



---

**Sexta Turma**



---

**HABEAS CORPUS N. 338.613-SC (2015/0257928-7)**

---

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: C DA R (preso)

---

**EMENTA**

Penal e Processual. Estupro e ameaça. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Contexto fático diverso. Violência doméstica e familiar. Descumprimento de medida protetiva. Crime de desobediência. Atipicidade da conduta.

1. O princípio da consunção resolve o conflito aparente de normas penais quando um delito menos grave é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro mais danoso. Nessas situações, o agente apenas será responsabilizado pelo último crime. Para tanto, porém, é imprescindível a constatação do nexo de dependência entre as condutas a fim de que ocorra a absorção da menos lesiva pela mais nociva ao meio social. Precedentes.

2. Na situação concreta, não houve relação de subordinação entre o crime contra a dignidade sexual e o de ameaça. Esclareceram as instâncias de origem, a propósito, que o paciente aguardava os filhos da vítima irem dormir e, em posse de um facão, obrigava a ofendida a abaixar suas roupas e a manter com ele conjunção carnal. Além disso, comparecia à residência da vítima para tentar retomar o relacionamento afetivo, mediante ameaças de lhe causar mal injusto e grave, oportunidades em que empregava facas e facões para intimidar a ofendida. Uma dessas investidas, inclusive, foi presenciada pelo policial militar, ocasião em que o paciente, novamente em posse de um facão, ameaçou de morte a vítima. Sendo assim, embora evidente a utilização do mesmo artefato para a prática de ambos os crimes, as ameaças não foram perpetradas apenas como meio para a consumação do crime contra a dignidade sexual, pois praticadas, também, em momentos

completamente diversos, com objetivos diferentes, notadamente o de reatar com a ofendida o relacionamento amoroso. De mais a mais, a alteração das conclusões alcançadas pelas instâncias de origem, soberanas na análise das provas dos autos, constitui tarefa inviável na via eleita, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório.

3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o crime de desobediência apenas se configura quando, desrespeitada ordem judicial, não existir previsão de outra sanção em lei específica, ressalvada a previsão expressa de cumulação. Precedentes.

4. A Lei n. 11.340/2006 prevê consequências jurídicas próprias e suficientes a coibir o descumprimento das medidas protetivas, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal, situação que evidencia, na espécie, a atipicidade da conduta. Precedentes.

5. Ordem parcialmente concedida para absolver o paciente pelo crime de desobediência, diante da atipicidade da conduta.

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

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

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

---

DJe 19.12.2017

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de C DA R, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Foi o paciente denunciado pela suposta prática das condutas descritas nos arts. 147, 213, *caput*, c/c o art. 226, inciso II, bem como no art. 330, por várias vezes, na forma do art. 71, além do art. 129, § 9º, todos do Código Penal.

Nos termos da peça acusatória, entre os meses de julho e novembro de 2014, no período noturno, o paciente, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares, por diversas vezes constrangeu sua ex-companheira, mediante violência e grave ameaça, a ter com ele conjunção carnal. Segundo consta, o denunciado aguardava os filhos da vítima dormirem, oportunidade em que, de posse de um facão, ameaçava gravemente a ex-companheira, abaixava as roupas dela e a obrigava a manter conjunção carnal, fatos estes que ocorriam quase todos os dias. Narrou o titular da ação penal, ainda, que, entre julho e novembro de 2014, quase que diariamente, o paciente deslocava-se até a casa da ex-companheira para tentar retomar o relacionamento afetivo mediante ameaça, com palavras e gestos, de causar mal injusto e grave à ofendida, ao dizer que a mataria, ocasiões em que se utilizava de facas e facões para intimidar a vítima. Em uma dessas investidas, no dia 10 de novembro de 2014, o denunciado, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares, ameaçou a vítima, por palavras, de lhe causar mal injusto e grave, ao dizer que iria pegá-la e matá-la, fato este presenciado pelo policial militar que atendeu a ocorrência. Na mesma oportunidade, o paciente, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares, ofendeu a integridade física da vítima. Segundo consta, a vítima voltava para a sua residência quando o denunciado, de posse de um facão, segurou a bolsa dela com força e lhe causou lesões corporais no braço, consistentes em escoriação e equimose da região anterior cotovelo direito. Em todas as vezes em que se aproximou da vítima, o paciente desobedeceu ordem judicial prolatada nos Autos n. 0002931-38.2014.8.24.0067 – proibição de se aproximar a menos de 300 (trezentos) metros da ex-companheira.

Superadas as demais fases processuais, o magistrado singular julgou procedente a denúncia para condenar o paciente: a) à pena de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 213, *caput*, c/c o art. 226, inciso II, na forma do art. 71, todos do Código Penal; b) à pena de 8 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, por infração aos arts. 147, *caput*, c/c o 71, e 129, § 9º, todos do Código Penal; e c) à pena de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente, por infração ao art. 330, *caput*, do Código Penal.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Entretanto, em sessão de julgamento realizada em 24 de setembro de 2015, os desembargadores integrantes da Primeira Câmara de Direito Criminal, por unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 337):

Apelação criminal. Crimes de estupro (art. 213, *caput* e art. 226, II); ameaça (art. 147 do CP), ambos por sete vezes (art. 71, *caput*, do CP); lesão corporal (art. 129, § 90, do CP) e desobediência (art. 330 do CP). O magistrado não está adstrito ao laudo. Princípio da persuasão racional. Conjunto probatório. Existência de materialidade e autoria evidenciadas pelas provas orais e documentais. Denunciado que ameaçou a vítima de morte, com uso de facas e facões, obrigando-a a manter relações sexuais com ele, diuturnamente, no período de um mês. Denunciado que ameaçava a vítima de morte, inclusive seus filhos, ora verbalmente, ora utilizando um facão, por diversas vezes, em um período de pelo menos dois anos. Declarações da vítima hábeis a sustentar a condenação. Amparo em outras provas. Crimes praticados na clandestinidade. Ausência de testemunhas presenciais ou vestígios. Tese do denunciado sem qualquer amparo nos autos. Ausência de imprecisão quanto à quantidade de delitos praticados. Descumprimento de medida protetiva deferida em favor de vítima de violência doméstica. Configuração do crime de desobediência. Sanção do art. 313, III, do CP. Medida cautelar de constrição à liberdade que não se confunde com o crime do art. 330 do CP. Finalidades díspares. Prisão preventiva que previne a reiteração de agressões contra a mulher. Delito de desobediência que salvaguarda a dignidade da Administração Pública e o Estado por não ter sido respeitada a decisão judicial. Recurso conhecido e desprovido.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a Defensoria Pública, como primeira tese, que as ameaças perpetradas contra a vítima não configuraram crime autônomo, mas, em decorrência do princípio da consunção, simples meios para a prática do crime mais grave – estupro. Reverbera, outrossim, que o descumprimento, por parte do paciente, da determinação judicial de não se aproximar da vítima, já é acimado de outras espécies de sanções. Nesse contexto, entende ser imperiosa a absolvição do paciente pelo delito de desobediência.

Diante disso, pede, liminar e definitivamente, a absorção do crime de ameaça pelo crime contra a dignidade sexual, bem como seja reconhecida a atipicidade da conduta prevista no art. 330 do Código Penal.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 365/367).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 435/462), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo não conhecimento do presente remédio constitucional (e-STJ fls. 465/470).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Na espécie, sustenta a defesa, como primeira tese, que a denúncia imputa ao paciente fatos perpetrados no mesmo contexto fático e animados por um único dolo. Diante disso, afirma ser possível a aplicação do princípio da consunção.

Sobre o tema, o magistrado esclareceu (e-STJ fls. 228/231):

No caso dos autos, a materialidade dos crimes de ameaça e de lesão corporal está demonstrada pelo boletim de ocorrência de fls. 10/11, auto de exibição e apreensão de arma branca de fl. 16, declaração de exame pericial de lesão corporal de fl. 23, subscrita pelo médico Marcos Antonio Pereira dos Santos, indicando que [...], no dia 10.11.2014, apresentava escoriação cotovelo direito, bem como pelo Laudo pericial de lesão corporal de fl. 65, que comprova que a vítima, no dia 10.11.2014, apresentava “escoriação e equimose região anterior cotovelo direito”.

A autoria de ambos os crimes, apesar de negada pelo acusado, igualmente encontra-se suficiente comprovada.

Com efeito, a vítima, acerca da lesão e das ameaças praticadas no dia 10.11.2014 e em outras ocasiões, declarou:

[...] que na data de hoje, por volta das 17h, estava retornando da cidade de Barra Bonita a pé, onde foi comprar comida para os filhos, quando C. apareceu atrás da declarante, com sua bicicleta e portando um facão; *que ele ameaçava matar a declarante e segurou sua bolsa com força, lesionando seu braço; que ele chamava a declarante de puta, vagabunda, cadela; que a bicicleta de C. estragou e ele ficou “mexendo” nela, tendo a declarante aproveitado e afastou-se, indo para casa rapidamente; que acredita que C. estivesse embriagado; que “isso não faz diferença, porque são ele também faz cada coisa!”; que, então, ao chegar em casa, acionou a Polícia Militar; que o policial chegou e conversou com a declarante e com C., que se aproximou; que o policial ordenou que C. fosse embora e C. atendeu a ordem; que o policial esperou alguns minutos para ver se o conduzido voltava, mas não retornou; que assim que o policial saiu, “quando eu vi, C. estava dentro de casa”; que *ele voltou a ameaçar a declarante; que um vizinho passou em frente**

*à casa da declarante, C. foi brigar com ele, por ciúmes, queria saber por que (sic) ele estava passando ali; que não sabe o nome desse vizinho; que assim que o conduzido saiu de casa para brigar com esse vizinho, a declarante novamente acionou a polícia; que a polícia retornou ao local e foram todos conduzidos à Delegacia de Polícia; que tem medo que C. mate a declarante e ou algum de seus filhos; que C. não gosta muito da minha filha deficiente também”, sendo que sempre xinga e ameaça “colocar um pano na boca dela”, porque ela grita bastante; que “me matar está nas minhas ideias”; que “to vivendo pelos meus filhos, mas acho que não dá mais”; que “eu sei que amanhã ou depois ele tá dentro da minha casa de novo e o que eu faço? (fls. 5/6)*

Suas declarações foram integralmente ratificadas em juízo (vide depoimento audiovisual).

Além disso, as declarações da vítima estão comprovadas pelos depoimentos dos policiais militares que atenderam a ocorrência após terem sido acionados pela própria vítima.

O policial militar Everaldo Rubert, deu detalhes acerca da ocorrência. Disse, em resumo, que:

*foi chamado a atender uma ocorrência na casa da vítima; que o C. estava na casa da ex-esposa; que sabia da existência de uma decisão que deferiu medidas protetivas em favor da vítima; que se deslocou até a casa para conter eventual agressão e conter o fato; que chegando ao local, o acusado estava sentado à porta da residência, a vítima ao lado, e o acusado portava um facão; que observou que o acusado estava embriagado e pediu que ele se retirasse, citando inclusive a medida protetiva; que deixou o facão com a N.; que o acusado foi embora e o depoente ficou um pouco mais no local; que cerca de 30 ou 40 minutos depois, o acusado retornou, portando um outro facão; que a vítima acionou novamente a polícia, dizendo que estava sendo ameaçada pelo acusado; que o depoente conversou bastante com a vítima; que prendeu o acusado em flagrante; que o depoente atendeu várias ocorrências na casa da vítima e sabe que ela era constantemente ameaçada; que não era comum o acusado portar facão na cidade; que a vítima, na maioria das vezes, dizia que a ameaça era verbal, nem sempre com facão; que, conversando com a vítima, ela disse que tinha vontade de se matar; que era perceptível que a vítima não tinha o mesmo ânimo de uma pessoa normal; que indagou a vítima se ela estava sofrendo algo a mais e, então, a vítima, desabafando, disse que estava tendo relação sexual contra sua vontade; que presenciou o momento em que o acusado ameaçou a vítima no dia da prisão; que o acusado, em ocasião anterior, havia dado R\$ 50,00 para a vítima e, no dia dos fatos, ele exigiu que ela lhe devolvesse o valor; que a vítima disse que não tinha toda a quantia para devolver, apenas R\$ 20,00; que*



*ele a ameaçou de morte; que era uma situação de submissão total da vítima; que não obteve a certeza de que o acusado sabia das medidas protetivas; que, depois que foi colocado em liberdade, eram frequentes as visitas na casa da vítima; que a vítima não deu detalhes acerca dos estupros; que o depoente trabalha há mais de dois anos em Barra Bonita e, desde o começo, atendeu duas ou três ocorrências; que outros colegas também atenderam ocorrências na casa da vítima (depoimento audiovisual).*

O policial civil José Augusto Tuni declarou:

*que foi comunicado acerca da ocorrência pelo policial Everaldo, o qual disse que estaria conduzindo as partes até a Delegacia de Polícia; que o depoente se deslocou até a Delegacia de Polícia de Barra Bonita e colheu os depoimentos das partes; que a vítima lhe disse que, além da ameaça e das injúrias, o acusado teria mantido relações sexuais à força com ela; que a vítima apresentava lesão corporal e foi encaminhada ao IML, para realização do exame (depoimento audiovisual).*

Consoante entendimento jurisprudencial, “Em casos de violência contra a mulher - seja ela física ou psíquica -, a palavra da vítima é de fundamental importância para a devida elucidação dos fatos, constituindo elemento hábil a fundamentar um veredicto condenatório, quando firme e coerente, máxime quando corroborada pelos demais elementos de prova encontrados nos autos.” (TJSC, Apelação Criminal n. 2011.084321-5, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 19.02.2013).

No caso dos autos, além das palavras da vítima, tem-se o depoimento do policial militar Everaldo, *que presenciou pelo menos uma das ameaças (e disse que a vítima sempre relatou ter sido ameaçada pelo companheiro, pelo menos, desde que o policial atua no município, há mais de dois anos) e constatou a lesão na vítima.*

[...]

Quanto aos crimes de ameaça, estão presentes os elementos do fato típico, *sobretudo porque as ameaças proferidas pelo acusado foram suficiente para causar temor na vítima, conforme ela declarou em seus depoimentos.*

Assim, incabível o acolhimento da tese de que a ameaça proferida em estado de embriaguez no dia 10.11.2014, bem como que a vermelhidão decorrente das lesões não constituem causa de tipificação dos crimes em comento. É cediço que para a caracterização da ameaça é necessária a intimidação, o temor gerado na vítima, o que, como visto, ficou comprovado no presente caso.

Portanto, restou evidente que, mediante palavras, o acusado, por diversas vezes, ameaçou a vítima de causar-lhe mal injusto e grave, perfectibilizando-se, assim, a adequação entre a conduta concreta e a descrita no art. 147, *caput*, do Código Penal.

O Tribunal de Justiça, ao manter a sentença condenatória, apresentou estas justificativas (e-STJ fls. 350/352):

Infere-se das provas orais coligidas nos autos que o Denunciado ameaçou a vítima de morte, com o uso de facas e facões, obrigando-a a manter relações sexuais com ele, diuturnamente, no período de um mês.

Ademais, a materialidade e a autoria do crime de ameaça evidencia-se pelas provas orais e documentais, tendo a vítima e os policiais relatado que o Denunciado ameaçava-a de morte, inclusive seus filhos, ora verbalmente, ora utilizando um facão, por diversas vezes, em um período de pelo menos dois anos.

É cediço que as declarações da vítima bastam para demonstrar a ocorrência de crime de estupro, pois muitas vezes são praticados na clandestinidade, não deixam testemunhas presenciais ou vestígios, mormente quando amparada em outras provas e, inclusive, quando as alegações do acusado não encontram qualquer amparo probatório.

[...]

Dessarte, aliado ao fato de que a tese da Defesa não encontra amparo nos autos, conclui-se das provas produzidas nos autos, harmoniosas com as declarações da vítima, a ocorrência dos crimes de estupro e ameaça, em continuidade delitiva, delitos estes que na maioria das vezes são praticados na clandestinidade, não deixam testemunhas presenciais ou vestígios.

