimes formais, de mera conduta e de perigo abstrato e se consumam independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, sendo o dano presumido pelo tipo penal. Assim, como regra geral, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e porte de arma de fogo ou munição, notadamente porque não se cuidam de delitos desprovidos de periculosidade social em face mesmo da natureza dos bens jurídicos tutelados e do princípio da proteção eficiente.

2. Não obstante, inexistente perigo de lesão ou probabilidade de dano aos bens jurídicos tutelados pela norma na conduta de alguém que é ourives e vive de sua profissão comercializando jóias, sem qualquer notícia de envolvimento com práticas criminosas, em que foram apreendidas apenas três munições dentro da gaveta de uma mesa no interior do seu estabelecimento comercial, desacompanhadas de arma de fogo.

3. Recurso ministerial 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, Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

**RELATÓRIO**

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

Apelações criminais. Receptação qualificada. Joias adquiridas pelo réu por quantia superior a 70% (setenta por cento) do valor de avaliação. Inexistência de desproporção flagrante entre o valor dos objetos furtados e o preço pago por eles. Condições socioeconômicas precárias do autor dos crimes de furto. Circunstância que não tem o condão de provocar a suspeita de serem produtos de delito, uma vez que as joias eram de pequeno custo. Impossibilidade de o réu ter conhecimento acerca da origem criminosa daqueles objetos. Fato atípico. Porte ilegal de munição de uso permitido. 3 (três) munições apreendidas, desacompanhadas de aparato necessário para serem deflagradas (arma de fogo). Inexistência de potencialidade lesiva ao bem jurídico penalmente tutelado. Atipicidade da conduta em sua dimensão material. Recurso defensivo provido. Recurso ministerial improvido.

Caso não haja desproporção manifesta entre o valor das jóias furtadas e o preço pago por elas mais de 70% (setenta por cento) do valor de avaliação, e que tais objetos sejam de pequeno valor indicativo de que a mera circunstância de terem sido oferecidas ao réu por pessoa humilde não tem o condão de provocar a suspeita de serem coisas produtos de crime, a consequência lógica é que não há falar em crime de receptação, ante a ausência de elemento subjetivo do tipo, pois o agente, dentro desse contexto fático, evidentemente, não poderia ter conhecimento a respeito da origem criminosa daqueles bens.

Na hipótese de porte ilegal de munição, para que fique caracterizado o perigo abstrato de perigosidade real, faz-se imprescindível a demonstração de disponibilidade de uso dela, ou melhor, que o agente disponha de acesso imediato à ferramenta necessária para a sua utilização uma arma de fogo compatível com o calibre do projétil, porque, inexistindo tal artefato dentro da esfera de disponibilidade dele, aquele objeto (a munição) não poderá ser deflagrado, carecendo, assim, de potencialidade lesiva, sem qualquer possibilidade de ameaça concreta ao bem jurídico penalmente tutelado, com a resultante atipicidade da conduta em sua dimensão material.

Sustenta o recorrente negativa de vigência ao artigo 12 da Lei n. 10.826/2003 ao argumento de que para a configuração do delito não se exige a ocorrência de lesão efetiva ao bem jurídico tutelado, haja vista se tratar de crime de mera conduta e de perigo abstrato, e que a jurisprudência dominante

reconhece a tipicidade do crime em comento, ainda que as munições sejam encontradas desacompanhadas da arma capaz de deflagrá-las, pois possuem suficiente potencialidade lesiva contra a segurança e a incolumidade pública.

Apresentadas as contrarrazões, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): De início, acerca do princípio da insignificância, insta ressaltar que se consolidou na jurisprudência das Cortes Superiores o entendimento de que sua aplicação pressupõe o preenchimento concomitante de quatro requisitos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A esse respeito, confira-se a ementa do HC n. 84.412-0/SP, julgado na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que se tornou referência acerca do tema não apenas no Pretório Excelso mas também nesta Corte Superior de Justiça:

*Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade. "Res furtiva" no valor de R\$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. – O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder*

Público. *O postulado da insignificância e a função do Direito Penal: "de minimis, non curat praetor".* - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19.10.2004, DJ 19.11.2004)

Do exposto resulta que a incidência do cânone diz com fatos dotados de mínima ofensividade, desprovidos de periculosidade social, de reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e que a lesão jurídica provocada seja inexpressiva.

Por outro lado, conforme o Estatuto do Desarmamento, constituem crimes as condutas consistentes em possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo ou munição. Em tais delitos o bem jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social.

Demais disso, os delitos de posse e porte de arma de fogo ou de munição são crimes formais, de mera conduta e de perigo abstrato e se consumam independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, sendo o dano presumido pelo tipo penal.

Assim, como regra geral, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e porte de arma de fogo ou munição notadamente porque não se cuidam de delitos desprovidos de periculosidade social em face mesmo da natureza dos bens jurídicos tutelados e do princípio da proteção eficiente.

Com efeito, é pacífica a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que os delitos de porte de armas e munição de uso permitido ou restrito, tipificados nos artigos 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, são crimes de mera conduta e de perigo abstrato, em que se presume a potencialidade lesiva, sendo inaplicável o princípio da insignificância independentemente da quantidade apreendida, como se colhe em reiterados precedentes de ambas as turmas com competência em matéria penal deste Superior Tribunal de Justiça e também das duas turmas do Supremo Tribunal Federal.

*Todavia, considerando as especificidades do presente caso concreto e os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal que admitiram a aplicação do princípio da insignificância em sede de porte de munição, entendo que a questão comporta melhor e mais detido exame com vistas à adoção de solução diversa em casos excepcionais quando puder ser aferida a absoluta ausência de significado lesivo.*

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 104.410, da relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, relativo à arma desmuniada, reafirmando a natureza de perigo abstrato dos delitos do Estatuto do Desarmamento, não se descurou de aventar e reconhecer a possibilidade de se afastar a tipicidade material quando puder se aferida concretamente a absoluta ausência de significado lesivo, valendo conferir, para tanto, o seguinte excerto do julgado:

Não descuro da realidade, inclusive daquela formada por situações possíveis de ocorrer nos mais diversos rincões deste país e que, em tese, ainda que subsumidas à tipicidade formal, são desprovidas de qualquer significação social.

A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

Devemos cindir a questão em dois momentos: da elaboração da norma incriminadora e da aplicação do direito ao caso concreto. Aliás, como sói ocorrer em todas as situações abarcadas pelo direito.

Assim, a questão, ao meu sentir, não reside na tipificação da conduta, mas na aplicação do direito aos diversos fatos que se verificam no cotidiano. Na avaliação concreta realizada pelo juiz, ao pretensamente realizar um juízo de subsunção do fato à norma. (...)

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

Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (A)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada. 1. Controle de constitucionalidade das leis penais. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais

não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. *Crimes de perigo abstrato. Porte de arma. Princípio da proporcionalidade.* A Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. *Legitimidade da criminalização do porte de arma.* Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente

lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. *A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.* 4. *Ordem denegada.* (HC 104.410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06.03.2012, Acórdão Eletrônico DJe-062 divulg 26.03.2012 public 27.03.2012)

Posto isso, no presente caso, consta dos autos que foi oferecida denúncia contra o recorrente nos seguintes termos:

*José Batista dos Santos*, vulgo “Batista”, brasileiro, ourives, portador do RG n. 109.068.993 SSP/SP e CPF n. 017.785.648-36, nascido em 11.04.1961, natural de Santo Anastácio/SP, filho de Ernesto Pereira dos Santos e Maria Batista dos Santos, residente na Rua Amin José, n. 620 - fundos, Centro, nesta cidade, em razão do seguinte fato:

No dia 30 de novembro de 2012, por volta das 09h50min, na Joalheria A Joia, localizada na Rua Amin José, n. 120, Centro, nesta cidade, *José Batista dos Santos* adquiriu e tinha em depósito, em proveito próprio, no exercício de sua atividade comercial, objetos que devia saber ser produto de crime.

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, *José Batista dos Santos* possuía 03 munições calibre 32, ogival, marca Aguila, não deflagradas, conforme descritas no item 33 do auto de apreensão às f. 40, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de seu local de trabalho.

Segundo apurado, *Denys Angelo da Silva* cometeu diversos furtos nesta cidade e, após ser capturado, confessou a autoria dos diversos delitos e informou que as joias que subtraía eram vendidas, em várias oportunidades, para o denunciado, em razão da profissão do mesmo. Diante desta informação, foi ajuizado pela Autoridade Policial o Pedido de Busca e Apreensão n. 0003010-07.2012.8.12.0007, o qual foi acolhido pelo Juiz e expedido o competente mandado.

Ao cumprir o mandado de busca e apreensão, os Investigadores de Polícia descobriram que o denunciado adquiriu de *Dennys* e tinha em depósito diversas joias, objeto de furto, além de três munições calibre 32, as quais foram apreendidas às f. 38/40.

*Ao que se tem dos autos, o recorrente é ourives que vive de sua profissão comercializando joias, e não há qualquer notícia nos autos de que ele esteja ligado a práticas criminosas, valendo anotar, inclusive, que o crime de receptação, também*

imputado na denúncia, já foi afastado pelo Tribunal de Justiça à consideração de que “Nesse contexto, dado em conta que não há falta de correspondência manifesta entre o valor dos objetos e o preço pago por eles, ou seja, desproporção flagrante entre os dois, na medida em que tais joias foram avaliadas pelo importe global de R\$ 561,00 (quinhentos e sessenta e um reais), e compradas pelo réu por R\$ 400,00 (quatrocentos reais) isto é, menos de 30% (trinta por cento) do valor de avaliação, aliada ao fato de que se cuidam de joias de pequeno custo, indicativo de que a mera circunstância de terem sido oferecidas a ele por pessoa humilde não tem o condão de provocar a suspeita de serem coisas produtos de crime, a meu juízo, não há falar em dolo, em elemento subjetivo do tipo, pois o réu, obviamente, não poderia ter conhecimento acerca da origem criminosa daqueles bens, sendo forçoso reconhecer, portanto, que o fato é atípico.” (fl. 436)

*Demais disso, não é possível vislumbrar, no fato concreto em exame, que a conduta do recorrente seja capaz de expor a perigo a segurança da sociedade, uma vez que foram apreendidas apenas três munições dentro da gaveta de uma mesa no interior do seu estabelecimento comercial, desacompanhadas de arma de fogo, de modo que as munições apreendidas não estavam disponíveis para uso e, portanto, eram incapazes, por si só, de provocar perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.*

Assim, a conduta imputada ao recorrente não se mostra típica em sua dimensão material porque falta à espécie a mínima ofensividade e a periculosidade social, necessárias para a configuração do delito, de modo que o caso comporta excepcional solução, com a exclusão da tipicidade pela adoção dos princípios da insignificância, da ofensividade, da subsidiariedade e da proporcionalidade, pena de se converter a jurisdição penal ao mero punitivismo e/ou positivismo legalista.

Com efeito, diversamente da posse de arma desmuniçada, em que se argumenta que o artefato é capaz, por si só, de intimidar, constranger e ameaçar, produzindo risco à paz social, bem como da posse de várias munições em um contexto que denote que o agente pretendia fazer uso delas ou se encontrava envolvido em práticas criminosas, tenho que a posse de poucas munições - não raros os casos em que são apreendidos apenas um projétil - pode, *a depender das circunstâncias do caso concreto*, excepcionalmente, denotar que a conduta não representa perigo concreto nem abstrato, vale dizer, que inexistente perigo de lesão ou probabilidade de dano aos bens jurídicos tutelados pela norma, imediatos (incolumidade pública e paz social) ou mediatos (vida, integridade física, patrimônio, liberdade, dentre outros).

A propósito do tema, colhem-se os seguintes precedentes do Pretório Excelso que admitiram a aplicação do princípio da insignificância em porte de munição:

*Habeas corpus. Penal. Art. 16 do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003). Porte ilegal de munição de uso restrito. Ausência de ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado. Atipicidade dos fatos. Ordem concedida.* I - Paciente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso restrito, calibre 9mm. II - Conduta formalmente típica, nos termos do art. 16 da Lei n. 10.826/2003. III - Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. IV - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. (HC 132.876, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 16.05.2017, Processo Eletrônico DJE-116 divulg 1º.06.2017 public 02.06.2017)

*Habeas corpus. Delito do art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003. Paciente portando munição. Atipicidade material da conduta. Incidência do princípio da insignificância. Ordem concedida.* 1. A análise dos documentos pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta. 2. A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 3. Ordem concedida. (HC 133.984, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 17.05.2016, Processo Eletrônico DJE-112 divulg 1º.06.2016 public 02.06.2016)

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

*Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Art. 12 do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003). Posse irregular de munição de uso permitido. Ausência de ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado. Atipicidade dos fatos. Recurso provido.* I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22. II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei n. 10.826/2003. III – Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. IV – Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito descrito no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

(RHC 143.449, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26.09.2017, Processo Eletrônico DJe-231 divulg 06.10.2017 public 09.10.2017)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ministerial.

*É o voto.*

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.707.948-RJ (2017/0282003-2)**

---

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: L A DE A

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

---

**EMENTA**

Recurso especial. Ameaça no âmbito da Lei Maria da Penha. Pena exclusiva de multa. Impossibilidade. Art. 17 da Lei n. 11.340/2006. Anotação na FAC do recorrente com trânsito em julgado há mais de 20 anos. Direito ao esquecimento. Afastamento dos maus antecedentes. Recurso especial provido em parte.

1. Conforme previsão do art. 17 da Lei Maria da Penha, não é cabível, em hipóteses de violência ou grave ameaça contra a mulher no âmbito doméstico, a aplicação somente da pena de multa, ainda que o crime pelo qual o réu foi condenado tenha previsão alternativa dessa espécie de sanção. Precedentes.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base. Entretanto, quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, como no presente caso, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento.

3. Não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda, pois a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento – o lapso temporal – deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

4. Recurso especial provido em parte a fim de afastar a aplicação exclusiva da pena de multa. Determinado o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para imediata execução da pena imposta.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 10 de abril de 2018 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

---

DJe 16.4.2018

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: O *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do *Tribunal de Justiça daquele estado* (Apelação Criminal n. 0006680-60.2014.8.19.0210).