Concernente ao número de infrações cometidas pelo Acusado, não há qualquer imprecisão quando o Juiz *a quo* assegura: pelas palavras firmes e coerentes da vítima, não há como deixar de reconhecer o mínimo de sete infrações e, também, a vítima relatou que, por diversas vezes, não sabendo nem mesmo precisar a quantidade, foi ameaçada de morte pelo acusado, pois se tem certeza de que o ofensor praticou o delito por mais seis vezes (estupro) e diversas vezes (ameaça). A dúvida se refere ao número exato e, não o mínimo, baliza devidamente utilizada em primeiro grau de jurisdição. Salienta-se que, quanto ao crime de ameaça, o Denunciado o praticou pelo menos por dois anos, não havendo se falar em ao menos sete infrações.

Nesse contexto, exato se me apresenta o acórdão estadual.

Com efeito, o princípio da consunção resolve o conflito aparente de normas penais quando um delito menos grave é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro mais danoso. Nessas situações, o agente apenas será responsabilizado pelo último crime. Para tanto, porém, é imprescindível a constatação do nexo de dependência entre as condutas a fim de que ocorra a absorção da menos lesiva pela mais nociva ao meio social.

Essa mesma percepção foi registrada por Damásio de Jesus, cujo autorizado magistério assim apreciou o tema:

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quanto um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nestes casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. *Lex consumens derogat levi consumptae*.

O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de que *major absorbet minorem*. Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de *minus a plus*, de conteúdo a continente, de parte a todo, de meio a fim, de fração a inteiro (JESUS, Damásio de. Direito Penal, Parte Geral, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155).

Na situação concreta, não houve relação de subordinação entre o crime contra a dignidade sexual e o de ameaça. Esclareceram as instâncias de origem, a propósito, que o paciente aguardava os filhos da vítima irem dormir e, em posse de um facão, obrigava a ofendida a abaixar suas roupas e a manter com ele conjunção carnal, fatos esses que ocorriam quase todos os dias. Além disso, o paciente comparecia à residência da vítima para tentar retomar o relacionamento afetivo, mediante ameaças de lhe causar mal injusto e grave, oportunidades em que empregava facas e facões para intimidar a ofendida. Uma dessas investidas, inclusive, foi presenciada pelo policial militar, ocasião em que o paciente, novamente em posse de um facão, ameaçou de morte a vítima. Destacou o policial “que o acusado, em ocasião anterior, havia dado R\$ 50,00 para a vítima e, no dia dos fatos, ele lhe exigiu que devolvesse o valor; que a vítima disse que não tinha toda a quantia para devolver, mas apenas R\$ 20,00; que ele a ameaçou de morte” (e-STJ fl. 348). Sendo assim, embora evidente a utilização do mesmo artefato para a prática de ambos os crimes, inequívoco que as ameaças não foram perpetradas apenas como meio para a consumação do crime contra a dignidade sexual, pois praticadas, também, em momentos completamente diversos, com o objetivos diferentes, notadamente o de reatar com a ofendida o relacionamento amoroso. Tal o quadro, não diviso teratologia a tornar impreterível a concessão da ordem.

De mais a mais, a alteração das conclusões alcançadas pelas instâncias de origem, soberanas na análise das provas dos autos, constitui tarefa inviável na via eleita, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório.

No mesmo sentido:

Penal. *Habeas corpus*. Estupro e atentado violento ao pudor. Aplicação do princípio da consunção ao crime de porte ilegal de arma de fogo. Desígnios autônomos. Impossibilidade. Ordem denegada.

1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo.

2. *Incabível o reconhecimento da absorção do delito de porte de arma pelo estupro, quando caracterizadas condutas autônomas. Precedentes do STJ.*

3. Ordem denegada.

(HC 115.780/MS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.05.2010, DJe 24.05.2010, grifei.)

Passo, pois, a análise da alegação de atipicidade da conduta prevista no art. 330 do Código Penal.

No caso em desfile, observo que, no bojo da Ação Penal n. 0002931-38.2014.8.24.0067, foram deferidas medidas protetivas de urgência determinando, em detrimento do paciente, o afastamento do lar conjugal, a proibição de se aproximar da residência da vítima e de manter contato com a ofendida.

Porém, embora pessoalmente intimado e cientificado pelo oficial de justiça acerca das medidas protetivas fixadas, o acusado descumpriu a ordem judicial, na medida em que procurou a vítima, violando o limite de distância fixado.

Diante desse cenário, o magistrado sentenciante condenou o paciente pelo crime de desobediência, assinalando que, “embora haja entendimento dos Tribunais Superiores no sentido de que o descumprimento da ordem de medidas protetivas de urgência não configuraria o crime de desobediência, tenho comigo que a corrente jurisprudencial em sentido contrário é que se mostra mais eficiente para a coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher, até mesmo porque a prisão preventiva não pode ser analisada sob a ótica de sanção penal (tese que justifica a atipicidade de conduta), mas sim de medida de natureza puramente cautelar” (e-STJ fl. 233).

Entretanto, nos termos da orientação do Superior Tribunal de Justiça, em situações em que a lei comina sanções específicas ao ato do particular que desrespeita o comando emanado por funcionário público, a caracterização do crime descrito no art. 330 do Código Penal ficará condicionada à existência de preceito expresso nesse sentido. Adequados à espécie, nessa perspectiva, os ensinamentos de César Roberto Bitencourt:

Quando a lei extrapenal comina sanção civil ou administrativa, e não prevê cumulação com o art. 330 do CP, inexistente crime de desobediência. Sempre que houver cominação específica para o eventual descumprimento de decisão judicial de determinada sanção, doutrina e jurisprudência têm entendido, com acerto, que se trata de conduta atípica, pois o ordenamento jurídico procura solucionar o eventual descumprimento de tal decisão no âmbito do próprio direito privado. Na verdade, a sanção administrativo judicial afasta a natureza criminal de eventual descumprimento da ordem judicial. Com efeito, se pela desobediência for cominada, em lei específica, penalidade civil ou administrativa, não se pode falar em crime, a menos que tal norma ressalve expressamente a aplicação do art. 330 do CP. Essa interpretação é adequada ao princípio da intervenção mínima do direito penal, sempre invocado como *ultima ratio*. Solução idêntica ocorre com as decisões judiciais que cominem suas próprias sanções no âmbito do direito privado, como sói acontecer nas antecipações de tutela, liminares ou ações civis públicas, com apenas uma diferença: o Judiciário, ao cominar sanções civis ou administrativas, nesses casos, não pode ressaltar a aplicação cumulativa da pena correspondente ao crime de desobediência, por faltar-lhe legitimidade legislativa. Essa sanção administrativo-judicial afasta a natureza criminal de eventual descumprimento da decisão referida, e a manutenção ou acréscimo do caráter penal a esse descumprimento não é atribuição do Poder Judiciário. (Código Penal Comentado, São Paulo: Saraiva, 2012).

No mesmo caminhar, a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Inexistência de outro tipo de punição: ressalta, com pertinência, NÉLSON HUNGRIA que “se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do Código de Processo Penal, está sujeita não só à prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, como a processo penal por crime de desobediência)” (Código Penal Comentado, 14ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2014, páginas 1.321).

O raciocínio acima ilustra precisamente o do caso em apreciação neste remédio constitucional. Reparem: o art. 22 da Lei n. 11.340/2006, esclarece que, no caso de descumprimento das medidas protetivas de urgência, possível será a requisição de força policial, a imposição de multa ao agressor, dentre outras sanções, não havendo previsão expressa acerca da incidência do disposto no art. 330 do Código Penal. De mais a mais, o art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal, permite a custódia cautelar para assegurar a execução das medidas protetivas de urgência nas situações em que o crime envolver violência doméstica.

Evidente, portanto, o constrangimento ilegal.

A propósito, confirmam-se estes precedentes:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Trancamento. Crime de desobediência. Descumprimento de medida protetiva. Lei Maria da Penha. Possibilidade de prisão preventiva. Atipicidade da conduta. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Ordem concedida.

1. O trancamento da ação penal em *habeas corpus* é medida excepcional, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a ausência de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a violação dos requisitos legais exigidos para a exordial acusatória.

2. *Na espécie, o descumprimento de medida protetiva, no âmbito da Lei Maria da Penha, não enseja o delito de desobediência, porquanto, além de não existir cominação legal a respeito do crime do artigo 330 do Código Penal, há previsão expressa, no Código de Processo Penal, de prisão preventiva, caso a medida judicial não seja cumprida.*

3. Ordem concedida a fim de reconhecer a atipicidade da conduta irrogada ao paciente pelo crime de desobediência, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau, que rejeitou em parte a denúncia.

(HC 394.567/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15/05/2017, grifei.)

Recurso especial. Desobediência. Art. 330 do CP. Descumprimento de medida protetiva. Imposição com amparo na Lei Maria da Penha. Atipicidade da conduta. Previsão de sanções específicas na lei de regência.

1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que para a caracterização do crime de desobediência não é suficiente o simples descumprimento de decisão judicial, sendo necessário que não exista cominação de sanção específica.

2. *A Lei n. 11.340/2006 determina que, havendo descumprimento das medidas protetivas de urgência, é possível a requisição de força policial, a imposição de multas, entre outras sanções, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal.*

3. *Ademais, há previsão no art. 313, III, do Código de Processo Penal, quanto à admissão da prisão preventiva para garantir a execução de medidas protetivas de urgência nas hipóteses em que o delito envolver violência doméstica.*

4. *Assim, em respeito ao princípio da intervenção mínima, não se há falar em tipicidade da conduta imputada ao ora recorrido, na linha dos precedentes deste Sodalício.*

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.477.671/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18.12.2014, DJe 02.02.2015, grifei.)

Processual Penal e Penal. Agravo regimental e embargos de declaração no recurso especial. Lei Maria da Penha. Descumprimento de medida protetiva. Crime de desobediência. Atipicidade. Precedentes. Ofensa a dispositivo constitucional. Não cabimento. Erro material. Correção. Agravo improvido e embargos acolhidos, sem efeitos modificativos.

1. *O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o descumprimento injustificado de medida protetiva imposta judicialmente, nos termos da Lei n. 11.340/2006, não configura o delito previsto no art. 330 do Código Penal.*

[...]

4. Agravo regimental improvido.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos. (EDcl no REsp 1.543.482/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02.06.2016, DJe 16.06.2016, grifei)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental em recurso especial. Descumprimento de medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha. Crime de desobediência. Não caracterização. Precedentes. Ofensa a dispositivos constitucionais. Não cabimento. Agravo interno a que se nega provimento.

1. *O descumprimento das medidas protetivas dispostas na Lei n. 11.340/2006 não revela a prática do crime de desobediência, eis que o referido diploma legal prevê consequências jurídicas próprias, fato que evidencia a atipicidade do delito (art. 330 do Código Penal).*

[...]

3. Agravo interno improvido. (AgRg no REsp 1.556.067/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24.05.2016, DJe 13.06.2016, grifei)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Lei Maria da Penha. Descumprimento de medida protetiva. Crime de desobediência. Atipicidade. Recurso não provido.

1. *Este Superior Tribunal firmou o entendimento de que somente restará configurado o crime de desobediência, quando, descumprida ordem judicial, não houver previsão de outra sanção em lei específica, salvo ressalva expressa de cumulação.*

2. *A Lei n. 11.340/2006 prevê mecanismos próprios destinados ao descumprimento das medidas de urgência, entre eles a custódia preventiva do agressor, já aplicada ao agravado, de modo que deve ser reconhecida a atipicidade da conduta a ele imputada (art. 359 do Código Penal). Ressalva deste Relator.*

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 292.158/RS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 05.11.2015, DJe 23.11.2015, grifei).

Este o quadro, *concedo em parte a ordem para absolver o paciente pelo crime de desobediência, diante da atipicidade da conduta.*

É como voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 401.329-SP (2017/0123667-8)**

---

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro  
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo  
Advogado: Danielly Salviano Pereira Silva  
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Paciente: Maria Aparecida Vieira

---

#### **EMENTA**

*Habeas corpus.* Furto simples. (I) Bens avaliados em R\$ 290,80 (duzentos e noventa reais e oitenta centavos). Ré reincidente. Princípio da insignificância. Atipicidade material. Não ocorrência. (II) Pena-base três vezes acima do mínimo legal. Desproporcionalidade. (III) Reincidência específica. Compensação integral com a atenuante da confissão espontânea. Inviabilidade. (IV) Regime inicial. Súmula n. 269/STJ. Inaplicabilidade. Presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

1. O princípio da insignificância propõe se exclua do âmbito de incidência do Direito Penal situações em que a ofensa concretamente perpetrada seja de pouca importância, ou seja, incapaz de atingir materialmente e de modo intolerável o bem jurídico protegido. Entretanto, a aplicação do mencionado postulado não é irrestrita, sendo imperiosa, na análise do relevo material da conduta, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o



reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. No caso, não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma viabilizar a aplicação do princípio da insignificância, pois o valor atribuído aos bens subtraídos – R\$ 290,80 (duzentos e noventa reais e oitenta centavos), correspondente a 36,9% do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos – não pode ser considerado inexpressivo ou irrelevante para fins de reconhecimento da atipicidade material do comportamento. Além disso, destacaram as instâncias de origem os inúmeros antecedentes criminais da paciente.

3. Nos termos da jurisprudência desta Casa, o princípio da insignificância busca obstar que desvios de conduta irrisórios e manifestamente irrelevantes sejam alcançados pelo Direito Penal. Não objetiva resguardar condutas habituais juridicamente desvirtuadas, pois comportamentos contrários à lei, ainda que isoladamente irrisórios, quando transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida, perdem a característica da bagatela e devem sujeitar-se ao direito penal. Precedentes.

4. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

5. Na espécie, correto o aumento da pena-base diante dos maus antecedentes, pois presente condenações definitivas em desfavor da paciente, anteriores à data do fato em análise, diferentes da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência.

6. Entretanto, não obstante a orientação jurisprudencial no sentido de que condenações anteriores, alcançadas pelo período depurador de 5 anos, servem como fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, evidencia-se desproporcional a fixação da basal três vezes acima do mínimo legal, notadamente considerando que a mais recente condenação mencionada na sentença transitou em

julgado em 1998, de modo que nenhuma das condutas foi praticada neste século. Sendo assim, diviso teratologia manifesta no cálculo da sanção a justificar a redução do aumento operado na primeira etapa da dosimetria. Precedente.

7. Esta Corte sedimentou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica.

8. Permanece o regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta à paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a reincidência da ré, somada à análise desfavorável da circunstância judicial relativa aos antecedentes, impede a aplicação do disposto no enunciado n. 269 da Súmula desta Casa. Precedentes.

9. Ordem parcialmente concedida para reduzir o aumento aplicado na primeira fase da dosimetria, redimensionando a reprimenda definitiva da paciente para 2 (dois) anos de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão estadual.

### 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 em parte 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), 22 de agosto de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

---

DJe 31.8.2017

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de *Maria Aparecida Vieira*, no qual se aponta como autoridade coatora o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que a paciente foi denunciada pela suposta prática da conduta descrita no art. 155, *caput*, do Código Penal.

Nos termos da peça acusatória, a acusada subtraiu, para si, coisas alheias móveis consistentes em 2 (duas) sandálias, devidamente apreendidas e avaliadas em R\$ 290,80 (duzentos e noventa reais e oitenta centavos), de propriedade do estabelecimento comercial Miranville Calçados.

Superadas as demais fases processuais, a paciente foi condenada, nos moldes da incoativa, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, vedado o direito de recorrer em liberdade.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Entretanto, em sessão de julgamento realizada em 29 de setembro de 2016, os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara de Direito Criminal, à unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 25):

Apelação criminal. Furto simples. Sentença condenatória pelo art. 155, *caput*, do Código Penal. Recurso defensivo com pleito de absolvição, por atipicidade da conduta, com base no princípio da insignificância. Pleito subsidiário de redução da pena na primeira fase de dosimetria, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, e a fixação de regime mais brando. Materialidade e autoria devidamente comprovadas - ré confessa - representantes da empresa-vítima, informaram que a ré adentrou o estabelecimento, solicitou as sandálias e, no momento de pagar, pediu para que reservassem a mesma, pois iria faltar dinheiro para pagar. A acusada saiu da loja e, logo após, perceberam que os dois pares de sandálias haviam sumido. O vendedor foi atrás da ré e, com o auxílio da Polícia Militar que passava pelo local, logrou encontrar a mesma que, abordada, linha em seu poder os dois pares de sandálias subtraídos. Policial afirmou que a testemunha João solicitou ajuda, informando um furto na loja em que trabalha, informando as características da acusada. Lograram encontrá-la na posse dos pares de sandálias, escondidas em sua bolsa. Assim que abordada, a ré confessou a prática delitiva. Princípio da insignificância. Não reconhecimento, por falta de amparo legal. Eventual aplicação acarretará a exclusão ou o afastamento da própria tipicidade penal. De rigor a condenação. Dosimetria. Penas mantidas. Reincidência que prepondera sobre a atenuante da confissão. Ré plurireincidente específica. Regime inicial fechado que não comporta reparos. Sentença mantida. Recurso improvido.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a Defensoria Pública, como primeira tese, a atipicidade material do comportamento imputado à paciente.