Nesta Corte, o *Parquet* aponta violação dos arts. 17 da Lei n. 11.340/2006 e 59 do Código Penal. Para tanto, argumenta que “a Lei Maria da Penha, incidente no caso, impossibilita qualquer tipo de sanção que implique apenas e tão somente no pagamento de numerário” (fl. 211). Ainda, entende que “condenações anteriores que não gerem reincidência devem ser consideradas maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base, isto independentemente de seu trânsito em julgado ter ocorrido há mais de 5 (cinco) anos” (fls. 217-218).

Requer o reconhecimento da presença dos maus antecedentes e a cassação da pena de multa.

Intimada, a defesa apresentou contrarrazões às fls. 236-345.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (fls. 364-365).

## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

### *I. Admissibilidade*

De início, constato a tempestividade do recurso especial interposto com espeque no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal e verifico o preenchimento dos requisitos constitucionais, legais e regimentais para seu processamento.

### *II. Contextualização*

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado a 1 mês e 15 dias de detenção, em regime aberto, pena essa substituída por restritiva de direito consistente na prestação de serviços à comunidade, como incurso no art. 147, *caput*, do Código Penal, na forma do art. 5º da Lei n. 11.340/2006. A reprimenda foi assim individualizada (fls. 96-97, grifei):

As circunstâncias previstas no art. 59 do C.P são desfavoráveis ao acusado.

Como se vê de sua FAC, o mesmo possui condenação transitada em julgado, que embora não possa repercutir para efeito de reincidência, pode ser considerada para efeitos de maus antecedentes. Assim, fixo a pena-base em 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção.

Inexistem circunstâncias atenuantes, mas presente a agravante prevista no art. 61, II, “f” do Código Penal porque patente que a ameaça foi praticada no âmbito da violência doméstica pelo que aumento a pena para 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção.

Inexistem causas de aumento ou de diminuição, razão pela qual torno definitiva a pena antes fixada em 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção.

Nos crimes praticados com violência ou grave ameaça, não é cabível a substituição da pena, por força do artigo 44 do CP. Contudo, a doutrina é pacífica em permitir a substituição quando se trata de infração de menor potencial ofensivo,

*mesmo diante da presença da violência ou grave ameaça, como in casu (lesão leve, ameaça ou constrangimento ilegal).*

[...]

Igualmente o STJ já decidiu pela *possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, desde que não seja consubstanciada no pagamento de cestas básicas ou prestação pecuniária, isoladamente, como dispõe o art. 17, da Lei n. 11.340/2006 (HC 207.978/MS; julgamento em 27.03.2012, Relator Min. Jorge Mussi).*

Assim, **substituo** a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito consubstanciada em prestação de serviços à comunidade, a ser cumprida após o trânsito em julgado.

Em caso de conversão, o regime inicial de cumprimento da pena será o aberto, conforme art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Irresignado, o acusado interpôs apelação perante o Tribunal estadual, que deu parcial provimento ao recurso para afastar os maus antecedentes e estabelecer a pena definitiva do réu em 11 dias-multa, nos seguintes termos (fls. 176-180, destaquei):

*Se a Lei n. 11.340/2006 veda a substituição da PPL por multa, não impede, nem poderia fazê-lo, a aplicação da multa prevista como pena autônoma, no próprio preceito secundário do tipo penal imputado.*

*In casu*, o tipo penal imputado (art. 147) previu, em seu preceito secundário, as penas de detenção (de um a seis meses), ou multa, sendo esta última estabelecida segundo a exata disciplina dos arts. 49 e segs. do CP, rigorosamente inconfundível frente aquelas resultantes da aplicação dos arts. 43, I, e 45, par. 1º, do mesmo Diploma (prestação pecuniária).

Ora, multa é uma espécie de pena, conforme expõe o artigo 32, III, do Código Penal.

Tendo em vista que a Juíza *a quo* não fundamentou a razão pela qual teria deixado de considerar da multa como pena autônoma, do próprio tipo imputado (a qual, por certo, não se enquadra na exata disciplina restritiva do art. 17 da Lei Maria da Penha), optando por substituir diretamente a pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, deve haver revisão radical da sanção a final imposta.

[...]

Nesse diapasão, cabe aqui consignar que assiste razão a defesa, uma vez que a magistrada de primeiro grau incorreu em equívoco, ao considerar como maus antecedentes a anotação n. 01 gravada na FAC do réu (pasta 62) referente a

*condenação pelo crime previsto no art. 213 do CP, constando data do transitio em julgado em 25.08.1994.*

Como assevera o Min. Dias Toffoli, em seu voto no HC n. 119.200/PR, impetrado contra o REsp n. 1.376.390/PR, “O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal”.

Entender o contrário seria eternizar os efeitos de uma condenação.

[...]

Entender o contrário seria eternizar os efeitos de uma condenação. Em verdade, o juízo perpétuo de condenação implica em condenação da própria sociedade, que não conseguiu cuidar de forma adequada do fato anteriormente julgado. Traz em si a declaração de falência do sistema de Justiça.

[...]

*Assim sendo, garantido o direito ao esquecimento, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, conduz a fixação da pena-base no seu exato mínimo legal, em 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo.*

Na segunda fase, reconhecida a agravante do prevista no art. 61, II, “f” do Código Penal, aumento a pena na fração de 1/6, estabeleço a pena intermediária em 11 dias multa, patamar que torno definitivo, ante a ausência causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas na terceira fase.

Excluo a previsão do regime prisional, aberto, para o caso de descumprimento, porque fora da disciplina dos arts. 49 e segs. do mesmo Diploma Legal.

Por todo o exposto, voto no sentido de *dar parcial provimento ao recurso defensivo* para afastar o reconhecimento como maus antecedentes a anotação n. 01 gravada na FAC do réu e *de ofício*, aplicar a pena de multa, prevista no preceito secundário do tipo (art. 147 do CP), cristalizada em 11 (onze) dias-multa, fixado o dia multa em 1/30 do salário mínimo.

### *III. Violação do art. 17 da Lei n. 11.340/2006*

O art. 17 da Lei n. 11.340/2006 dispõe: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

Acerca da interpretação deste artigo, colhem-se da doutrina as seguintes impressões:

O objetivo do legislador foi impedir que eventuais substituições de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos se resumissem ao

pagamento em pecúnia ou em cestas básicas e, por conseguinte, deixassem de gerar efeitos na diminuição da violência doméstica e familiar contra a mulher. Restava a ideia de que a execranda violência era um mal a ser tarifado em termos meramente econômicos. *Assim, eventual substituição de pena não pode ser em pecúnia* (pena restritiva de direitos de prestação pecuniária) *ou com a cominação isolada de pena de multa, ambas vedadas com o mesmo objetivo.* (BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha*: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 238, destaquei).

De qualquer forma, o legislador quis deixar claro que *a integridade da mulher não tem valor econômico e não pode ser trocada por moeda.*

[...]

Como bem afirma Leda maria Hermann: as penas de natureza pecuniária ou financeira são impróprias para situações de violência doméstica e familiar, porquanto: (a) transferem-se à família – prole, esposa ou companheira (muitas vezes à própria ofendida), quando o agressor é também o provedor do grupo familiar; (b) não são resolutivas em relação ao conflito, porque o desconsideram, levando em conta, isoladamente, o episódio (fato típico) que originou o procedimento. (DIAS. Maria Berenice. *Lei Maria da Penha*: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 91, grifei)

Assim também tem decidido este Superior Tribunal. Ilustrativamente:

1. Nos termos do art. 21 da Lei de Contravenções Penais, possível a aplicação da pena de prisão simples ou de multa. A decisão por uma ou outra sanção encontra-se dentro da discricionariedade do magistrado. A negativa de aplicação da sanção pecuniária, por ser menos gravosa, deve ser devidamente fundamentada nos termos do art. 92, IX, da CF.

2. Constitui fundamento idôneo para a opção pela pena privativa de liberdade a indicação de ser o agente economicamente hipossuficiente, especialmente *em infração de violência doméstica, onde não deve a via patrimonial ser utilizada para apenamento, trocando a violência à mulher pelo dinheiro* - análoga incidência justificadora do art. 17 da Lei n. 11.340/2006, de substituição por pena de multa.

3. Ordem denegada. (HC n. 387.578/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T. DJe 26.4.2017, destaquei)

*Habeas corpus* substitutivo de recurso. Descabimento. *Violência doméstica. Crime de ameaça.* Aplicação autônoma da pena de multa. Impossibilidade. Art. 17 da Lei n. 11.340/2006. Constrangimento ilegal não evidenciado. *Writ* não conhecido.

[...]

2. A Lei Maria da Penha impossibilita a aplicação, ainda que de forma autônoma, de penalidades que se limitam ao pagamento de prestação pecuniária, multa ou cestas básicas, aos agentes que cometam os delitos que aquele diploma legal buscou reprimir.

*Habeas corpus* não conhecido (HC n. 377.150/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 17.2.2017, grifei).

Dessa forma, *entendo não ser cabível, em hipóteses de violência ou grave ameaça contra a mulher no âmbito doméstico, a aplicação somente da pena de multa, ainda que o crime pelo qual o réu foi condenado tenha previsão alternativa dessa espécie de sanção.*

#### *IV. Maus antecedentes*

Nas razões recursais, o Ministério Público estadual defende a tese de que as condenações criminais com trânsito em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas para valorar negativamente os antecedentes criminais do acusado e que tal entendimento deve ser aplicado ao presente caso.

Dúvidas não há de que, “Nos termos da orientação desta Casa, *é possível a exasperação da pena-base com fulcro em condenações anteriores transitadas em julgado há mais de 5 anos, porquanto, apesar de não espelharem a reincidência, pois alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, podem ser utilizadas para caracterizar os maus antecedentes do réu*” (AgRg no AREsp n. 346.827/RS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 21.11.2017, destaquei.)

Sem embargo desse entendimento, *as peculiaridades deste caso concreto* me levam a decidir de forma distinta.

Com efeito, o Juiz sentenciante, ao concluir pela existência de maus antecedentes, como esclareceu o Tribunal estadual, o fez com base em somente uma condenação anterior: “pelo crime previsto no art. 213 do CP, constando data do trânsito em julgado em 25.08.1994” (fl. 178).

Dadas tais peculiaridades – *os maus antecedentes foram reconhecidos diante de uma condenação transitada em julgado há mais de 20 anos* –, tenho a compreensão de que *não há como reconhecer a existência da mencionada circunstância judicial apenas pela simples existência de uma condenação transitada em julgado cuja extinção da punibilidade se deu há tanto tempo.*

Saliento – *frise-se* – que não estou afirmando que o mero decurso do período depurador da reincidência seja suficiente para, por si só, impedir toda e qualquer valoração sobre os antecedentes, até porque a hipótese prevista no art. 64, I, do Código Penal trata tão somente da reincidência. Da mesma forma, não estou, simplesmente, descuidando de observar o entendimento desta Corte de que condenações prévias, com trânsito em julgado há mais de cinco anos, apesar de não ensejarem reincidência, podem servir de alicerce para valoração desfavorável dos antecedentes.

Contudo, considero que eternizar a valoração negativa dos antecedentes não se coaduna com o Direito Penal do fato.

Rememoro, por oportuno, que a discussão sobre o tema não é recente nesta Corte Superior de Justiça. Por ocasião do julgamento do *RHC n. 2.227/MG*, em sessão realizada no dia 18.12.1992, o Ministro *Vicente Cernicchiaro*, ao apreciar caso similar, enfatizou, em voto vencedor, que “o fato, como acontecimento histórico, nem sempre é relevante normativamente”, havendo salientado que a norma inserta no inciso I do art. 64 do Código Penal “harmoniza-se com o sistema do Código Penal que subscreve o princípio - *tempus omnia solvet*”. Nesse contexto, concluiu que “Não há, pois, estigma permanente no Direito Penal” (Relator Ministro Pedro Acioli, rel. p/ acórdão Ministro Vicente Cernicchiaro, 6ª T., DJ 29.3.1993).

Confira-se, a propósito, a íntegra do voto vencedor:

O crime ocorreu no dia 5 de março de 1991 (fls. 99).

Quanto ao delito anterior, pelo qual o Paciente também foi condenado, aos 14 de fevereiro de 1981, cumpriu a pena no dia 24 de janeiro de 1985 (fls. 122).

Em sendo assim, entre o cumprimento da condenação e o crime seguinte, transcorreram mais de cinco anos.

Incide, por isso, o disposto no art. 64, I do Código Penal, *verbis*:

[...]

Essa norma harmoniza-se com o sistema do Código Penal que subscreve o princípio - *tempus omnia solvet*. Tanto assim a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória se operam com o passar do tempo.

A reincidência, por sua vez, não é considerada.

Ocorrem, pois, extinção da punibilidade e não caracteriza circunstância agravante.

Coordena-se, ademais, com as regras do Direito Penal e Criminologia modernas, visto longo espaço entre o cumprimento da pena e a nova infração

*denotar ausência de periculosidade, configurando, pois, conduta não voltada para a criminalidade.*

*Não há, pois, estigma permanente no Direito Penal. Nem menos para executar a pena.*

Dessa forma, o fato não poderia ser levado em conta como antecedente negativo.

Repita-se, o fato, como acontecimento histórico, nem sempre é relevante normativamente. A hipótese dos autos, *data venia*, é ilustração eloquente.

Faço menção – também para enfatizar as implicações do transcurso do tempo no Direito e nas relações humanas – a dois recursos especiais julgados pela Quarta Turma deste Superior Tribunal, ambos de relatoria do *Ministro Luis Felipe Salomão*. O primeiro, o *REsp n. 1.334.097/RJ*, relativo ao caso conhecido como “Chacina da Candelária”; o segundo, o *REsp n. 1.335.153/RJ*, referente ao caso “Aida Curi”, ambos publicado no DJe de 10.9.2013.

Os votos condutores dos acórdãos citados pontuaram que:

5. A tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem:

*Enunciado 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.*

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

A teoria em apreço encontra inspiração em artigo intitulado *The Right to Privacy*, de autoria de Samuel D. Warren e do então futuro juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis, publicado em 15.12.1890, em edição da *Harvard Law Review* (Vol. IV, December 15, 1890, N. 5), que bem desdobra o *right to be let alone*.