Destaca o ínfimo valor dos bens subtraídos pela sentenciada – R\$ 290,80 (duzentos e noventa reais e oitenta centavos), bem como a restituição dos objetos à vítima.

Reverbera, outrossim, que o aumento da pena-base, diante do reconhecimento da circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, no patamar escolhido na origem, foi excessivo e manifestamente desproporcional.

Sublinha, ainda, que a confissão da paciente foi utilizada para corroborar a condenação, devendo, portanto, nos moldes do disposto no enunciado n. 545 desta Casa, servir para atenuar a sanção imposta à acusada, neutralizando de modo integral a agravante da reincidência.

Por fim, asseve a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, nos moldes do enunciado n. 269 da Súmula desta Casa.

Diante dessas considerações, pede, em tema liminar, possa a paciente aguardar em liberdade o julgamento definitivo do presente remédio constitucional. No mérito, busca o trancamento da ação penal ou, subsidiariamente, a redução da pena-base, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, bem como a modificação do regime inicial de cumprimento da sanção para o semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 50/52).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 59/110), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 113/123).

Eis a ementa do parecer (e-STJ fl. 113):

*Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento, nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Furto simples. Absolvição com base no princípio da insignificância. Inviabilidade. Fundamentação idônea. Multirreincidência específica e confissão espontânea. Compensação integral. Impossibilidade. Regime prisional inicialmente fechado. Constrangimento ilegal não evidenciado. Parecer pela denegação do pedido.*

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): A primeira tese apresentada ao Superior Tribunal de Justiça associa-se estreitamente ao

princípio da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal somente deve ser aplicado quando estritamente necessário no combate a comportamentos indesejados, mantendo-se subsidiário e fragmentário.

Nesse contexto, trouxe-nos a doutrina o princípio da insignificância, propondo se excluam do âmbito de incidência do Direito Penal situações em que a ofensa concretamente perpetrada seja de pouca importância, noutras palavras, incapaz de atingir materialmente e de modo intolerável o bem jurídico protegido.

A propósito do tema, Carlos Vico Mañas anuncia que “o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal”. Esclarece, outrossim, que o princípio em análise baseia-se “na concepção material do tipo penal, por meio da qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal” (O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 56-81).

Entretanto, a aplicação do mencionado postulado não é irrestrita, sendo imperiosa, na análise do relevo material da conduta, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No mesmo sentido:

*Habeas corpus*. Impetração substitutiva de recurso especial. Impropriedade da via eleita. Furto tentado. Par de chinelos (R\$ 20,00). Reincidência. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Flagrante ilegalidade. Não conhecimento. Ordem de ofício.

[...] 2. *Consoante entendimento jurisprudencial, 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.*

(...) *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.*" (HC n. 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004)

[...]

4. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, aplicado o princípio da insignificância, para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta. (HC 360.863/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 30.06.2016, DJe 1º.08.2016, grifei)

No caso, colhe-se da peça acusatória que, no dia 15 de janeiro de 2015, no interior do estabelecendo comercial Miranville Calçados, a acusada subtraiu duas sandálias, uma da marca Usaflex e a outra da marca Miranville, avaliadas em R\$ 290,80 (duzentos e noventa reais e oitenta centavos).

Esclareceu o órgão acusatório que, na data dos fatos, a denunciada compareceu ao mencionado estabelecimento comercial e observou várias sandálias. Diante disso, um vendedor se aproximou e ofereceu ajuda à sentenciada. A gerente da loja também atendeu a acusada e lhe apresentou os produtos, oportunidade em que a ré mencionou que iria até a sua casa buscar dinheiro para efetuar a compra. Entretanto, após a saída da acusada da loja, o vendedor e a gerente perceberam que as sandálias não estavam mais no local. O vendedor, então, foi até a via pública e acionou os policiais. Foram efetivadas diligências e a denunciada foi encontrada e detida em poder dos objetos.

Tal o contexto, não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma viabilizar a aplicação do princípio da insignificância, pois o valor atribuído aos bens subtraídos – R\$ 290,80 (duzentos e noventa reais e oitenta centavos), correspondente a 36,9% do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos – não pode ser considerado inexpressivo ou irrelevante para fins de reconhecimento da atipicidade material do comportamento.

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

Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Furto. (1) Princípio da insignificância. Atipicidade material. Não reconhecimento. (2) Multirreincidência.

Ressalva do entendimento da relatora. (3) Valor da *res furtiva* superior a 20% do salário mínimo à época dos fatos. (4) Princípio da insignificância. Não incidência. Atipicidade material. Não reconhecimento. (5) Prisão cautelar. Reiteração delitiva. Periculosidade. Motivação idônea. Ocorrência. (6) Recurso ordinário desprovido.

[...]

3. Ainda que assim não fosse, não é insignificante a conduta de furtar seis peças de carne, de propriedade de pessoa jurídica, com valor superior a 20% (R\$ 240,00) do salário mínimo vigente à época dos fatos (R\$ 880,00).

4. Em tais circunstâncias, não há como reconhecer o caráter bagatelar do comportamento imputado, havendo afetação do bem jurídico.

5. Por fim, não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da reiteração delitiva do ora recorrente, que, na dicção do juízo de primeiro grau, é multirreincidente. Há condenação, inclusive, por tráfico de entorpecentes. Ressaltou-se, aliás, que ele estava em cumprimento de pena antes da prisão em flagrante que deu origem ao presente recurso ordinário, tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

6. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 80.077/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17.03.2017, grifei.)

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Princípio da insignificância. Não incidência. *Res furtiva* avaliada em R\$ 195,00. 38,39% do salário mínimo vigente à época dos fatos. Agravo regimental improvido.

1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: 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.

2. O furto de bens que totalizam o valor de R\$ 195,79, o que corresponde a 38,39% do salário mínimo vigente à época dos fatos, não pode ser tido como de lesividade mínima, inviabilizando a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 616.142/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17.11.2016, DJe 29.11.2016, grifei.)

Penal e Processual Penal. Furto tentado de 7 (sete) peças de carne, avaliadas em cerca de 28% do salário-mínimo da época do fato. Não incidência do princípio da

insignificância. Presença de tipicidade material. Precedentes. Agravo regimental improvido.

[...]

II. *Não se pode entender como insignificante a lesão jurídica provocada, ou que seja reduzidíssimo o grau de reprovabilidade da conduta, consistente na tentativa de furto de 7 (sete) peças de carne, avaliadas em R\$ 152,00 (cento e cinquenta e dois reais) equivalentes a cerca de 28% do salário-mínimo da época do fato.*

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.386.241/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 27.08.2013, DJe 06.05.2014, grifei.)

Penal e Processual Penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Ausência de impugnação a todos os fundamentos da decisão agravada. Súmula 182/STJ. Furto simples tentado. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Bem não essencial e cujo valor não se revela ínfimo. Acórdão *a quo* em sintonia com a jurisprudência do STJ. Súmula 83/STJ.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. É inviável o agravo que deixa de atacar todos os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula 182/STJ.

3. *Consoante o entendimento sedimentado pelas Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal, a prática de furto de bem avaliado em valor equivalente a 12% do salário mínimo não pode ser tida como de lesividade mínima, inviabilizando a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.*

4. Agravo regimental improvido.

(AgInt no AREsp 822.462/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 03.05.2016, grifei.)

Cumprе аcentuar, no pormenor, que esta “Corte Superior de Justiça tem entendido que a lesão jurídica provocada não pode ser considerada insignificante quando o valor dos bens subtraídos *perfaz mais de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos e as características do fato demonstrarem uma maior gravidade da conduta*” (AgRg no REsp 1.558.547/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 3.12.2015, grifei).

Impende destacar, ademais, os inúmeros antecedentes criminais da paciente – certidão criminal expedida pela 7ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 695/1993; certidão criminal expedida pela 26ª Vara Criminal de São Paulo



referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 24/1995; certidão criminal expedida pela 29ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 638/1999 e certidão criminal expedida pela 29ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 151/1998.

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Casa, o princípio da insignificância busca obstar que desvios de conduta irrisórios e manifestamente irrelevantes sejam alcançados pelo Direito Penal. Não objetiva resguardar condutas habituais juridicamente desvirtuadas, pois comportamentos contrários à lei, ainda que isoladamente irrisórios, quando transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida, perdem a característica da bagatela e devem sujeitar-se ao direito penal.

No mesmo sentido:

*Habeas corpus. Writ substitutivo. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Incidência. Impossibilidade. Rompimento de obstáculo. Registro de condenação anterior transitada em julgado. Roubo. Reincidência. Extinção da punibilidade. Cumprimento da pena. Inviabilidade. Supressão de instância. Condenações posteriores. Habeas corpus não conhecido.*

1. Além da subsunção formal da conduta humana a um tipo penal, deve haver uma aplicação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, para aferir se houve ofensividade relevante aos valores tidos como indispensáveis à ordem social.

2. *Esta Corte Superior tem entendido ser inviável a aplicação do princípio da insignificância na hipótese de furto qualificado pelo arrombamento de obstáculo, ante a audácia demonstrada pelo agente, a caracterizar maior grau de reprovabilidade da sua conduta.*

3. *A prática reiterada de crimes contra o patrimônio, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, impossibilita a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto, ressalvada a possibilidade de as instâncias ordinárias, no exame do caso concreto, entenderem pela sua incidência.*

4. *O paciente registra condenação anterior transitada em julgado por crime de roubo circunstanciado tentado, aparentemente utilizada para configurar a sua reincidência, o que reforça a impossibilidade de reconhecer a insignificância da conduta a ele imputada.*

[...]

7. *Habeas corpus não conhecido. (HC 316.879/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24.05.2016, DJe 06.06.2016, grifei)*

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não conhecimento do *writ*. Crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. Agente reincidente específico, contumaz na prática de delitos patrimoniais. Não incidência do princípio da insignificância. Dosimetria. Ilegalidade ou desproporcionalidade constatada. Segunda fase. Fixação de fração superior a 1/6 pela agravante. Ausência de fundamento concreto. Impossibilidade. Redução. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A incidência do princípio da insignificância é admitida pelo Supremo Tribunal Federal desde que presentes quatro vetores, os quais vêm sendo igualmente exigidos por esta Corte: a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. *Não se admite como conduta insignificante o furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, por agente reincidente específico, ainda que o valor da coisa furtada seja pequeno - pedras de alicerces avaliadas em R\$ 20,00 (vinte reais), conforme jurisprudência firmada por este Tribunal.*

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para estabelecer ao paciente a pena 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 15 dias-multa. (HC 338.484/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12.04.2016, DJe 22.04.2016, grifei)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Furto qualificado (mediante escalada e rompimento de obstáculo). Aparelho de DVD, avaliado em R\$ 80,00. Pretensão de trancamento da ação penal. Princípio da insignificância. Recorrentes contumazes na prática de crimes. Reincidência. Ausência dos pressupostos necessários à aplicação do referido postulado. Constrangimento ilegal. Ausência. Parecer acolhido.

[...]

2. *Na espécie, não há como aplicar o princípio da insignificância, uma vez que os recorrentes são reincidentes e contumazes na prática de crimes, além do que o delito foi praticado mediante escalada e rompimento de obstáculo, circunstâncias que impedem o reconhecimento da mínima ofensividade da conduta, do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, da mínima lesão jurídica provocada e da ausência de periculosidade social da ação.*

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido. (RHC 39.835/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03.11.2015, DJe 19.11.2015, grifei)

Penal. Agravo regimental em recurso especial. Art. 155, § 4º, I e II do Código Penal. Princípio da insignificância. Reincidência. Escalada. Rompimento de obstáculo. Inaplicabilidade.

*Ressalvado meu entendimento pessoal, em respeito ao princípio da colegialidade, verifico que se mostra incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, uma vez que o recorrente (reincidente), praticou a ação mediante escalada e rompimento de obstáculo, circunstâncias que qualificam o crime de furto e impedem o reconhecimento do mencionado princípio (precedentes).*

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.540.132/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17.09.2015, DJe 09.10.2015, grifei)

*Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Furto tentado. Princípio da insignificância. Impossibilidade. Paciente reincidente. Relevância da conduta na esfera penal. Crime praticado mediante o rompimento de obstáculo. Inaplicabilidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ e Supremo Tribunal Federal - STF. *Habeas corpus* não conhecido.

[...]

- *O paciente é reincidente, conforme constam das decisões das instâncias ordinárias e da certidão de antecedentes criminais juntada aos autos às fls. 111/124, ostentando outras condenações com trânsito em julgado, inclusive por crimes contra o patrimônio. Nesse contexto, a reiteração no cometimento de infrações penais se reveste de relevante reprovabilidade e não se mostra compatível com a aplicação do princípio da insignificância, reclamando a atuação do Direito Penal. Deve-se enfatizar, por oportuno, que o princípio da bagatela não pode servir como um incentivo à prática de pequenos delitos.*

- *É firme a orientação desta Corte acerca da inaplicabilidade do princípio da insignificância no crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, tendo em vista que denota maior ofensividade e reprovabilidade da conduta.*

*Habeas Corpus* não conhecido. (HC 330.359/MS, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 20.10.2015, grifei)

Agravo regimental. *Habeas corpus*. *Writ* substitutivo de recurso especial. Falta de cabimento. Apropriação indébita. Pretensão de absolvição. Atipicidade material da conduta. Princípio da insignificância. *Res furtiva* avaliada em R\$ 350,00 (na época, o salário mínimo era de R\$ 380,00). Ausência dos pressupostos necessários à aplicação do referido postulado. Constrangimento ilegal. Ausência. Decisão que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática em que se nega seguimento ao *writ*, substitutivo de recurso especial, quando não se evidencia a ocorrência de constrangimento ilegal apto a justificar a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício.

2. No caso, a res furtiva foi avaliada em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), quando o salário mínimo era de R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), circunstância que impede o reconhecimento dos pressupostos do princípio da insignificância (mínima ofensividade da conduta, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, mínima lesão jurídica provocada e ausência de periculosidade social da ação).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 243.957/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15.03.2016, DJe 29.03.2016, grifei)

Nesse palmilhar, não diviso motivo bastante a justificar, no ponto, a reforma do acórdão local, cujos fundamentos a defesa não conseguiu infirmar.

Esse mesmo entendimento foi perfilhado pela douta Subprocuradora-Geral da República, Célia Regina Souza Delgado, que, ao opinar pela denegação da ordem, deixou assentado, de maneira irretocável o interesse estatal na repressão do delito em desfile, porquanto, “além do valor dos bens não ser insignificante, pois correspondente a quase metade de um salário mínimo vigente à época dos fatos (R\$ 290,80), consta do acórdão que a prática de crime contra o patrimônio não é fato isolado na vida da paciente, circunstância que afasta a possibilidade de aplicação do referido princípio” (e-STJ fl. 117).

Passo, pois, à análise da alegação de desproporcionalidade do aumento da pena-base.