É certo que tanto o artigo quanto os casos debatidos nos citados julgados tratam da extensão do dano pela violação do direito à privacidade e do direito

de ser deixado em paz (direito ao esquecimento), *na esfera civil*. Entretanto, entendo que a essência dessa doutrina – *com adaptações e temperamentos, por óbvio* – pode ser invocada no caso, pois, no que diz respeito ao direito de ser esquecido, de que é titular aquele sobre quem recai o peso de uma condenação penal, o substancial voto lançado no referido *REsp n. 1.334.097/RJ* não poderia ser mais esclarecedor:

Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao último, ressaltando-se – como aqui se ressaltou – a hipótese de crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, *a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade*. Ele há de ter o *direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária* (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374).

Mas não é por isso tudo que a informação ou comunicação de fatos criminosos sejam ilimitadas, infensas a qualquer restrição. Máxime quando se tem em conta a divulgação de um fato criminoso associado a certa pessoa a quem se atribua sua autoria.

Há uma primeira restrição que, na palavra de Hermano Duval, diz com o *direito ao esquecimento que assiste ao condenado*, o que para Costa Andrade representa um direito à ressocialização do criminoso, não estranho à legislação pátria [...]

Por esse direito, então, *aquele que tenha cometido um crime, todavia já cumprida a pena respectiva, vê a propósito preservada sua privacidade, honra e imagem*.

Cuida-se inclusive de *garantir ou facilitar a interação e reintegração do indivíduo à sociedade*, quando em liberdade, cujos direitos da personalidade não podem, por evento passado e expirado, ser diminuídos.

Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento.

É claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, como é o exemplo nazista, citado por Costa Andrade. Aliás, pelo contrário, *esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos* (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001, p. 89-90).

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.

E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um *direito à esperança*, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. Destaque no original.

Também não posso deixar de mencionar o *HC n. 256.210/SP* (DJe 13.12.2013), de minha relatoria, em que a Sexta Turma deste Superior Tribunal, *à unanimidade*, concluiu – agora, sim, especificamente no âmbito do Direito Penal – que o lapso temporal entre a última condenação e a prática da infração apurada naquele *writ* – quase 14 anos – justificava a não influência das condenações anteriores (que se originaram de condutas perpetradas nas décadas de 70, 80 e 90) para fins de exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes.

Igualmente, faço menção ao *REsp n. 1.160.440/MG* (DJe 31.3.2016), também de minha relatoria, em que a Sexta Turma, *à unanimidade*, novamente decidiu relativizar a existência de dois registros penais antigos, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Confira-se, a propósito, a ementa redigida para o julgado:

Recurso especial. Tráfico de drogas. Causa especial de diminuição de pena. Maus antecedentes. Período depurador. Fração da minorante. Fundamentação concreta. Recurso não provido.

1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes.

2. Sem embargo, não há como afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de duas condenações transitadas em julgado com extinção da punibilidade há tanto tempo, máxime porque, além de o recorrido ser tecnicamente primário ao praticar o crime em comento, não há notícias de que se dedique a atividades delituosas ou de que integre organização criminosa.

3. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

4. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3.4.2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, *no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, devem ser relativizados os dois registros penais tão antigos do acusado, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.*

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do *quantum* de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido.

Há não muito tempo, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *HC n. 126.315/SP* (DJe 7.12.2015), aqueceu a discussão a respeito da estipulação de um prazo limite para se considerar uma condenação como maus antecedentes. O *Ministro Gilmar Mendes*, relator, destacou a impossibilidade de que se atribua à condenação o status de perpetuidade, sob o fundamento de que “a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal *ad aeternum*, em verdade, é pena de caráter perpétuo mal revestida de legalidade”.

Tenho por certo que foi também por esses fundamentos que o legislador de 1977, mediante a alteração na Parte Geral do Código Penal ocasionada pela Lei n. 6.146, instituiu a *temporalidade* para a reincidência e positivou o “período depurador” no art. 46, parágrafo único, então vigente, denominado no item 13 da respectiva Exposição de Motivos como “prescrição da reincidência”, e cuja previsão normativa foi mantida no art. 64, I, do atual *Codex*.

Aliás, em conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Internacional e a Constituição Brasileira” – promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30.9.1999 –, o Professor Dr. Luiz Luisi acentuou que “a proibição de penas perpétuas é um corolário da orientação humanitária ordenada pela Constituição, como princípio orientador da legislação penal” (trecho citado pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no *HC n. 126.315/SP*).

Com efeito, não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda, pois a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento – o lapso temporal – deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

No mesmo sentido das conclusões acima expostas, menciono outros precedentes da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça:

[...]

1. À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

2. Entretanto, à luz do princípio da razoabilidade e da teoria do direito ao esquecimento, tendo em vista o longo período decorrido desde as condenações (aproximadamente 20 anos), deve ser afastada a valoração negativa dos antecedentes.

[...]

5. *Habeas corpus* concedido, a fim de, afastados os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, determinar ao Tribunal de origem que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal. (HC n. 391.015/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 24.5.2017)

[...]

2. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, em princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes.

3. Contudo, à luz do princípio da razoabilidade, tendo em conta que a pena imposta, relativa ao delito que gerou a valoração negativa dos antecedentes, foi cumprida há mais de 16 anos deve ser, excepcionalmente, afastado o trato negativo da vetorial.

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 1 mês de detenção e 75 dias-multa. (HC n. 354.361/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 7.12.2016)

Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do *RE n. 593.818 RG/SC* – que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3.4.2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes –, considero que, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, *deve ser afastado o único e antigo registro anterior do acusado*.

Portanto, diante das peculiaridades deste caso concreto relativas à anotação anterior do recorrente cujo trânsito em julgado se deu há mais de 20 anos, entendo que *a Corte estadual agiu com acerto ao não a reconhecer como maus antecedentes*.

#### *V. Nova dosimetria*

Diante do afastamento da pena exclusiva de multa e da manutenção do não reconhecimento dos maus antecedentes, faz-se necessária a realização de nova dosimetria.

Verifico que, ao considerar desfavoráveis os antecedentes do recorrido, o Magistrado de primeiro grau aumentou a pena-base em 5 dias. Dessa forma, com a desconsideração da referida vetorial, estabeleço a pena-base no mínimo legal, a saber, 1 mês de detenção.

Mantenho o aumento de 10 dias, operado pelo Juiz sentenciante, relativo à presença da agravante prevista no art. 61, II, “f”, do Código Penal. Dessa forma, ausentes causas de aumento ou de diminuição da reprimenda, torno-a definitiva em 1 mês e 10 dias de detenção.

#### *VI. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – impossibilidade*

Como cediço, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (destaquei)

Consta dos autos que a Magistrada de primeiro grau substituiu a pena privativa de liberdade do recorrido por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.

Entretanto, “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de que *a prática de delito ou contravenção cometido com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*” (AgRg no REsp n. 1.459.909/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 5.9.2014, grifei). No mesmo entendimento, cito o julgado abaixo:

[...]

1. Conquanto esta Corte Superior tenha admitido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando a ameaça ou a violência envolvidas na prática delitiva forem de menor gravidade, é certo que a conduta atribuída ao agravante não pode ser assim compreendida, pois se trata de *ameaça de morte resultante da sua insatisfação com o fato da vítima estar namorando outra pessoa*.

2. Caracterizada a grave ameaça à pessoa, aplica-se ao caso a proibição legal de substituição prevista no inciso I do art. 44 do Estatuto Repressivo.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.464.237/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 14.11.2014, destaquei)

Saliente-se, ainda, que a Terceira Seção desta Corte Superior, em sessão realizada em 13.9.2017, editou o *verbete sumular n. 588*, segundo o qual “*a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*”.

Assim, embora o recorrido haja sido definitivamente condenado a reprimenda muito inferior a 4 anos, não se mostra viável a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelo Juízo sentenciante, à luz do inciso I do art. 44 do Código Penal, em virtude

de a infração penal em comento *haver sido cometida com grave ameaça e contra sua ex-namorada, no âmbito das relações domésticas e familiares.*

*VII. Execução imediata da pena*

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.

*VIII. Dispositivo*

À vista do exposto, *dou parcial provimento ao recurso especial para afastar a pena exclusiva de multa e estabelecer a reprimenda pelo crime previsto no art. 147, caput, do Código Penal, na forma do art. 5º da Lei n. 11.340/2006, em 1 mês e 10 dias de detenção.*

Por fim, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para imediata execução da pena imposta ao recorrente. A determinação deve ser desconsiderada caso o réu cumpra, atualmente, a reprimenda.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.716.072-MG (2016/0300634-2)**

---

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Paola Letícia da Silva

Advogado: José Márcio da Rosa Lopes e outro(s) - MG011267

---

**EMENTA**

Penal. Recurso especial. Corrupção passiva e patrocínio infiel. Absolvição. Atipicidade da conduta. Não ocorrência de traição. Recurso especial improvido.

1. Na hipótese dos autos, não ficou configurado o crime de corrupção passiva, uma vez que a conduta atribuída à acusada não foi por ela praticada durante o exercício de função pública, haja vista a extinção de seu contrato de prestação de serviços com a administração pública municipal anos antes do fato.

2. Para a caracterização do delito de patrocínio infiel, deve haver a traição do dever profissional. Na espécie, a orientação errônea e aventureira da acusada ao seu cliente configura, no máximo, infração ética, e não o crime de patrocínio infiel.

3. Recurso especial 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, por maioria, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente a Dra. Paola Letícia da Silva Romualdo em causa própria.

Brasília (DF), 15 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

---

DJe 30.4.2018

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público de Minas Gerais*, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça local proferido na Apelação Criminal n. 1.0621.14.001204-1/001, assim ementado (fl. 662):

*Apelação criminal. Intimação do advogado de prerrogativas da OAB. Ausência de previsão legal. Indeferimento de produção de prova. Pedido injustificado. Nulidade*

*inexistente. Corrupção passiva. Conduta praticada por particular. Atipicidade. Funcionário público. Elemento do tipo. Patrocínio infiel. Cobrança de honorários advocatícios. Inocorrência de traição. Absolvição. Conduta não descrita na denúncia.* - Se o feito não possui interesse coletivo da OAB, de molde a ensejar a intervenção do advogado de prerrogativas do referido Órgão de classe, não há que se pleitear sua intimação. - A perquirição da capacidade econômica da vítima em nada influi na eventual ocorrência dos delitos pelos quais a agente responde, motivo pelo qual o indeferimento de seu pedido não acarretou qualquer nulidade. - Se a conduta não foi praticada por funcionário público, não há que se falar no crime de corrupção ativa. - A cobrança de honorários - livre de coação, por parte de advogada que não mais trabalha na Assistência Judiciária Municipal, não configura o crime de patrocínio infiel.

O órgão ministerial opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados (fls. 686/688).

Nas razões do especial, apontou o Ministério Público estadual ofensa aos arts. 317, *caput*, 327 e 355 do Código Penal, ao argumento de que o advogado que atua de forma remunerada, em defesa da população carente, [...] *deve ser considerado funcionário público para fins penais* (fl. 706).

Asseverou que, no caso dos autos, não obstante o término do contrato de prestação de serviços da recorrida com a municipalidade, [...] *a acusada continuou desempenhando a função pública de patrocinar a defesa do necessitado Ronaldo Vieira dos Santos até 28.7.2014, data em que lhe foi nomeado outro defensor, razão pela qual, atuando como defensora dativa, posto não ter renunciado a seu mandato, enquadra-se no conceito de funcionária pública* (fl. 709).

Aduziu que os elementos fáticos consignados no acórdão recorrido constatarem que a ré traiu, na qualidade de procuradora, seu dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio em juízo lhe era confiado, praticando o delito de patrocínio infiel (fl. 710).

Requeru, assim, o restabelecimento da condenação da acusada, nos termos da sentença de primeiro grau (fl. 714).

Apresentadas contrarrazões (fls. 718/731), o recurso especial não foi admitido, por incidência da Súmula 283/STF (fls. 733/734). Ato seguinte, o *Parquet* Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 764/767).

Às fls. 770/772, dei provimento ao agravo, apenas para determinar sua conversão em recurso especial.

Novamente instado a se manifestar, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso, nos seguintes termos (fl. 780):

*Recurso especial. Corrupção passiva e Patrocínio Infel. Presença dos elementos constitutivos do tipo penal.*

I - O crime de corrupção passiva é delito próprio, praticado por funcionário público ou, nos termos do art. 327 do Código Penal, por quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

II - Embora não sejam servidores públicos propriamente ditos, os advogados dativos, nomeados para exercer a defesa de acusado em situações determinadas, são considerados funcionários públicos para fins penais, por força do artigo 327 do Código Penal.

III - Tendo o recorrido, na qualidade de advogado dativo, exigido para si vantagem indevida da vítima, impossível considerar a sua conduta atípica.

IV - Parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Busca o Ministério Público estadual a reforma do acórdão recorrido que reformou a sentença condenatória, absolvendo a ora recorrida de ambas as imputações que lhe foram feitas, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Ao proferir o acórdão absolutório, consignou a Corte local (fls. 664/668 – grifo nosso):

*[...] Após detida análise da prova coletada, não encontrei a mesma certeza que o digno sentenciante a respeito da culpabilidade da ré.*

Segundo relato contido na exordial acusatória, em 30 de janeiro de 2014, em horário não esclarecido, na Av. Presidente Vargas, 526-B, centro de São Gotardo/MG, a acusada, ora apelante, solicitou e recebeu para si, diretamente, vantagem indevida e traiu, na qualidade de advogada, o dever profissional que lhe era confiado, prejudicando o interesse do seu cliente Ronaldo Vieira dos Santos.

Narra, ainda, a exordial que *a acusada começou a atuar como defensora pública municipal, em 1º de março de 2008 e, por prestar assistência judiciária no Município de São Gotardo/MG, assumiu o patrocínio da defesa do Sr. Ronaldo Vieira dos Santos, nos autos de n. 0621.06.013378-5, em que ele foi acusado da prática de crime doloso contra a vida.*

Consta, também, que, *na data acima mencionada, faltando sete dias para o julgamento de Ronaldo perante o Tribunal do Júri, a ora apelante lhe solicitou o pagamento de R\$ 7.000,00, valor este que posteriormente foi reduzido para R\$2.500,00, a título de honorários para permanecer patrocinando sua defesa.*

*Receoso de ser prejudicado, o ofendido contraiu empréstimo no valor solicitado, efetuando, em 30.01.2014, o pagamento à autora o valor solicitado.*

No dia seguinte, o ofendido comunicou o fato à justiça, tendo a acusada lhe devolvido o valor pago em 04.02.2014.

A sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri - que estava designada para 07.02.2014 - restou adiada para 28.07.2014, sendo nomeado novo defensor ao acusado.