Por oportuno, transcrevo estes trechos da sentença condenatória:

Passo a fixar a pena. Na primeira fase, atenta às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, verifico que o réu possui inúmeros antecedentes criminais (conforme exarado na certidão criminal expedida pela 7ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 695/1993; conforme exarado na certidão criminal expedida pela 26ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 24/1995; conforme exarado na certidão criminal expedida pela 29ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 638/1999 e conforme exarado na certidão criminal expedida pela 29ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 151/1998), motivo pelo qual fixo a pena-base acima do mínimo legal, haja vista que o acusado demonstrou total envolvimento com as práticas delitivas, em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa. Na segunda fase, majoro a pena em 1/6 (um sexto), considerando a reincidência, conforme certidão criminal exarada pela 13ª Vara Criminal de São Paulo do feito ordem n. 2012/001821 da 13ª Vara Criminal Central da Capital/SP, com condenação com trânsito em julgado para a ré aos 03.12.2012, perfazendo a pena em 03 (três) anos e 06 (seis)

meses de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa. Neste aspecto, em que pese a confissão parcial da acusada, causa atenuante, verifico que a reincidência é causa preponderante, nos termos do art. 67, do Código Penal, de modo que não há que se falar em compensação. Nesse sentido segue entendimento jurisprudencial: [...] Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição de penas a serem consideradas. Torno definitivas as penas acima fixadas. Reincidente, outro não é o regime de penas a ser fixado que não o fechado.

A Corte de origem, para manter a pena-base acima do mínimo legal, apresentou estas justificativas (e-STJ fls. 25/39, grifei):

Assim sendo, a r. sentença fixou a pena-base em 03 anos de reclusão, e ao pagamento de 30 dias-multa, o que mantenho. *Como se vê das certidões supracitadas, a ré vem praticando delitos de furto constantemente, com condenações que se mostraram ineficazes para afastar a personalidade criminosa da acusada.* Entendo que se faz necessária a manutenção da exasperação da pena-base, como forma para evitar novas infrações, eis que a ré registra processos criminais idênticos desde 1991, conforme folha de antecedentes em apenso.

Praticada a infração penal, surge para o Estado o direito de aplicar a sanção penal abstratamente cominada, modo de retribuir o mal causado pelo acusado e meio supostamente eficiente de evitar a reincidência. Nesse tear, demanda-se a estrita observância do devido processo legal, que se encerra com a sentença, ato judicial que aplica ao acusado a reprimenda individualizada de acordo com a gravidade do delito e com as condições pessoais do sentenciado.

A primeira etapa de fixação da reprimenda, como é cediço, tem como objetivo estabelecer a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado descrito do tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal. As circunstâncias judiciais são valores positivos; para inverter essa polaridade imperioso ao prolator da sentença apresentar elementos concretos de convicção presentes no bojo do processo. Sendo assim, é inadmissível o aumento da pena-base com fundamento em meras suposições ou em argumento de autoridade. Não atende à exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal a simples menção aos critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, sem anunciar os dados objetivos e subjetivos que a eles se amoldam, ou a invocação de fórmulas imprecisas em prejuízo do condenado.

Nesse palmilhar, correto o aumento da pena-base diante dos maus antecedentes, pois presente condenações definitivas em desfavor da paciente,

anteriores à data do fato em análise, diferentes da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência – certidão criminal expedida pela 7ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 695/1993; certidão criminal expedida pela 26ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 24/1995; certidão criminal expedida pela 29ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 638/1999 e certidão criminal expedida pela 29ª Vara Criminal de São Paulo referente a condenação criminal com trânsito em julgado para a ré referente ao processo n. 151/1998.

Rememoro, outrossim, que o legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado.

E mais: a legislação ordinária não exige que as circunstâncias judiciais sejam todas consideradas desfavoráveis para a fixação da pena em patamar superior ao mínimo previsto no preceito secundário da norma penal.

Desse modo, as circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa.

Importante notar, diante do contexto em análise, não ser este remédio constitucional a via própria para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para aumentar a pena-base. Nesse tear, tratando-se de tema afeto à discricionariedade regrada do magistrado, somente é possível a revisão do cálculo da pena na via eleita em hipóteses excepcionais, quando evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de aprofundamento no acervo fático-probatório.

Na espécie, vimos que o sentenciante estabeleceu a pena-base em 3 (três) anos de reclusão, tendo em vista as quatro condenações prévias transitadas em julgado e não consideradas na segunda etapa do cálculo da reprimenda.

Nessa toada, não obstante a orientação jurisprudencial no sentido de que condenações anteriores, alcançadas pelo período depurador de 5 anos, servem como fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, parece-me desproporcional a fixação da basal *três vezes acima do mínimo legal*, notadamente

considerando que a mais recente condenação mencionada na sentença transitou em julgado em 1998, de modo que nenhuma das condutas foi praticada neste século. Noutra falar, entre a última condenação e a prática da infração apurada nesta ação penal transcorreram quase 17 anos. Sendo assim, diviso teratologia manifesta no cálculo da sanção a justificar a concessão da ordem.

Em caso semelhante ao que se encontra agora sob nossos cuidados, a Sexta Turma desta Casa decidiu desta forma:

*Habeas corpus*. Furto simples tentado. *Writ* substitutivo de recurso especial. Impropriedade da via eleita. Dosimetria. Art. 59 do Código Penal. Pena-base três vezes acima do mínimo legal. Desproporcionalidade. Treze condenações transitadas em julgado. Condutas perpetradas há 14 anos antes da prática do novo delito. Direito ao esquecimento. Relativização. Princípio da insignificância. Não aplicação. Novo dimensionamento da pena. Prescrição. Reconhecimento. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

[...]

4 - *Por outro lado, não obstante o paciente ostente onze condenações por furto e duas por roubo, é desarrazoada a fixação da pena-base em três vezes o seu mínimo legal cominado, considerando que a mais recente das sanções transitou em julgado para a defesa em 17.11.1999, há 14 anos, portanto.*

5 - *Sem perder de vista o entendimento jurisprudencial no sentido de que condenações prévias, com trânsito em julgado há mais de cinco anos, apesar de não ensejarem reincidência, servem de alicerce para valoração negativa dos antecedentes, soa desarrazoado admitir que essas treze condenações, tão longínquas no tempo, aumentem a pena-base em três vezes.*

6 - Esta Corte Superior tem entendido pela possibilidade, no âmbito do remédio constitucional, de se readequar a majoração da pena na hipótese de desproporcionalidade evidente. (HC 226.918/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6T, DJe 1º.8.2013).

7 - *Conquanto relevante, para fins penais, a existência de tantas condenações impingidas ao paciente por crimes patrimoniais, não se lhes pode atribuir o desproporcional relevo dado na corte estadual, que aumentou, em três vezes, a sanção inicial no processo de individualização da reprimenda penal.*

8 - Recentes julgados desta Corte (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ, publicados em 9.9.2013), relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão, aplicáveis na órbita do direito civil - máxime em aspectos relacionados ao conflito entre o direito à privacidade e ao esquecimento, de um lado, e o direito à informação, de outro - enfatizam que "...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." (voto do Ministro Luís Felipe Salomão).

9 - *Semelhante doutrina há de ser recebida com temperança no âmbito do Direito Penal, mas reforça a necessidade de afastar a excessiva exacerbação da pena-base, operada pelo tribunal estadual ao realizar a primeira etapa da dosimetria da sanção imposta ao paciente, à vista das condenações transitadas em julgado pela prática de infrações patrimoniais.*

10 - Corrigida a anomalia constatada no juízo de origem, aumenta-se a pena-base em 6 meses, correspondentes à metade da reprimenda cominada para o crime de furto simples, resultando em 1 ano e 6 meses de reclusão, que, dada a ausência de atenuantes e agravantes, e mantida a redução de 2/3 da pena, em face do *conatus*, chega ao patamar definitivo de 6 meses de reclusão.

11 - Considerando, todavia, que entre o recebimento da denúncia, em 16.3.2010, e o acórdão condenatório, julgado em 8.5.2012, transcorreram mais de 2 anos, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, em relação ao crime imputado ao paciente, é medida que se impõe (art. 109, VI, do Código Penal, em redação anterior à Lei n. 12.234/2010, aplicável à época dos fatos, c/c § 1º do art. 110 do mesmo Diploma Legal).

12 - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir o *quantum* da majoração da pena-base, do que resulta a pena de 6 meses de reclusão. Consequentemente, por ser matéria de ordem pública, a reconhecer-se em qualquer instância e grau de jurisdição, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal, reconheço, de ofício, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e declaro, por consequência, extinta a punibilidade do crime atribuído ao paciente.

(HC 256.210/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03.12.2013, DJe 13.12.2013, grifei.)

Transcrevo, por oportuno, estes trechos do acórdão:

Faço menção – apenas para, como argumento a latere, enfatizar as implicações do transcurso do tempo no Direito e nas relações humanas – a dois recursos especiais (1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ) recentemente julgados (publicados em 9.9.2013) pela Quarta Turma do STJ, ambos da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

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 de dezembro de 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, a essência dessa doutrina – com adaptações e temperamentos, por óbvio – é aplicável ao 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 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, Cláudio 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.

[...]

*Toda essa digressão – feita a partir dos substanciosos acórdãos mencionados – não possui alcance suficiente para sustentar o esquecimento completo do passado criminoso do paciente*. Afinal de contas, não foram duas ou três, e, sim, treze condenações por crimes contra o patrimônio alheio. No entanto, a ideia que subjaz ao assim chamado “direito ao esquecimento”, como visto, deverá implicar a *relativização desses registros penais tão antigos*, de modo a não lhes imprimir o excessivo relevo dado pelo tribunal de origem.

Não vejo como acolher, todavia, o pedido de compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Isso porque, malgrado a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.341.370/MT, tenha firmado a compreensão de que é possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, na segunda fase dosimétrica, por serem igualmente preponderantes, esta Corte Superior também possui orientação jurisprudencial no sentido de que a compensação *não será integral no caso de ser verificada a reincidência específica* (e-STJ fl. 93), porquanto, nessa situação, a compensação completa implicaria em ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, mormente tendo em vista a recidiva específica exige maior reprovação, devendo, pois, prevalecer sobre a mencionada atenuante.

A propósito:

Penal. *Habeas corpus*. Art. 155, § 4º, II, do Código Penal. Dosimetria. Primeira fase. Pena-base. Exasperação. Fundamentação idônea. Ausência de ilegalidade. Segunda fase. Agravante da reincidência. Compensação. Atenuante da confissão espontânea. Inviabilidade. Reincidência específica. Regime inicial fechado. Pena superior a 4 anos. Circunstância judicial desfavorável. Reincidência. Adequação. Ordem denegada.

[...]

2. *Esta Corte sedimentou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica.*

[...]

4. Ordem denegada.

(HC 396.292/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 09.06.2017, grifei.)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Furto qualificado e furto simples. Dosimetria. Pleito de compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Paciente reincidente específico. Compensação parcial. Possibilidade. Agravante do art. 61, I, do CP. Aumento em 6 meses de reclusão. Fundamentação concreta. Ausência de ilegalidade. Decisão mantida. Agravo regimental improvido.

1. A Terceira Seção do STJ, em 23.05.2012, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento segundo o qual a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, igualmente preponderante.

2. Não é devida, contudo, a compensação integral entre a confissão e a reincidência quando a recidiva do réu for específica ou numerosa, por evidenciar maior reprovabilidade.

[...]

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 379.039/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27.04.2017, DJe 08.05.2017, grifei.)

Início, assim, a readequação da dosimetria da pena do delito patrimonial, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase do cálculo, *afasto a valoração excessivamente negativa da circunstância judicial relativa aos antecedentes e fixo a pena-base 6 (seis) meses acima do mínimo legal – 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa.*

Na segunda fase, mantenho o aumento de 6 (seis) meses, tendo em vista a preponderância da agravante da reincidência específica frente à atenuante da confissão espontânea, alcançando a pena intermediária o patamar de 2 (dois) anos de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição, torno a pena definitiva em *2 (dois) anos de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.*

Permanece o regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta à paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a reincidência da ré, somada à análise desfavorável da circunstância judicial relativa aos antecedentes, impede a aplicação do disposto no enunciado n. 269 da Súmula desta Casa.

No mesmo sentido:

*Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Furto tentado. Dosimetria. Pena-base. Existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Maus antecedentes e personalidade voltada para a prática de delitos. Cabimento. Pena inferior a 4 anos. Réu multirreincidente. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Regime inicial fechado. Possibilidade. Inaplicabilidade da Súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Ausência de constrangimento ilegal. *Writ* não conhecido.

[...]

- *É cabível a adoção do regime prisional fechado aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a 4 anos se desfavoráveis as circunstâncias judiciais. Inaplicabilidade do Enunciado n. 269 da Súmula do STJ.*

*Habeas corpus* não conhecido. (HC 324.787/SC, Rel. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 22.03.2016, grifei.)

Agravo regimental em *habeas corpus*. Receptação. Arrependimento posterior. Reconhecimento. Impossibilidade. Supressão de instância. Necessidade de revolvimento de provas. Regime inicial fechado. Legalidade. Súmula n. 269 do STJ. Reincidência e maus antecedentes. Agravo regimental não provido.

[...]

3. *É válida a imposição do regime inicial fechado ao réu reincidente que teve a circunstância judicial considerada desfavorável, mesmo quando condenado a pena inferior a 4 anos. Súmula n. 269 do STJ.*

4. Agravo regimental não provido. (AgInt no HC 323.418/ES, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07.06.2016, DJe 21.06.2016, grifei.)

Diante dessas considerações, *concedo parcialmente a ordem para reduzir o aumento aplicado na primeira fase da dosimetria, redimensionando a reprimenda definitiva da paciente para 2 (dois) anos de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão estadual.*

É como voto.

---

## RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 82.511-RS (2017/0069145-5)

---

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Daniel Luis Longhi

Advogados: Diogo Jardel Boff - RS075765

Pedro Francisco Fernandes Pomnitz e outro(s) - RS095700

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

---

### EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Nulidade. Prova ilícita. Violação ao direito de permanecer em silêncio. Não ocorrência. Certidão policial. Diligências preliminares. Busca de elementos

concretos de autoria. Posterior indiciamento. Ilegalidade não evidenciada. Recurso a que se nega provimento.

1. O indiciamento, ato posterior ao estado de suspeito, reclama a existência de um “feixe de indícios convergentes” e está baseado em um juízo de probabilidade e não de mera possibilidade em relação à autoria delitiva. Dessarte, é de bom alvitre que sejam realizadas diligências iniciais buscando elementos de informação sobre o autor do delito, evitando-se o constrangimento ilegal, a estigmatização e o etiquetamento jurídico e social decorrentes de um indiciamento temerário, desprovido de lastro mínimo.

2. Não caracteriza prova ilícita a certidão policial que documentou a realização de diligências preliminares com vistas a investigar a relação entre o veículo envolvido no sinistro e prováveis condutores, a fim de se reunir elementos mínimos de autoria a permitir o indiciamento pelo delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Na espécie, o recorrente, então *suspeito e não indiciado*, não foi questionado pela autoridade policial acerca da prática delitiva em si, mas apenas sobre a propriedade do veículo, não havendo se falar em violação às garantias constitucionais ou infralegais inerentes à condição de indiciado.

3. Recurso a que se nega provimento.

## 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), 03 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJe 16.10.2017

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, sem pedido liminar, interposto em favor de *Daniel Luis Longhi*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (HC n. 0023480-07.2017.8.21.7000).

Segundo os autos, o recorrente foi denunciado pela suposta prática do *delito previsto no art. 302, §1º, II e III, da Lei n. 9.503/1997 (homicídio culposo na direção de veículo automotor)*.

Durante o curso da ação penal, foi instaurado incidente de ilicitude de prova. Na oportunidade, buscava a defesa o desentranhamento de certidão policial que relatava diligências ocorridas em momento anterior ao próprio interrogatório do acusado. Alegava-se que a realização de oitiva informal violaria o direito do réu de permanecer em silêncio.

O magistrado *a quo*, contudo, houve por bem indeferir o pleito defensivo, sob os seguintes argumentos (fls. 17/19):

Vistos.

Trata-se de resposta à acusação, bem como incidente de ilicitude da prova apresentados por defensor constituído pelo acusado.

Preliminarmente, passa-se a análise das alegações da defesa no que tange a ilegalidade da prova produzida na fase policial.

Em que pese os argumentos da defesa, não há nos autos qualquer elemento a indicar que a autoridade policial tenha agido com abuso ou em afronta às garantias constitucionais do acusado.