Verifica-se do exame dos autos que *a ora apelante foi nomeada Defensora Pública Municipal em 1º de março de 2008 (fls. 72), tendo começado a patrocinar a defesa do Sr. Ronaldo, em maio de 2008 (fls. 74).*

*Todavia, em 31.01.2011, a acusada teve seu contrato de prestação de serviço com a municipalidade extinto, não tendo sido renovado. Mostra-se irrelevante in casu o exercício de cargo comissionado de Assessor Jurídico Tributário, pela acusada, até a data de 17.10.2012, visto que tal função é diversa da que era anteriormente exercida pela apelante (Declaração de fls. 402).*

Como restou demonstrado, *ao tempo dos fatos (30.01.2014), a acusada não mais pertencia ao quadro de funcionários do Município de São Gotardo.*

É sabido que o delito de corrupção passiva - previsto no artigo 317 do CP - pressupõe que o sujeito ativo do delito seja funcionário público, em sua acepção de direito penal. Figura como sujeito passivo o Estado, titular do bem jurídico tutelado.

Por outro lado, o artigo 327 do CP dispõe:

Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Na lição de Júlio Fabbrini Mirabete, "não são funcionários públicos para os efeitos penais os que exercem apenas um 'munus público', em que prevalece um interesse privado, como no caso de tutores ou curadores dativos, advogados nomeados, inventariantes judiciais, administradores judiciais em falências etc." ("Código Penal Interpretado, 7ª edição, revista e atualizada, Ed. Atlas, 2011, p.1846).

A meu modesto aviso, *não se admite que a acusada estivesse atuando no feito como advogada dativa, visto que ela não foi nomeada para tanto. Ao contrário, enquanto atuou como Defensora Pública Municipal, recebia remuneração mensal em razão do exercício do referido cargo.*

*Extinto o contrato respectivo, o vínculo da acusada com a Administração Pública cessou.*

*Sendo assim, entendo que não deve prosperar o entendimento adotado pelo douto sentenciante no sentido de que a acusada, após a extinção de seu contrato com a municipalidade, passou a atuar como advogada dativa.*

*Ademais, ainda que se entendesse que a acusada estava atuando como advogada dativa na aludida ação penal, trata-se de “múnus público” e, sendo assim, ela não poderia ser considerada funcionária pública, para efeitos penais.*

*Sendo esse o contexto dos autos, não vejo como manter a questionada condenação pela prática do crime previsto no artigo 317 do Código Penal, restando atípica a conduta praticada pela apelante.*

*Da mesma forma, constato que o delito de patrocínio infiel - tipificado no artigo 355 do Código Penal - igualmente não restou configurado.*

*Para a caracterização do referido crime, deve-se trair o dever profissional, lesando interesse legítimo, violando o dever profissional. Vale salientar que o abandono do processo não caracteriza o aludido crime, estando sujeito apenas a eventual sanção administrativa (artigo 265 do CPP).*

*A conduta praticada pela apelante foi a de alertar seu cliente, quando foi intimada para a sessão de julgamento pelo tribunal do júri, do fato de que ela não mais pertencia ao quadro de funcionários do Município.*

*Diante do ocorrido, a advogada comunicou ao cliente que, para permanecer patrocinando sua defesa nos autos da ação penal a ele dirigida, deveria receber o pagamento de honorários advocatícios, no valor de R\$2.500,00.*

*Tal conduta, a meu sentir, não configura a apontada “traição”, embora, de fato, poderia a acusada, de forma ética, renunciar ao mandato, podendo acordar a respeito do valor de honorários com seu cliente. Mas trata-se de questão administrativa, a ser discutida no âmbito do órgão de classe dos advogados.*

*Depreende-se da análise do depoimento prestado pelo Sr. Ronaldo, que a ora apelante o procurou, esclarecendo sua situação e cobrando honorários advocatícios, cerca de três semanas antes da data designada para a sessão de seu julgamento pelo tribunal do júri. É o que se vê das declarações prestadas por R.V.S. (fls. 338) e Neusa Batista Calixto (fls. 339), além do teor do interrogatório colhido da própria acusada (fls. 337).]*

*Na mesma oportunidade, as vítimas esclareceram que não foram coagidas pela recorrente a pagarem a importância solicitada. Apenas foram por ela alertadas de que não continuaria defendendo os interesses do ofendido, na aludida ação penal.*

*Vale salientar que, pelo que se infere dos autos, a apelante somente assim procedeu porque teve seu contrato de trabalho com o Município extinto, não possuindo mais, portanto, qualquer vínculo com a Administração Pública.*

Desse modo, a meu ver, a *questionada cobrança de honorários foi legítima e feita em tempo hábil, possibilitando que a vítima providenciasse novo defensor ou o a nomeação de advogado dativo, se assim o desejasse, em face de sua hipossuficiência.*

Não merece prosperar o entendimento esposado pelo digno sentenciante no sentido de que, por ter iniciado a defesa do acusado nos autos da aludida ação penal sob o pálio da assistência judiciária - em razão de um contrato de prestação de serviços firmado com o Município - a advogada deveria continuar atuando no feito de forma gratuita, a despeito da extinção do contrato com a municipalidade.

Sendo assim, *não vislumbro a ocorrência de traição, por parte da acusada, na qualidade de advogada*, motivo pelo qual a absolvo, também, com relação ao aludido delito, com base no artigo 386, III, do CPP.

[...]

Comungo do mesmo entendimento.

Trata-se a corrupção passiva de crime próprio – que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial (funcionário público) – e instantâneo – pois se consuma no exato momento em que ocorre a solicitação ou a percepção, pelo funcionário, da vantagem indevida.

Na hipótese, extrai-se dos autos que a ora recorrida celebrou, em 3.3.2008, contrato temporário de prestação de serviços com a Prefeitura Municipal de São Gotardo, para [...] a *prestação de serviços de assistência judiciária como Defensor Público Municipal, em causas de interesse de pessoas carentes do município, de acordo com as determinações da Secretaria Municipal de Administração, Finanças e Planejamento. Não constituindo admissão ao serviço público* (cláusula primeira do referido contrato - fls. 316/317).

Consta do referido ato, na cláusula quarta, a temporalidade do contrato, de 3.3.2008 a 31.7.2008, bem como, na cláusula sexta, a disposição referente à rescisão contratual: [...] *Este Contrato poderá ser rescindido unilateralmente, ou bilateralmente, atendida a conveniência administrativa da contratante, sem qualquer espécie de indenização* (fls. 316/317).

Não há dúvidas de que o advogado que, por força de contrato com o Poder Público, atua como defensor, deve ser considerado funcionário público para os fins penais, nos termos do art. 327 do Código Penal. Mas *desde que esteja no exercício do cargo.*

Na espécie, o contrato de prestação de serviços da recorrida com a municipalidade *foi extinto em 31.1.2011* (fl. 471). Veja-se que o Juízo singular afirmou expressamente, na sentença, que, [...] *da prova constante dos autos, extrai-*

*se que a denunciada deixou de atuar como defensora pública municipal em 31.7.2008 (fl. 476).*

Assim, no momento em que a ora recorrida supostamente solicitara o pagamento de honorários, em 30.1.2014, não mais integrava os quadros do Município de São Gotardo, visto que o seu contrato de prestação de serviços já *havia sido extinto em 31.1.2011*; conseqüentemente, não pode ser enquadrada no conceito de funcionário público para fins penais.