*A certidão das fls. 82/83 demonstra tão somente as diligências realizadas pelos agentes policiais para apuração do autor dos fatos narrados na denúncia, inclusive previamente ao comparecimento do investigado para prestar seu interrogatório, não contendo qualquer irregularidade, pois a toda evidência que a Autoridade Policial tem o poder/dever de investigar, inclusive fazendo relatório dos elementos e informes coletados.*

*O fato do investigado se reservar no direito ao silêncio quando do interrogatório para a Autoridade Policial não significa que está impedida de utilizar os elementos colhidos, inclusive quando das **diligências prévias junto ao trabalho do acusado, com intuito de apurar a autoria do crime.***

*Come se verifica da certidão, o Escrivão de Polícia apenas relatou as diligências que realizou e as informações que o acusado prestou quando os policiais contataram o mesmo para **questioná-lo acerca da propriedade de um veículo idêntico ao***

**que aparece nas imagens das câmeras próximas ao local do atropelamento.** E o fato da certidão ter sido lavrada no mesmo dia em que o acusado compareceu para prestar o interrogatório em nada macula o procedimento da policial, pois apenas fez um relatório das investigações realizadas e que culminaram por direcionar as suspeitas ao acusado.

Na linha de argumentação da defesa, se o investigado se reserva no direito ao silêncio, a Autoridade Policial não poderia utilizar para a apuração do crime nenhum dado ou informação que o mesmo prestou anteriormente nas diligências, durante as investigações iniciais, o que não prospera, pois o direito ao silêncio não tem o condão de apagar ou excluir dos autos da investigação o que já foi apurado, muito menos impedir que os policiais relatem as informações coletadas.

Diante do acima exposto, indefiro o pedido de instauração de incidente de prova ilícita.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ* perante a Corte de origem, cuja ordem restou denegada, em aresto assim fundamentado (fls. 77/87):

*Des. Cristina Pereira Gonzales (Relatora)*

(...)

Com já dito alhures, a alegada ilicitude da prova impugnada não emerge, de plano, dos autos. A certidão ora impugnada apenas relata as diligências realizadas e as informações prestadas pelo acusado aos policiais, de modo informal, durante a investigação policial, não se tratando de prova propriamente dita, mas de mero elemento informativo.

Ademais, da leitura da certidão, depreende-se que as informações prestadas pelo acusado não foram obtidas por meio de coação ou de forma sub-reptícia ou em afronta ao seu direito constitucional de se manter calado e não produzir prova contra si mesmo.

*Ressalto que o paciente não foi questionado acerca da prática delitiva, limitando-se os policiais questionar o paciente sobre a propriedade do veículo, tendo o acusado respondido às perguntas de forma negativa.*

*E tratando-se a certidão de documento meramente informativo, cujo conteúdo não foi obtido em violação a normas constitucionais ou legais, não merecem guarida os pedidos de reconhecimento de sua ilicitude e de seu desentranhamento dos autos.*

(...)

*Des. Genacéia da Silva Alberton (Presidente)*

(...)

Nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal, devem ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as que forem obtidas em violação



as normas constitucionais ou legais. Em vista do princípio constitucional que protege a pessoa contra a auto-incriminação, ninguém pode ser constrangido a produzir prova contra si. Não é o caso trazido a exame. A questão deduzida é reconhecer a possibilidade ou não de ser mantida certidão informando sobre a manifestação do acusado perante os policiais, embora o mesmo, quando formalmente ouvido perante a autoridade policial, tenha exercido o direito de manter-se em silêncio.

Nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal, a prova a ser admitida para fundamentar a decisão judicial não pode ser apenas aquela matéria informativa colhida na investigação.

*Vejo, pois, que eventual informação acerca do agir do acusado quando houve contato com os investigadores não pode de plano, ser admitida como prova ilícita por se tratar de mera informação que, pelo que consta, não foi obtida por meio de coação.*

Eis o motivo pelo qual voto pelo conhecimento do *habeas corpus* e denegação da ordem.

(...)

*Des. João Batista Marques Tovo*

No mérito, acompanho a relatora na denegação da ordem.

Assim, pois a norma conhecida como "Miranda rights" não foi de todo importada por nosso sistema. O artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal é uma garantia expressamente dirigida ao preso, não sendo esse o caso dos autos. *Depois, o que os agentes da autoridade policial fizeram foi averiguar uma delação anônima, identificando seu alvo e indagando-lhe a respeito da posse de um carro similar ao causador do sinistro, antes de se fixarem em sua pessoa como investigado, o que só ocorreu em razão dessa diligência. Quanto a relatarem o procedimento e o que resultou, é próprio da atividade policial. E não havia óbice legal a que declarassem por escrito ou viessem depor em juízo sobre a investigação ou seus resultados práticos, no processo penal vigorando o princípio da liberdade dos meios de prova. Claro, seus relatórios e relatos têm força probante reduzida, devido ao evidente interesse em confirmar suas conclusões, mas essa é uma questão que diz com o valor da prova oral, não com sua validade ou admissibilidade. Ainda, o precedente do STF invocado pelo impetrante não constitui paradigma nem serve de norte ao julgamento da presente causa, pois naquele caso houve muito evidente ilicitude no proceder policial. Resumindo, inexistente o requisito formal do meio de prova em comento, não há cogitar de ilicitude no proceder policial.*

(...)

Daí o presente recurso onde insiste o recorrente na tese de ilicitude da certidão policial encartada aos autos.

Assere que foram coletadas informações de cunho incriminatório em conversa informal com o recorrente, em momento em que este já figurava como suspeito da prática do homicídio culposo.

Pondera que não foram respeitadas suas prerrogativas funcionais, especialmente o direito de permanecer em silêncio.

Pontua que as informações colhidas são relevantes para a ação penal.

Destaca que a certidão fora acostada aos autos após o exercício do direito de permanecer em silêncio em interrogatório.

Ao final, pede seja declarada a ilicitude da prova com o consequente desentranhamento da certidão policial.

O Ministério Público Federal apresentou parecer (fls. 129/134) opinando pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A controvérsia jurídica cinge-se a analisar a licitude de certidão policial que descreve a realização de diligências preliminares.

Segundo consta da inicial incoativa, o acusado, dirigindo em alta velocidade o veículo descrito na certidão - FIAT Palio, cor cinza, placa IKW3428 -, invadiu a pista de acostamento na Rodovia BR 116 e atingiu a vítima, Geneci Teresinha Elias de Moura, arremessando-a em direção a um barranco, a cerca de trinta metros de distância. O sinistro veio a ocasionar o resultado morte, dando azo à imputação pelo *crime descrito no art. 302, § 1º, II e III, da Lei n. 9.503/1997*.

Em razão da fuga do condutor do local dos fatos, não foi possível à autoridade policial a imediata identificação ao sujeito ativo do suposto delito. Nada obstante, em análise de imagens fornecidas por empresas localizadas na referida rodovia, foi possível identificar ao menos o veículo envolvido no sinistro. De posse do modelo e da placa do automóvel e após o recebimento de denúncia anônima, no mesmo dia, a Polícia Civil chegou até Daniel Luis Longhi, ora recorrente, donde se seguiram os eventos descritos na certidão a que se busca o desentranhamento, *verbis* (fls. 39/40):

Certifico, em razão do meu cargo que, na data de 20.11.2014, por volta de 17hs, acompanhada pela Autoridade Policial, foi comparecido junto a empresa

Via Flores, localizada na avenida Rubem Bento Alves, 3483, Perimetral Norte, bairro Santa Catarina, Caxias do Sul, telefone 54-3204-3800, e falado com Fabiene Potrick, telefone 54-8137-5939, Gerente de Vendas, a qual juntamente com colegas da empresa visualizaram as imagens contidas no pen-drive, fornecidas pelas empresas localizadas na rodovia BR116, gravadas em seqüência, na qual mostra o carro suspeito do atropelamento de Geneci Teresinha Elias de Moura trafegando pela rodovia federal e identificaram o veículo como sendo um veículo Fiat Palio Fire cinza. Na data de 27.11.2014, por volta de 17hs, acompanhada pela Autoridade Policial e o colega Alexandre Vargas, foi comparecido junto a empresa Florenza Comércio e Representação Ltda, nome fantasia Casa Fiat, venda de peças da Fiat, endereço rua Visconde de Pelotas, 2037, bairro Pio X, Caxias do Sul, e foi falado com o proprietário Sr. Genésio Cerentine e o funcionário Mauro Balen, os quais juntamente com outros colegas da empresa visualizaram as imagens contidas no pen-drive, fornecidas pelas empresas localizadas na rodovia BR116, gravadas em seqüência, na qual mostra o carro suspeito do atropelamento e estes identificaram como sendo possivelmente um veículo Fiat Palio Fire. Logo após, ainda no mesmo dia, em razão da denúncia anônima recebida pelo CIOSP dia 24.11.2014, foi comparecido junto a Empresa de Antenas localizada na rua Jacob Susin, 9343, bairro Santa Fé, e o colega Vargas solicitou ao responsável se algum funcionário tinha um carro Fiat Palio cinza no que disse que não. Foi pedido se na empresa trabalhava uma pessoa de nome Daniel tendo dito que sim, sendo que após um homem foi chamado e identificou-se como Daniel. Foi questionado se possui um Fiat Palio cinza tendo respondido que não e que seu carro era o Peugeot prateado apontando ao que estava estacionado na entrada, na parte de dentro do estabelecimento. Perguntado se teve um veículo Fiat Palio disse que sim mas que o vendeu há mais ou menos 15 dias e que havia deixado-o numa garagem não fornecendo o endereço corretamente, mas dizendo que era uma garagem situada no bairro Pio X. Perguntado quanto tempo foi dono do Fiat disse que um ano mais ou menos. Perguntado sobre a placa disse que não sabia a placa do carro. Perguntado se tinha feito recentemente troca de peças e/ou conserto no Fiat disse que não. O colega Vargas solicitou à Daniel seus documentos para identificação, o qual apresentou a Carteira de Habilitação com nome Daniel Luis Longhi, RG 6104511263. Foram efetuadas diligências nas garagens do bairro Pio X e não foi localizado o Fiat Palio que Daniel disse ter vendido. Na sexta-feira, dia 28.12.2014, contatamos novamente com Daniel e o intimamos a comparecer nesta Delegacia de Polícia de Delitos de Trânsito, no dia 1º.12.2014, para prestar depoimento e apresentar o veículo. Dia 1º.12.2014, Daniel compareceu na Delegacia e apresentou o veículo Palio Fire cinza placas IKW3428, do qual foram tiradas 10 - dez fotografias, que tão logo reveladas serão anexadas aos autos. Daniel foi ouvido por Termo de Interrogatório e o veículo Fiat Palio arrecadado para fins de perícia. Ao primeiro dia do mês dezembro do ano de dois mil e quatorze, nesta cidade de Caxias do Sul, Estado do Rio Grande do Sul, no prédio onde funciona a Delegacia de Polícia de Delitos de Trânsito, no cartório, eu, Márcia Andréa Paillo Statquevios, Escrivã de Polícia, digitei e assino.

Pois bem.

Nos termos do art. 6º do Código de Processo Penal, após tomar conhecimento da *notitia criminis*, deve a autoridade policial proceder a uma série de diligências visando o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, bem como a colheita de provas que auxiliem na formação de sua convicção acerca do autor da infração e da própria existência desta.

Ao contrário do que asseverado pela defesa, as diligências iniciais descritas na certidão *sub examine* não caracterizam burla ao procedimento de indiciamento, de forma a caracterizar violação aos direitos constitucionais - em especial o direito ao silêncio -, advindos da qualidade de indiciado.

À evidência, as diligências retratadas tinham por desiderato encontrar eventuais pessoas ligadas ao veículo envolvido no sinistro, de maneira a apurar a autoria do crime. Como bem ressaltado pelo magistrado *a quo* “***o Escrivão de Polícia apenas relatou as diligências que realizou e as informações que o acusado prestou quando os policiais contataram o mesmo para questioná-lo acerca da propriedade de um veículo idêntico ao que aparece nas imagens das câmeras próximas ao local do atropelamento***”. A seu turno, o aresto vergastado assinalou com acuidade que “***o paciente não foi questionado acerca da prática delitiva, limitando-se os policiais questionar o paciente sobre a propriedade do veículo, tendo o acusado respondido às perguntas de forma negativa***”.

De fato, não há reproche a incidir sobre o entendimento esposado pelas instâncias *a quo*.

Verifica-se a realização de diligências iniciais com vistas a se levantar elementos mínimos de informação acerca do fato delitivo, o que não se confunde com investigações pós-indiciamento, ou seja, aquelas efetuadas num momento ulterior à formação da convicção da autoridade policial sobre o autor do crime.

Somente a partir do instante em que o indivíduo até então suspeito da prática da infração penal passa a figurar como indiciado, é dizer, quando recai sobre ele a probabilidade concreta de ser o agente criminoso, atraem-se todos os direitos constitucionais e infralegais inerentes a esta condição, dentre os quais o de permanecer em silêncio. Nessa linha intelectual, a realização de diligências preliminares serve, efetivamente, para que não haja o indiciamento com arrimo em mera possibilidade, devendo haver, como dito, uma probabilidade concreta de autoria. Aliás, não se perca de vista que o indiciamento levado a efeito de maneira equivocada pode caracterizar constrangimento ilegal, haja vista a

estigmatização e o etiquetamento jurídico e mesmo social advindos de um indiciamento temerário, desprovido de lastro mínimo, causando transtornos das mais diversas ordens à esfera privada do indivíduo.

*A doutrina aponta com precisão a diferença entre as figuras do suspeito e do indiciado, ponderando que a transmutação da primeira para a segunda exige mais do que frágeis indícios para a sua consecução, justificando-se, pois, a realização de diligências iniciais.* Nesse sentido:

Entre os maiores problemas do inquérito policial está a falta de um indiciamento formal, com momento e forma estabelecidos em lei.

Explica Moraes Pitombo, que o indiciamento deve resultar do encontro de um **"feixe de indícios convergentes"** que apontam para uma certa pessoa, ou determinadas pessoas, supostamente autora(as) da infração penal. Declara uma **autoria provável**. Canuto Mendes de Almeida aponta que o corpo de delito evidencia a existência do crime e os indícios apontam o delinquente.

O indiciamento pressupõe um grau mais elevado de certeza da autoria que a situação de suspeito. Neste sentido, recordamos as palavras de Moraes Pitombo, de que o **suspeito sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, tem que ser indiciado**. Já aquele que contra si possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito. **O indiciamento é assim um ato posterior ao estado de suspeito e está baseado em um juízo de probabilidade e não de mera possibilidade.**

**O indiciamento deve resultar do instante mesmo em que, no inquérito policial instaurado, verificou-se a probabilidade de ser o agente o autor da infração penal**, e, como instituo jurídico, "deverá emergir configurado em ato formal de polícia judiciária". (LOPES JR. Aury. Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal. Rio de Janeiro. Lumem Juris, 2001. p. 271) **grifei**

Dito isso, o que se nota é que as investigações preliminares realizadas no caso em exame buscaram a todo momento a reunião de indícios mínimos de autoria, partindo da ligação entre o veículo envolvido no sinistro e eventuais suspeitos de deterem a sua propriedade. A certidão objurgada, a seu turno, apenas documentou as atividades policiais, e sua manutenção nos autos, dado o seu conteúdo, não significa um ataque a quaisquer dos direitos e garantias legais e constitucionais conferidos ao recorrente.

Por derradeiro, frise-se que, em momento posterior ao esclarecimento da relação do agente com o veículo e já de posse de informações suficientes a indicar a possibilidade concreta de autoria, a autoridade policial efetivou indiciamento e realizou a convocação do recorrente para o competente interrogatório policial,

sendo-lhe, nesta oportunidade, asseguradas as todas as garantias inerentes à condição de indiciado.

Não há, portanto, flagrante ilegalidade a ser sanada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

É como voto.

---

### **RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 88.909-MG (2017/0230729-6)**

---

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Brenno Rocha Santos

Advogados: Tiago Gaudereto Stringheta - MG106373

Julio Firmino da Rocha Filho - MG096648

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

---

#### **EMENTA**

Processual Penal e Penal. Recurso em *habeas corpus*. Medidas cautelares diversas da prisão. Sonegação de papel ou objeto de valor probatório. Fundamentação concreta. Ilegalidade. Ausência. Recurso em *habeas corpus* improvido.

1. A reiteração no crime de sonegação de autos por advogado justifica o risco de novos crimes na atividade profissional, assim indicados pelo magistrado: “o autuado ter sido denunciado pelo cometimento do mesmo delito em outras 4 ocasiões, e também se encontrar respondendo a outro processo criminal pelo crime tipificado no art. 16, da Lei n. 10.826/2003”.

2. Ante as condições pessoais do agente e a pena cominada ao crime imputado, suficientes foram as fixadas cautelares penais, vinculando a parte ao processo (proibição de ausentar-se da comarca) e impedindo o indicado risco de reiteração (com a suspensão temporária do exercício da advocacia).

3. Embora função constitucionalmente essencial à justiça, não servem para assegurar sua importância e necessidade da advocacia o seu exercício em atividade criminosa.

4. Cabível é ao magistrado suspender temporariamente o exercício da advocacia quando utilizado para a prática reiterada de crimes - e não propriamente suspender o advogado dos quadros da OAB, competência administrativa desse órgão.

5. A proteção à dignidade humana, ao trabalho e à livre iniciativa não impedem o afastamento de atividade laboral utilizada para crimes, ainda que fonte de sustento do autor e de sua família.

6. Recurso em *habeas corpus* 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schiatti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

---

DJe 12.12.2017

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido de liminar, no qual busca-se a revogação das medidas cautelares diversas de prisão consistentes na suspensão do exercício profissional da advocacia e proibição de se ausentar da comarca sem autorização do juízo, sob alegativa de não estarem presentes seus requisitos autorizadores.

Sustenta o recorrente, em síntese, que está submetido a constrangimento ilegal pois *a fixação de tais medidas cautelares revela-se exarcebada e ilegal*, uma vez

que *impedem que o recorrente exerça sua atividade profissional, indispensável para a sua subsistência e de sua família, direito esse consagrado constitucionalmente* (fls. 158/159).

Acrescenta que em face da pena em abstrato do delito imputado, de até três anos de detenção, *o fato de haver ficado recluso por sete dias em razão desse fato já serviu como punição e como medida para impedir a reiteração na prática* (fls. 160).

Alega que somente a OAB poderia determinar o afastamento de suas funções, não sendo aplicável o artigo 319, VI do CPP aos advogados, especialmente considerando os princípios insculpidos na Carta da República de dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, que foram inobservados pelo magistrado de piso e referendados pelo acórdão objurgado.

Informa que o paciente é casado, estando sua esposa grávida, sendo que a permanência da medida de suspensão impossibilitará o sustento de sua família.

Pugna pelo deferimento da liminar, para imediata suspensão das medidas cautelares hostilizadas, a fim de que o paciente volte a exercer a advocacia em qualquer domicílio onde demandado.

O acórdão combatido foi assim ementado (fls. 130/137).

*Habeas corpus. Suposta prática de sonegação de papel ou objeto de valor probatório. Medidas cautelares de suspensão do exercício profissional da advocacia e de proibição de se ausentar da comarca sem autorização do juízo. Possibilidade. Independência entre as esferas penal e administrativa. Constrangimento ilegal não evidenciado. A medida cautelar prevista no artigo 319, VI, do Código de Processo Penal é aplicável ao exercício da advocacia. Conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, não existe relação de dependência entre as esferas penal e administrativa, nem existe vedação no Estatuto da Advocacia que impeça a atuação cautelar na esfera jurisdicional quando verificados seus requisitos. Não há que se falar em constrangimento ilegal se a decisão que impôs ao advogado, denunciado pela prática, em tese, pela prática de sonegação de papel ou objeto de valor probatório, a medida cautelar estiver fundamentada em dados concretos, em especial como forma de evitar a reiteração delituosa. A medida cautelar de proibição de se ausentar da comarca não causa prejuízo algum ao paciente. A uma porque sua OAB está suspensa; a duas porque basta requerer autorização judicial caso pretenda viajar.*

O recorrente, *Brenno Rocha Santos*, foi denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 356 do Código Penal.



A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O parecer ministerial foi no sentido do desprovimento do recurso em *habeas corpus*.

Na origem, a ação penal n. 00561358520168130017 está em fase instrutória com designação de audiência de instrução e julgamento para o dia 11.04.2018 conforme informações processuais eletrônicas em 31.10.2017.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): O recurso ataca a decisão concessiva de liberdade provisória, cumulada com medidas cautelares, que restou assim fundamentada (fls. 59/60):

A autoridade policial comunicou a prisão em flagrante delito de Brenno Rocha Santos, pela prática, em tese, do crime tipificado no artigo 356, do CP.

Em análise ao auto de prisão em flagrante, verifico que foram observados todos os requisitos levados à espécie, não possuindo qualquer vício que mereça ser reconhecido, razão pela qual homologo o presente ato para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Nos termos do artigo 310, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011, ao receber o auto de prisão em flagrante, o Juiz deverá fundamentadamente:

[...]

*Decido.*

Nota-se que está sendo atribuído ao atuado a prática, em tese, do delito capitulado no art. 356, do CP.

O Ministério Público, às ff. 32/35, opinou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, considerando a reiteração delituosa do acusado.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso LXVI, dispõe que ninguém será mantido na prisão quando a Lei admitir liberdade provisória.

Outrossim, o artigo 310, inciso III, do Código de Processo Penal, autoriza a concessão de liberdade provisória quando ausentes quaisquer das hipóteses que autorizam o decreto da prisão preventiva.

Constata-se que o autuado é detentor da qualidade de primário, conforme CAC às ff. 29/30. Ademais disto, não encontro nos autos quaisquer dos demais elementos ensejadores da prisão cautelar.

*As medidas cautelares alternativas à prisão encontram-se dispostas no artigo 319, do Código de processo Penal, e, para que sejam concedidas, é mister a demonstração de sua necessidade e adequabilidade.*

*In casu, em que pese o autuado ter sido denunciado pelo cometimento do mesmo delito em outras 4 ocasiões, e também se encontrar respondendo a outro processo criminal pelo crime tipificado no art. 16, da Lei n. 10.826/2003, entendo que a fixação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva são suficientes para assegurar a ordem pública.*

Posto isso, com fundamento nos artigos 310, inciso III, c/c art. 319, ambos do Código de Processo Penal, concedo ao autuado liberdade provisória, e fixo-lhe as seguintes medidas cautelares:

- a) fiança no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- b) suspensão da OAB;
- c) proibição de ausentar-se da Comarca sem autorização deste Juízo.

Advertir-se que, em caso de descumprimento das imposições supra, dar-se-á a sua substituição, ou imposição de outras medidas em cumulação, ou, em último caso, a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

Após o pagamento da fiança, expeça-se alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso.

Oficie-se à OAB comunicando sobre os termos da presente decisão.

Como se vê, as medidas cautelares de suspensão do exercício profissional da advocacia e de proibição de ausentar-se da comarca sem autorização do juízo foram devidamente fundamentadas, em face da reiteração delitiva, pois ressaltou o magistrado: *o autuado ter sido denunciado pelo cometimento do mesmo delito em outras 4 ocasiões, e também se encontrar respondendo a outro processo criminal pelo crime tipificado no art. 16, da Lei n. 10.826/2003*. Efetivamente a reiteração no crime de sonegação de autos indica risco à ordem pública, pela repetição de imputadas condutas criminosas, que com a continuidade da atividade profissional poderiam voltar a ocorrer. A renitência da conduta justifica o risco, que não se pode então imputar como meramente presumido.

De outro lado, pelas condições pessoais do agente e pela pena do crime imputado, suficiente efetivamente era a fixação de cautelares penais menos

gravosas do que a prisão, vinculando a parte ao processo (proibição de ausentar-se da comarca) e impedindo o indicado risco de reiteração (com a suspensão temporária do exercício da advocacia).

Embora função constitucionalmente essencial à justiça, não servem para assegurar sua importância e necessidade seu exercício em atividade criminosa. A proteção é à função da advocacia, não a seu uso para fins ilegítimos e criminosos.

Assim, é cabível ao magistrado suspender temporariamente o exercício da advocacia e não propriamente suspender o advogado dos quadros da OAB - essa sim competência administrativa da OAB -, quando sirva a atividade profissional à continuidade de crimes pela pessoa praticados. A proteção à dignidade humana, ao trabalho e à livre iniciativa não impedem o afastamento de atividade laboral utilizada para crimes, mesmo por advogado - não é razoável manter a atividade propiciadora de crimes, ainda que fonte de sustento do autor (e da família). Nesse sentido:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Crimes de estelionato e apropriação indébita. Requestada a prisão preventiva. Indeferimento. Fixação de medidas cautelares diversas. Suspensão da atividade profissional, comparecimento mensal em juízo e proibição de se ausentar da Comarca. Supostas práticas delitivas no exercício do munus advocatício. Elementos concretos a justificar a medida. Fundamentação idônea. Ocorrência. Constrangimento ilegal. Não incidência. Ordem denegada.

1. Não obstante a necessidade do ergástulo ter restado afastada, determinou o magistrado a fixação de medidas cautelares diversas da prisão, no caso, a suspensão do exercício da advocacia, o comparecimento mensal em juízo e a proibição de se ausentar da comarca, primando o juiz singular por declinar dados concretos dos autos a supedanearem as restrições, conforme recomenda a jurisprudência desta Corte.

2. No caso em apreço, o *decisum* proferido na origem encontra-se fundamentado na renitência criminosa e no *modus operandi* delitivo, que pretensamente se pautava por induzir clientes a obter empréstimos de instituições financeiras e pela apropriação de quantias constantes de alvarás judiciais na consecução dos crimes, condutas em tese perpetradas pela acusada no exercício do munus da advocacia.

3. Ademais, a defesa ficou silente do *decisum* prolatado pelo magistrado de origem, não arrostando qualquer pecha no ato processual tal como fora praticado e fundamentado, por mais de 2 (dois) meses, somente se insurgindo em sede de prévio *mandamus*, contudo, subsequente, apondo sua consonância no termo das restrições, por fim anuindo a acusada e seu causídico, portanto, com as restrições.

4. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do *venire contra factum proprium* (proibição

de comportamentos contraditórios). Assim, considerando-se inclusive um tal comportamento sinuoso, não se apresenta viável o reconhecimento da tese aventada.

5. Ordem denegada.

(HC 317.733/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28.04.2015, DJe 06.05.2015)

*Habeas corpus*. Medida alternativa de impedimento ao exercício da advocacia em substituição à prisão. Possibilidade.

1. Considerando-se as circunstâncias do caso concreto e a gravidade do crime, cometido exatamente em razão do exercício da advocacia ao longo de vários anos, mesmo cientes os pacientes de que já se encontravam sob investigação, é legítima a fixação da medida cautelar de impedimento ao exercício da advocacia em substituição à prisão.

2. Ordem não conhecida.

(HC 221.092/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14.05.2013, DJe 1º.07.2014)

Assim, esclarecido apenas que não há *suspensão da OAB*, mas suspensão temporária do exercício da advocacia, considero presente fundamentação legítima e que adequadas e suficientes são as cautelares fixadas.

Ademais, bem ressaltou o acórdão objurgado que a proibição de ausentar-se da comarca sem autorização do juízo não causa qualquer prejuízo ao exercício profissional do paciente, na medida em que encontra-se suspenso e *basta requerer autorização judicial caso pretenda viajar* para outras finalidades.

Encaminhe-se cópia deste feito à Ordem dos Advogados do Brasil, para ciência e eventuais providências.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso em *habeas corpus*.

---

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.496.114-RJ (2014/0305842-5)**

---

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Nelson Marcio Nirenberg

Advogados: João Mestieri - RJ013645

Fernanda Pereira da Silva Machado - RJ168336

Recorrido: Paulo Ricardo Vogt Kessler

Advogado: Michel Asseff e outro(s) - RJ004527

Interes.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

---

### EMENTA

Recurso especial. Lesões corporais. Gravidade. Comprovação. Prova pericial. Exame direto ou indireto. Outros elementos de convicção. Prova testemunhal. Admissibilidade. Vítima. Legitimidade recursal. Assistente de acusação. Ministério Público. Inércia. Súmula n. 210 do STF. Pena justa. Recurso especial conhecido e provido.

1. Não há que se falar em omissão do acórdão embargado ou do acórdão ora recorrido, muito menos em ofensa aos arts. 619 e 320 do Código de Processo Penal, quando os embargos declaratórios são rejeitados porque opostos não com o escopo de ver sanada omissão, contradição ou obscuridade no *decisum* impugnado mas de ver revistos os fundamentos de fato e de direito lançados pelo órgão julgador, apenas porque desaguaram em entendimento contrário aos interesses do embargante.

2. Consoante os precedentes desta Corte Superior, “A reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial. [...] (REsp n. 831.058/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 12.11.2007)

3. Realizada a perícia complementar, mas prejudicada a resposta aos quesitos pertinentes ao afastamento da vítima por mais de 30 dias de suas atividades habituais, o mais consentâneo com entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é a admissibilidade do exame pericial indireto e, ainda, o exame da existência de outros elementos idôneos suficientes a demonstrar a gravidade do delito, como a prova testemunhal, claramente admitida pelo § 3º do art. 168 do CPP.

4. Diversamente do que ocorre em sede de *habeas corpus*, ação de impugnação autônoma desprovida de contraditório e cunho

condenatório, o assistente de acusação tem legitimidade para apelar da sentença, ainda que com o escopo de apenas ver majorada a pena imposta ao réu pelo Juízo de primeiro grau. Precedentes desta Corte Superior e Inteligência das Súmulas n. 208 e 210 do STF.

5. Assim como o legislador constituinte admitiu a possibilidade de o ofendido iniciar a persecução penal em alguns casos de inação do Ministério Público, manteve o legislador ordinário – sem qualquer colisão com a ordem constitucional – a possibilidade de, quando já iniciada a persecução penal pelo seu órgão titular, atuar o assistente de acusação em seu auxílio e também supletivamente, na busca pela justa sanção.

6. Recurso especial provido para cassar o acórdão impugnado e determinar ao Tribunal de origem que reexamine o apelo do recorrido, à luz dos elementos de prova produzidos nos autos, e que conheça da apelação criminal interposta exclusivamente pelo assistente de acusação, se outro fundamento não houver para a sua inadmissibilidade.

## 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 Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). Marco Aurélio Asseff, pela parte recorrida: Paulo Ricardo Vogt Kessler.

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

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

---

DJe 13.11.2017

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Nelson Marcio Nirenberg* interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, que não conheceu da Apelação Criminal n. 0138775-46.2007.8.19.0001, interposta

pelo recorrente, na qualidade de assistente da acusação, e ainda deu parcial provimento ao apelo do recorrido, para desclassificar a conduta, perpetrada contra o recorrente, de lesão corporal grave para lesão corporal leve, e, em seguida, declarar extinta a punibilidade, pela prescrição retroativa.

*Alega, em suma, que acórdão recorrido: a) violou os artigos 619 e 620, ambos do Código de Processo Penal, ao persistir na omissão em reconhecer a prática de lesões corporais graves, mesmo após a oposição de embargos declaratórios; b) violou o art. 598 do Código de Processo Penal e contrariou o entendimento a Súmula n. 210 do STF, ao não conhecer o seu apelo, sob o fundamento de ausência de legitimidade; e c) contrariou os artigos 158, 168, § 3º, e 202, todos do Código de Processo Penal, por haver provas bastantes nos autos para alicerçar um decreto condenatório pela natureza mais grave das lesões.*

*Requer, por isso, o conhecimento e o provimento do recurso, a fim de que o acórdão recorrido seja anulado e a Corte fluminense conheça e julgue o seu apelo.*

Contrarrazões às fls. 1.177-1.192, pugnando pelo não conhecimento do apelo extremo.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, às fls. 1.245-1.252, pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo seu provimento.

## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

### *I. Admissibilidade*

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

### *II. Contrariedade aos arts. 619 e 620 do CPP*

Nesse ponto, verifica-se que, tal qual asseverado pelo Ministério Público Federal em seu parecer, a insurgência do recorrente com a oposição dos aclaratórios na origem deu-se contra os fundamentos lançados no acórdão embargado e não contra omissão, contradição ou obscuridade ali presente.