Quer dizer, a ora recorrida não se valeu da função de defensora para demandar os honorários advocatícios, porquanto não mantinha mais nenhum vínculo empregatício com a Administração Pública. E claramente que tal circunstância não configura o crime do art. 317 do Código Penal, pois o referido dispositivo penal busca proteger a dignidade e o prestígio do poder público, impedindo que os funcionários públicos passem a receber, no exercício de sua atividade, vantagens indevidas para praticar ou deixar de praticar atos de ofício, hipótese diversa dos autos.

Convém mais uma vez enfatizar que o exercício da função pública, elemento essencial e indispensável para que o fato constitua infração penal, não se encontrava presente no momento em que houve a solicitação e aceitação da suposta vantagem. Aliás, a manutenção do vínculo com a Administração Pública municipal não dependia mais da vontade da recorrida, mas sim da existência de um contrato de prestação de serviços em vigor ou até mesmo de um ato de nomeação. Uma vez extinto o contrato anteriormente firmado e inexistindo ato de nomeação, não há falar no crime de corrupção ativa, pois a recorrida não era funcionária pública para fins penais.

Essa questão já foi apreciada por esta Corte:

*RHC. Penal. Funcionário público. Advogado. O Código Penal reelaborou o conceito de - funcionário público (art. 327). Compreende quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função publica. Cargo e lugar e conjunto de atribuições confiadas pela Administração a uma pessoa física, que atua em nome do Estado. Emprego e vínculo de alguém com o Estado, regido pelas leis trabalhistas. Função pública, por seu turno, atividade de órgão público que realiza fim de interesse do Estado.*

*A advocacia não é atividade do Estado. Ao contrário, privada. Livre é o seu exercício, nos termos do Estatuto do Advogado. A advocacia não se confunde com a - Defensoria Pública. Esta é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5., LXXXIV (Const. art. 134).*

*O defensor público, ao contrário do advogado exerce - função pública. O advogado, designado para exercer a defesa de algum, exerce - "munus publicum" (Lei n. 8.906, 14.07.1994, art. 2., parágrafo 2.). Assim, não exercendo - função pública não é - funcionário público - para os efeitos penais.*

(RHC n. 3.900/SP, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 3.4.1995)

Pois bem, tratando-se de cobrança em relação a evento ou atuação posterior à extinção do contrato de prestação de serviços anteriormente celebrado com a municipalidade, a conduta atribuída à recorrida é absolutamente atípica. Ademais, não tenho dúvidas de que, no caso, configura matéria extrapenal a posterior e indevida cobrança de honorários pela recorrida acerca dos serviços que seriam prestados, e não o crime de corrupção ativa.

Agiu, pois, com acerto o Tribunal local ao absolver a recorrida.

Também não ficou configurado o delito de patrocínio infiel.

Preceitua o art. 355 do Código Penal que incide na prática criminosa quem [...] *trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em Juízo, lhe é confiado.*

Não se pode, na espécie, conforme os elementos dos autos, concluir que houve traição do dever profissional.

Como bem asseverou o Tribunal de origem, a conduta praticada pela recorrida foi a de esclarecer o Sr. Ronaldo sobre sua situação profissional após a extinção de seu contrato de prestação de serviços com o Município, informando-o sobre as consequências de sua atuação em juízo, haja vista que não mais possuía vínculo com a administração pública municipal.

Na espécie, afirmou o Tribunal de origem que as vítimas [...] *esclareceram que não foram coagidas pela recorrente a pagarem a importância solicitada*, mas que foram apenas *por ela alertadas de que não continuaria defendendo os interesses do ofendido, na aludida ação penal* (fls. 667/668).

Diante de tal situação, embora não tenha a recorrida, de forma ética, previamente renunciado ao patrocínio da causa, em razão de sua saída dos quadros do Município, a sua orientação errônea e aventureira acerca dos honorários advocatícios configura, no máximo, infração ética, e não patrocínio infiel. Atípica, portanto, a conduta.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

**VOTO VENCIDO**

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Senhor Presidente, *data venia*, vou ficar vencida e vou ousar divergir, porque tenho a concepção de que o trabalho desenvolvido na condição de defensora pública municipal a tornou advogada de um réu necessitado, na condição de assistência judiciária. Ela praticou, segundo o que consta da sentença, vários atos no processo, apresentou alegações finais, interpôs recurso em sentido estrito, apresentou razões recursais, manifestou-se na fase do art. 422, tomou ciência da designação da sessão de julgamento pelo tribunal do júri. Então, ela atuou efetivamente no processo. Se ela deixou de atuar como defensora pública, mas continuou no processo, ela se torna uma advogada dativa. E, portanto, e como me pareceu que foi posto aqui na sentença, é possível sim a tipicidade, diante até da nossa jurisprudência de que essa qualidade do advogado significa sim equipará-lo a um funcionário público. Caso a ilustre defensora entendesse que ela não estava mais obrigada a defender o assistido necessitado, deveria ter renunciado no feito e dito: “não quero mais continuar na defesa porque não exerço mais esta atribuição”.

Ela atuou em várias fases do processo e ela, inclusive, depois recebeu a intimação para o júri. Ela não entrou nos autos e disse: “Olha, não exerço mais este cargo e, portanto, não quero mais atuar como defensora do réu”. Ela continuou como defensora dele, ainda que formalmente ela tivesse saído daquele mister. Então, imaginem o assistido, que recebe o advogado nos dias que antecedem o júri, ouvir: “olha, ou me paga sete mil reais ou eu não vou lhe fazer a melhor defesa, porque quem conhece o processo sou eu”, pelo menos é o que constou. Qual é a reação do cliente que se vê defendido como necessitado numa ação penal, num júri e que recebe dias antes do júri essa informação de que agora ele terá que pagar o processo? Acho o inverso, quer dizer, quem exerceu este múnus deve dizer no processo: “eu não vou continuar como defensora do assistido”.

Então, ela é uma ilustre advogada da comarca, exerce um excelente trabalho, diz a sentença que ela é conhecida na comarca por sua atuação na área criminal, ela não anunciou no processo que não exercia mais nenhum cargo que pudesse possibilitar o exercício da defesa. E não vejo aqui impossibilidade também do recurso do Ministério Público, porque, condenado em primeiro grau, o tribunal entendeu que o fato não constitui crime. Não estamos aqui em análise se há ou não prova e sim se o atuar da defensora, sobre o qual não paira qualquer dúvida quanto aos fatos, até mesmo o exposto da tribuna, pode ou não ser considerado

uma conduta penalmente punível.

Pondo-me no lugar do assistido pobre, anos com uma defensora no processo, e recebe a informação de que doravante ou ele paga sete mil reais ou o júri não será feito da forma como deveria ser, não me parece razoável.

Então, o juiz aqui na sentença faz todo um raciocínio do porquê que se deve considerar aqui, sim, a ilustre advogada como funcionária público para efeito desta equiparação e, portanto, parece-me plausível esta imputação até mesmo diante do que, sem qualquer intenção de reexame da prova, restou comprovado e admitido.

Vou pedir a mais respeitosa vênia para dar provimento ao recurso do Ministério. Fico vencida, mas gostaria de externar os meus fundamentos.