Nessa esteira, não sendo os embargos de declaração a via adequada para o intento pretendido pelo assistente da acusação – pois, como já asseverado,

o *decisum* viria apenas para esclarecer os fundamentos de fato e de direito que lastrearam o acórdão embargado –, *não há que se falar em omissão muito menos em ofensa aos arts. 619 e 620 do CPP*, apenas porque o acórdão embargado ou o acórdão ora recorrido, desaguaram em entendimento contrário aos interesses do recorrente.

Outro não é, aliás, o entendimento desta Corte:

[...] 1 - O reconhecimento de violação dos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal pressupõe a ocorrência de omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade tais que tragam prejuízo à defesa. 2 - A assertiva, no entanto, não pode ser confundida com o mero inconformismo da parte com a conclusão alcançada pelo julgador, que, a despeito das teses aventadas, lança mão de fundamentação idônea e suficiente para a formação do seu livre convencimento. (...) 5 - Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.393.430/RS, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 2.5.2014)

*III. Gravidade das lesões corporais – prova*

De plano, imperioso destacar que, ao contrário do asseverado pelo recorrido em suas contrarrazões e pelo representante do Minsitério Público Federal em seu parecer, *não compreendo que a análise acerca do malferimento aos arts. 158, 168, § 3º, e 202, todos do Código de Processo Penal, demande o revolvimento do acervo fático-probatório, a inviabilizar o processamento do recurso especial, ao menos nesse ponto*, consoante consignado por esta Corte Superior em seu *verbete sumular* n. 7.

*In casu*, porém, irresigna-se o recorrente com a desclassificação da conduta imputada ao recorrido, de lesões corporais graves para lesões corporais leves, insistindo na validade das provas apresentadas para lastrear o decreto condenatório pela capitulação legal apresentada na exordial acusatória e acolhida pelo Juízo de primeiro grau.

Entendo que, não obstante o tema tangencie o reexame de provas, o caso em análise toca muito mais ao valor atribuído à prova pelas instâncias ordinárias, não havendo que se falar em incidência da Súmula n. 7/STJ. Nesse sentido:

[...] A reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial. [...] (REsp n. 831.058/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 12.11.2007)

Com efeito, na situação em exame, *asseverou o Tribunal a quo que o laudo pericial indireto*, confeccionado 8 meses após os fatos, baseados nas informações



médicas fornecidas pelo médico da vítima, *não poderia ser acolhido “visto que fere ao estabelecido pelo art. 168, § 2º, do CPP”* (fl. 1.071), e que, por conseguinte, *“não há provas seguras nos autos de que a vítima ficou afastada de suas ocupações habituais”* (fl. 1.072). Considerou, então, precipuamente, que, em laudo realizado dois anos após o crime (Laudo 0153666/2008), *“os peritos [...] responderam que estaria prejudicada a análise da incapacidade para ocupações habituais da vítima por mais de 30 dias”* (fl. 1.072).

O Juízo de primeiro grau, todavia, asseverou que (fl. 828, destaquei):

[...] o réu, com consciência e vontade direcionadas à prática do injusto, ofendeu a integridade física da vítima para exercer as ocupações habituais por mais de trinta dias, sendo certo ter sido comprovado pelas provas carreadas aos autos, [por] ser a vítima maestro e violinista.

*A prova pericial foi corroborada pelo depoimento da testemunha Dr. Sérgio Emanuel Kaiser, médico da vítima, ao relatar o tratamento médico e a incapacidade da vítima em exercer suas atividades de maestro e violinista por mais de quarenta e cinco dias. Assim, é que restou caracterizada a qualificadora tipificada no inciso I do § 1º do art. 129 do diploma penal, ante a impossibilidade da vítima em realizar suas ocupações habituais por mais de trinta dias, entendendo-se por ocupação habitual não só as ocupações de natureza lucrativa.*

Ora, dispõe o art. 158 do Código de Processo Penal que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Admite o art. 167 do mesmo diploma legal que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

No caso específico de aferição de lesões corporais e a sua intensidade, assinala o legislador, no art. 168, que:

[...] se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

§ 2º. Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

§ 3º A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

Note-se que a jurisprudência do STJ, dando interpretação a esses dispositivos legais, reconhece que, “ainda que não realizada a mencionada perícia, o § 3º do artigo 168 do Código de Processo Penal admite que o exame seja suprido por prova testemunhal. Doutrina. Jurisprudência” (*RHC n. 37.872/MS*, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, 5ª T., DJe 25.9.2014). No mesmo sentido:

[...] Emanando das provas coletadas que as lesões sofridas pelo ofendido ensejaram sua incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, fica suprida a exigência do exame pericial complementar” (*AgRg no AREsp n. 145.181/RS*, Rel. Ministro *Marco Aurélio Belizze*, 5ª T., DJe 28.6.2013).

A meu entender, realizada a perícia complementar, mas prejudicada a resposta aos quesitos pertinentes ao afastamento da vítima por mais de 30 dias de suas atividades habituais, o mais consuetâneo com entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, como visto, seria a admissibilidade do exame pericial indireto e, não bastasse, o exame da existência de outros elementos idôneos suficientes a demonstrar a gravidade do delito, como a prova testemunhal, claramente admitida pelo § 3º do art. 168 do CPP.

Observe-se, nesse aspecto, não haver o Tribunal de origem rejeitado o depoimento testemunhal do médico do recorrente, por atribuir-lhe qualquer espécie de suspeição.

Nesse diapasão, entendo que *a Corte de origem, ao reformar a sentença de primeiro grau, pelos fundamentos por ela lançados no acórdão recorrido, incorreu, de fato, em ofensa aos arts. 158, 167 e 168, ambos do Código de Processo Penal.*

#### *IV. Legitimidade do assistente de acusação*

Não bastasse o *error in iudicando* já delineado, para não conhecer do apelo interposto pelo ora recorrente, mesmo na qualidade de assistente de acusação, apontou a Corte fluminense que (fls. 1.044-1.069, destaquei):

[...] o apelo do assistente de acusação não merece ser conhecido por falta de legitimidade, conforme restará demonstrado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o disposto no art. 129, inciso I, que confere como função institucional do Ministério Público promover privativamente ação penal pública, o assistente de acusação assumiu uma posição um tanto diferenciada, mais próxima à figura do assistente simples do direito processual civil.

Permanece no sistema processual penal a legitimidade da ação de iniciativa privada nos crimes de ação penal pública se não houver denúncia no prazo legal (art. 100, § 3º, do Código Penal e 29 do Código de Processo Penal).

Essa ação penal privada subsidiária da ação penal pública se constitui em garantia constitucional (art. 5º, inciso LIX, da Constituição Federal).

Nessa hipótese, o ofendido ou seu representante legal e, no caso de morte deste, aqueles elencados no art. 31 do Código de Processo Penal, podem promover a ação penal privada substitutiva da ação penal pública.

Esses são exatamente os legitimados para atuarem como assistente da acusação (art. 268 do Código de Processo Penal). E, nessa hipótese, não falamos em assistente de acusação e sim em autor da ação penal.

Com efeito, na forma da legislação acima mencionada, verifica-se a preocupação do legislador com a *participação do ofendido na ação penal, na hipótese de inércia do Ministério Público, o que não ocorre na hipótese dos autos.*

Portanto, chega-se à conclusão de que os sujeitos arrolados nos artigos 30 e 31 do Código de Processo Penal têm legitimidade para agir ou apenas para intervir.

*Quando proposta ação pelo Ministério Público, o assistente de acusação, face à legitimidade exclusiva daquele órgão, será mero assistente simples, atuando como auxiliar do órgão de acusação.*

O assistente não é o titular da acusação nem tem os mesmos poderes e faculdades que a este se reconhece. *Sua atividade é eminentemente supletiva daquela atribuição do Ministério Público, prevista constitucionalmente, razão pela qual entendendo que [a] Súmula n. 210 do E. STF, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, eis que esta última foi editada e aprovada nos idos do ano de 1963, ou seja, há muito tempo atrás, anterior ao advento da promulgação a Constituição Federal de 1988, que através do seu art. 129, inciso I, estabelece ser função institucional do Ministério Público “promover privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, devendo o art. 598 do CPP, ser interpretado à luz do texto constitucional.*

[...]

No mesmo sentido, o voto divergente proferido pelo Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio do E. STF no HC 102.085/RS. Veja-se:

[...] O que nos vem da Carta de 1988? Todos sabemos que se deu ênfase muito grande à atuação do Ministério Público na defesa da sociedade. Há diversos incisos no art. 129 a versar a propositura de ações. No tocante à atividade precípua do Ministério Público – a de propor ação penal pública –, o texto legal refere-se à atuação privativa, ao contrário do que ocorre no tocante, por exemplo, ao inquérito civil, à ação civil pública e à ação de inconstitucionalidade. Então, o próprio constituinte abriu exceção única à regra da promoção privada em substituição à ação penal pública do

Estado acusador. Fê-lo, de forma exauriente, mediante o preceito do inciso, já muito referido, LIX, do art. 5º, que revela o principal rol das garantias constitucional dos cidadãos. Apenas versou não a propositura da ação penal pública incondicionada, mas, em substituição, ante a inércia do Ministério Público, a da privada:

“Art. 5º (...)

LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não foi intentada – está em bom vernáculo, em bom português – no prazo legal”.

Foi ou não intentada? Foi, mas, ante o contexto, manifestou-se o Ministério Público, em alegações finais, pela absolvição. Será que, diante desses dois dispositivos, é possível ter-se a transmutação da ação penal pública que existiu em ação penal privada? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Uma ação que nasce pública incondicionada não pode, na fase recursal, transformar-se em uma ação penal privada. Essa transformação ocorrerá, vingando a óptica majoritária, a partir do momento em que não se conte mais, na fase recursal, na angularidade processual, com a participação do titular da ação, o Ministério Público.

Por isso, Presidente, tenho que a Carta de 1988 não recepcionou o art. 598 do Código de Processo Penal, que é uma norma anterior àquela, apontada como cidadã. A rigor, nunca entendi muito essa figura do assistente quanto ao Estado acusador, porque se se tem como premissa que a ação é pública e incondicionada, direciona-se à atividade de um órgão equidistante, de um órgão que atuará com independência maior, não estando sujeito às paixões a que o cidadão e a iniciativa privada estão.

Preço vênias à Relatora e àqueles que a acompanharam para entender não caber o que aponte como corrida de revezamento, a transmutação da ação penal pública, somente é possível surgir uma ação penal privada, como está autorizado pela Carta de 1988, se ocorrer a inércia do Ministério Público e, no caso, não existir. Por isso, concedo a ordem.”

Ressalta-se que no julgamento do *Habeas Corpus* retro mencionado do E. STF, o Ministro Cezar Peluso, acompanhando o voto acima transcrito, e ao se referir à interpretação do art. 584, § 1º e do art. 598, ambos do CPP, à luz da CF/1988, asseverou que, *in verbis*: “Dou interpretação, portanto, àqueles dois artigos, no sentido de reconhecer que a possibilidade de recurso é apenas assegurada ao querelante, não a quem seja assistente de acusação.”

[...]

Com efeito, o assistente de acusação perde a legitimidade para interpor recurso quando o Ministério Público não recorre, já que aquele não pode subrogar-se na prerrogativa exclusiva do detentor da ação penal pública.

Desta sorte, lamenta-se a impossibilidade de análise do mérito recursal face à presença de intransponível obstáculo processual de ordem pública (ilegitimidade recursal do assistente de acusação e ausência de inércia do Ministério Público), e neste aspecto, por uma questão técnica de interpretação à luz da Constituição Federal e do Direito Processual.

Malgrado os judiciosos fundamentos lançados pelo Tribunal *a quo*, entendo que assiste razão ao recorrente.

De fato, dispõe o art. 271 do Código de Processo Penal que “ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e *arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598*”, ou seja, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, em caso de impronúncia ou quando da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público.

Importante trazer à colação, porém, o que o julgados orientadores da edição da Súmula n. 210 pelo Supremo Federal assinalaram (destaquei):

O assistente, não recorrendo o MP, pode apelar no caso de sentença condenatória, que julgue em parte procedente a denúncia, pois o disposto no art. 598 do CPP não se presta a distinções.

[...]

O Código de Processo Penal assim define a atuação do assistente, que é sempre subsidiária:

Art. 271. [...]

Como se vê, o texto nada diz, quanto à natureza da sentença, se condenatória, se absolutória.

O argumento tirado dos efeitos da apelação, para a conclusão de que o recurso só pode referir-se à sentença absolutória, não convence (*HC n. 39.082/SP*, Rel. Ministro *Vilas Bôas*, DJ 23.5.1962, RTJ 27/113)

[...] A melhor orientação é a que admite a intervenção do Assistente, desde que o ofendido tenha interesse direto na punição do contraventor.

Este, o ponto de vista de Espínola Filho (Código de Processo Penal Brasileiro – Anotado – 4ª Ed., Vol. V, págs. 271 e 272), de muitos Tribunais de Justiça (Revista dos Tribunais vol. 275, pág. 606, vol. 297, pág. 435; vol. 231, pág. 422) e do próprio Colendo Supremo Tribunal Federal (Revista dos Tribunais, vol. 265, pág. 811; vol. 228, pág. 576; vol. 266, pág. 583; vol. 211, págs. 61, 65 e 68; vol. 208, pág. 644; vol. 185, pág. 507 e vol. 147, pág. 303) [...] (*RE n. 51.788/SP*, Rel. Ministro *Victor Nunes*, DJ 16.5.1963)

[...] Tenho entendido (RE Criminal n. 22.723; 47.591) que o assistente da acusação, a que é facultado o direito de apelar da sentença, considera-se parte legítima, com atuação no processo crime, equiparado a terceiro prejudicado.

Pode ele recorrer extraordinariamente, usando de um direito que se lhe reconhece na apelação, consoante ensinamento do insigne Ministro Castro Nunes, em Teoria e Prática do Poder Judiciário, pg. 337:

Nota-se pouco sensível, a esse respeito, a divergência, consagrado o entendimento de que se ao assistente é facultado apelar independentemente de o não ter feito o MP, toda razão há para que não se lhe negue o direito de interpor recurso extraordinário (Rec. Extr. 7.277 in Diário da Justiça de 12.2.44).

Num sentido mais lato, o saudoso Ministro Philadelpho Azevedo traçou a incidência de atuação do assistente, nos processos criminais, *verbis*:

[...] O Código de Processo Penal tolerou ao assistente apelar da sentença... Se ele apela, nesta hipótese se torna parte principal, porque o Ministério Público deixou passar a sentença, sem dela recorrer (vide Espínola Filho – CPP, vol. III, pág. 271/277).

[...] (RE n. 47.218/GO, Rel. Ministro Ribeiro da Costa, DJ 6.12.1963, RTJ 31/308)

Em que pese, como asseverado pela Corte de origem, tratar-se de posicionamento exarado antes da promulgação da Constituição de 1988, o que outorga legitimidade ao assistente de acusação para *continuar* a lide – quando o Ministério Público já se dá por satisfeito com a resposta jurisdicional obtida – não é a sua natureza de assistente simples, mas de assistente litisconsorcial. Se assim não o fosse, não se admitiria, de fato, a interposição do recurso, porquanto o assistente simples, como tal, somente adere ao titular da ação.

Mais claras, entretanto, podem ser as sempre percucientes palavras do Ministro *Sepúlveda Pertence*, que, aos cuidados da relatoria do *HC n. 68.413* na Excelsa Corte – *mandamus* curiosamente impetrado também contra acórdão oriundo do Tribunal fluminense – *em 22.5.1991*, já sob a égide da Constituição Republicana de 1988, portanto, bem se debruçou sobre a questão – ainda não assimilada ou, ao menos, a ela não conformada, como visto, pelo Tribunal de origem – e assim pormenorizou a *quaestio* ao *Pleno* (destaquei):

[...] em si mesma, a titularidade privativa do Ministério Público veda que o poder de iniciativa do processo de ação penal pública se confira a outrem, mas nada antecipa sobre a outorga ou não de outros direitos e poderes processuais a terceiros no desenvolvimento da conseqüente relação processual.

Aliás, de minha parte, iria mais longe para concluir que a Constituição não apenas não inibe a concessão da legitimidade para recorrer ao ofendido, mas, até certo ponto, a faz imperativa, ao menos, nos quadros do Direito Processual vigente.

[...]

Ao contrário, porém, do pedido de arquivamento – que envolve manifestação explícita do Ministério Público no sentido da ausência de justa causa ou de condições legais outras para o exercício da ação penal e comporta, dissentindo da autoridade judiciária, o controle hierárquico do Procurador-Geral – a falta de interposição do recurso pelo órgão da acusação pública é pura omissão, imotivada e incontrolável.

O que mais se aproxima, pois, da ausência de manifestação do recurso é a silenciosa abstenção de denúncia no prazo: se, ao suprimento deste, a Constituição dispôs a ação privada subsidiária, com mais razão é plenamente razoável que, para suprir a falta de interposição do recurso da Promotoria – que sucedeu, no tempo, à manifestação do Ministério Público, por meio da denúncia, sobre a existência de elementos suficientes para a ação penal – a lei processual possa legitimar o ofendido à apelação subsidiária.

Esse não é, porém, o argumento decisivo, que me parece surgir da imbricação do problema com o dos interesses próprios do ofendido na sorte do processo movido pelo Ministério Público.

De fato. Se o Ministério Público não propõe a ação penal, sua omissão ou mesmo a acolhida judicial do seu pedido de arquivamento – que, de regra, não faz coisa julgada sequer no âmbito penal (C. Pr. Pen., art. 18) –, nada afetará a pretensão do ofendido à reparação do dano *ex delicto* (C. Pr. Civ., art. 67, I e II); apenas lhe subtrairá a possibilidade de obter, com a sentença condenatória, um título executório, independentemente da ação civil; ao contrário, *instaurado o processo penal, por iniciativa do Ministério Público, o sujeito passivo da infração tem interesse jurídico próprio no seu destino, dadas as repercussões que, secundum eventum litis, a sentença absolutória poderá acarretar em prejuízo da ação civil* (C. Pr. Pen., art. 66) ou *do seu êxito* (C. Pr. Pen., art. 65 c/c C. Civ., art. 160).

*Desse modo, além dos interesses de ordem moral envolvidos, o processo penal, uma vez instaurado, redundará em riscos patrimoniais para o ofendido, eventualmente sujeito à eficácia da sentença definitiva, que nele se profira.*

*É o que basta para fazê-lo parte material do litígio e assegura-lhe, em consequência, pelo menos subsidiariamente, a legitimação, por força das garantias do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal.*

*Por tudo isso, repilo a arguida incompatibilidade do art. 598 C. Pr. Pen. com a Constituição [...].*

E, em seu complemento, ainda asseverou o Ministro *Carlos Velloso*:

[...] Proposta a ação penal pelo Ministério Público – ação penal pública – admitido o assistente na ação, este pode recorrer, mesmo não o fazendo o Ministério Público, sem que isso represente ofensa ao art. 129, inciso I, da Constituição; em segundo lugar, [...] porque a Constituição, no inciso LIX do art. 5º, admite ação privada nos crimes de ação pública, se a ação pública não for intentada no prazo legal.

Ora, parece-me perfeitamente compatível com a Constituição, inciso LIX do art. 5º, a lei que autoriza o assistente do Ministério Público simplesmente a recorrer.

[...] O direito de recorrer, que nasce no processo – embora condicionado ao exercício e instrumentalidade conexo ao direito de ação, que preexiste ao processo – a ele não se pode reduzir, sem abstração das diferenças substanciais que os distinguem. Em si mesma, a titularidade privativa da ação penal pública, deferida pela Constituição ao Ministério Público, veda que o poder de iniciativa do processo de ação penal pública se configura a outrem, mas nada antecipa sobre a outorga ou não de outros direitos e poderes processuais a terceiros no desenvolvimento da conseqüente relação processual. Ao contrário, a legitimidade questionada para a apelação supletiva, nos quadros do direito processual vigente, se harmoniza, na Constituição, não apenas com a garantia da ação privada subsidiária, na hipótese de inércia do Ministério Público (CF, art. 5º, LIX), mas, também, e principalmente, com a do contraditório e da ampla defesa e a do devido processo legal, dadas as repercussões que, uma vez proposta a ação penal pública, a sentença absolutória poderá acarretar, *secundum eventum litis*, para interesses próprios do ofendido ou de seus sucessores. [...] (HC n. 68.413/DF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 18.10.1991)

Veja-se que *o Supremo Tribunal Federal, mais de meio século depois da publicação do enunciado n. 210, continua com esse entendimento*, que, aliás, também já está amplamente pacificado por esta Corte Superior de Justiça. À guisa de exemplo, grassam os seguintes julgados:

[...] 1. A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. 2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: “O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal”. 3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória. 4. Ordem denegada. (HC n. 102.085, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 27.8.2010)

[...] não procede a tese de ilegitimidade do assistente de acusação para recorrer da sentença absolutória quando o Ministério Público se queda inerte. O



art. 598 do Código de Processo Penal abriga, precisamente, tese contrária àquela esposada pelos impetrantes, *verbis*: (...). Nesse sentido é o verbete 210 da Súmula desta Corte: (...)" (HC n. 100.243, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª T., DJe 25.10.2010)

[...] De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, o assistente de acusação tem legitimidade para recorrer quando o Ministério Público renunciar ao recurso ou quando sua irresignação for parcial, sendo admitida a interposição de recurso em face de decisão que extinguiu a punibilidade do acusado em virtude da ocorrência da prescrição. [...] (AgRg no REsp n. 1.276.713/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 19.12.2013)

[...] O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos artigos 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal." (Enunciado n. 210 da Súmula do Supremo Tribunal Federal). [...] (AgRg no REsp n. 1.111.896/CE, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), 6ª T., DJe 3.11.2009)

[...] 1. É também de natureza supletiva a impugnação recursal extraordinária do assistente de acusação, somente admissível quando não haja impugnação do Estado ou, em havendo, não sejam idênticas as questões federais suscitadas. [...] (REsp n. 240.403/PA, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19.05.2003.)

[...] A legitimidade do assistente de acusação para apelar, quando inexistente recurso do Ministério Público, é ampla, podendo impugnar tanto a sentença absolutória quanto a condenatória, visando ao aumento da pena imposta, já que a sua atuação justifica-se pelo desejo legítimo de buscar justiça, e não apenas eventual reparação cível. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. Não se vislumbra, assim, qualquer mácula no acórdão objurgado que julgou procedente a apelação interposta autonomamente pelo assistente de acusação em face de sentença condenatória, valendo ressaltar que, no caso dos autos, a vítima objetivava o reconhecimento da ocorrência de deformidade permanente e da perda da sensibilidade em parte do braço e da mão em face das agressões sofridas. 3. Ordem denegada. (HC n. 137.339/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 1º.2.2011)

[...] O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer quando o Ministério Público abster-se de fazê-lo, como na hipótese dos autos, ou ainda, quando o seu recurso for parcial, não abrangendo a totalidade das questões discutidas. Precedentes desta Corte. [...] (REsp n. 828.418/AL, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJ de 23.4.2007, p. 304)

[...] O assistente de acusação tem legitimidade para, no silêncio do Ministério Público, recorrer objetivando a majoração da resposta penal (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso). [...] (REsp n. 468.157/RS, 5ª T., Rel. Ministro Felix Fisher, DJ de 12.08.2003.)

Partilho da lição de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, para os quais, “o que efetivamente importa [...] em tema de capacidade ou legitimidade recursal do assistente é o *conteúdo* das questões vertidas no processo. Por isso, em relação a essas matérias (e decisões) pode o assistente opor embargos declaratórios e até interpor recurso extraordinário ou especial, no caso de permanecer inerte o Ministério Público. É nesse sentido a Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal”. (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9 ed., revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2017, p. 564.

É bem verdade que, mais adiante em sua obra, os ilustres professores assinalam, porém, ser “inaceitável o recurso unicamente para fins de aumento de pena” (op. cit., p. 566), malgrado reconheçam que “a razão essencial para a assistência seria o fato de poder o ofendido melhor tutelar eventuais direitos subjetivos que decorram ou tenham origem na prática da infração penal” (op. cit., p. 565).

Nesse diapasão, conquanto para consagrada doutrina, como a de Fernando Tourinho Filho, “a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil [...] Conclui-se, pois, que a função do assistente não é a de auxiliar a acusação, mas a de procurar defender seu interesse na indenização do dano *ex delicto*”. (*Manual de processo penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 385-386), não pode passar incólume a ponderação de Luciano Marques Leite, de que, caso o interesse do assistente fosse única e exclusivamente o econômico, totalmente infundada e desarrazoada seria a admissibilidade do assistente de acusação nos crimes em que não há dano a ser ressarcido (*O assistente na ação penal*. In: *Justitia*. v. 64. São Paulo, 1969, p. 156).

A meu sentir, esse último é o raciocínio que deve ser empregado. Nas palavras do saudoso Ministro *Luiz Vicente Cernicchiaro* (destaquei):

Não me parece, *data venia*, a intervenção do assistente ser restrita ao interesse civil. Na Itália, sim, quando se constitui parte civil. No Brasil, contudo, tal interesse é ínsito à relação processual penal. Será definido, mesmo incorrendo a assistência.

Aliás, o Código de Processo Penal, explicitamente, evidencia ser inaceitável interpretação restritiva. Com efeito, o art. 271 expressa que ao assistente é permitido – aditar o libelo.

Evidentemente, poderá restringir-se às circunstâncias. Influirão na fixação da pena, embora não afete o tipo fundamental.

É sabido, para o efeito civil, pouco imposta, o homicídio, por exemplo, ser privilegiado ou qualificado, a pena benigna ou rigorosa. Interessa exclusivamente a caracterização do crime. Tipo derivado, *accidentalia delicti* não influênciam ou repercussão na área cível. Interessam tão só o tipo fundamental, os *essentialie delicti*.

Estou convicto de não haver restrição ao assistente para recorrer. Pouco importa que o faça para definir o fato delituoso, ou majorar a pena.

[...]

Além de inexistir a restrição, chama-se à tona outro argumento decisivo, decorrência do que foi dito inicialmente.

O processo penal visa à verdade real. Evidencia-se o interesse público, sobrepondo ao interesse individual. *A finalidade é a sentença justa. Tanto o Ministério Público como o assistente podem esgotar os recursos para alcançá-la. Não se esqueça, a admissão do assistente se justifica também para, trazendo elementos de convicção, colaborar para realizar o desideratum.*

[...] (REsp n. 13.375/RJ, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., DJ 17.2.1992, p. 1.381)

Assinala Fábio Ramazzini Bechara que se o legislador previu a ação penal subsidiária da pública é porque reconheceu a possibilidade de inércia do acusador público (*Da assistência no processo penal*. Boletim IBCCRIM. v. 10. n. 117. São Paulo. ago.2002, pp. 11-12).

O uso dizer que, assim como o legislador constituinte admitiu a possibilidade de o ofendido iniciar a persecução penal em alguns casos de inação do Ministério Público, manteve o legislador ordinário – sem qualquer colisão com a ordem constitucional – a possibilidade de, quando já iniciada a persecução penal pelo seu órgão titular, atuar o assistente de acusação em seu auxílio e também supletivamente, na busca pela justa sanção.

Não por outra razão, como bem pontua Manoel Pedro Pimentel, “o Assistente, em nosso Direito Processual Penal, deve ter um legítimo interesse coligado à finalidade precípua da ação penal, isto é, deve estar ética e juridicamente vinculado ao poder-dever- de punir que o Estado exerce através do processo penal” (*A figura do assistente do Ministério no direito processual penal brasileiro*. In: **Justitia**. v. 88. São Paulo, 1975, p. 14).

Mais que isso, é importante lembrar que a vítima também ocupa papel de destaque na Criminologia e na Política Criminal, a reverberar também um papel de destaque na formulação de um processo penal mais justo. É notório, pois, em sintonia com a discussão de âmbito internacional, que as reformas no Código

de Processo Penal brasileiro, em 2008, refletiram importante compreensão acerca da imperiosidade de valorização da própria vítima também no âmbito do processo criminal. Disposições tais como as elencadas no art. 201 e 387 amparam o mais acurado olhar para a vítima dentro do sistema processual penal.

Dentro de toda essa linha de raciocínio, acompanho mais e mais, no ponto, Vicente Greco Filho, para quem o assistente de acusação ostenta dúplice função: uma, de natureza ampla, consistente no auxílio à aplicação da lei penal, e outra, de natureza específica, que melhor pertine à reparação civil (*Manual de processo penal*. 7 ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241).

No precioso magistério de Antonio Scarance Fernandes, “Não há [...], no sistema brasileiro a subordinação da assistência ao interesse na reparação civil. Não convence a longa assentada nos possíveis recursos do assistente, que revelariam intenção do legislador em só admitir a sua intervenção na defesa de direito à reparação do dano. Há recursos em que não se manifesta essa intenção” (*O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 137).

Não se olvida, evidentemente, dos casos – que têm merecido o correto repúdio do STJ e do STF – nos quais, em *habeas corpus* ou em recurso ordinário em *habeas corpus*, ação de impugnação autônoma desprovida de contraditório, o assistente de acusação não se inconforma com a concessão da ordem a favor do paciente, réu na ação penal em que admitida a sua intervenção. Em hipóteses tais, tem-se entendido que “o assistente da acusação [...] é um extraneus na formação da relação processual penal instaurada com o ajuizamento da ação de *habeas corpus*. Não ostentando a condição jurídico-formal de litigante nesse processo não condenatório, não há como invocar a regra consubstanciada no art. 268 do Código de Processo Penal, cuja incidência restringe-se ao plano das ações penais condenatórias” (HC n. 93.033, decisão monocrática da lavra do Min. Celso de Mello, DJe 8.8.2011). Nesse mesmo sentido, aliás, o enunciado do verbete sumular n. 208 do STF “O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de *habeas corpus*”.

Aqui está-se a cuidar de hipótese distinta, qual seja, recurso de apelação, interposto pelo assistente de acusação, contra sentença condenatória, em que se discute a (in)justiça da pena aplicada pelo Juízo de primeiro grau.

E tenha ou não o assistente da acusação o mero e egoísta intento de ver agravada a situação do réu para a obtenção de efeitos reflexos na eventual reparação do dano no âmbito civil – como assevera Aury Lopes Júnior (*Direito*

*processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 42 –, fato é que *não poderia a Corte fluminense*, em clara violação aos arts. 271 e 598 do Código de Processo Penal e contrariedade ao entendimento consolidado pela Excelsa Corte em seu verbete sumular n. 210, pacificamente acolhido pela jurisprudência desta Corte Superior, *negar-se a conhecer do apelo interposto pelo assistente da acusação, ora recorrente*.

#### *IV. Dispositivo*

À vista do exposto, *dou provimento* ao recurso especial, para cassar o acórdão impugnado e *determinar ao Tribunal de origem que reexamine o apelo do recorrido*, à luz dos elementos de prova produzidos nos autos, e *que conheça da apelação criminal interposta exclusivamente pelo assistente de acusação*, se outro fundamento não houver para a sua inadmissibilidade.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.637.288-SP (2016/0297219-0)**

---

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Relator para o acórdão: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Heitor Henrique Pauletti

Advogados: Tales Castelo Branco - SP015318

Gustavo Neves Forte - SP235557

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

---

#### **EMENTA**

Recurso especial. Homicídio. Juntada de laudo pericial complementar com prévia antecedência de 3 dias úteis. Ciência à defesa. Formalidade não atendida. Ausência de prejuízo. Omissão inexistente. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

1. Quanto à alegada omissão do julgado impugnado, além de o recurso especial apontar violação de dispositivo da lei processual civil,

e não do art. 619 do Código de Processo Penal, as razões de pedir não demonstram, de forma suficiente, em que consistiu a possível falha do acórdão, o que atrai a incidência da Súmula 284 do STF.

2. O art. 479 do Código de Processo Penal determina que, durante o julgamento, só será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que tenham sido juntados aos autos com a antecedência mínima de 3 dias úteis e com a ciência da outra parte. *Este prazo de 3 dias úteis se refere também à ciência da outra parte, ou seja, tanto a juntada aos autos do documento ou objeto a ser exibido quando do julgamento, bem como a ciência desta juntada à parte contrária, devem ocorrer no prazo de 3 dias úteis previsto no art. 479 do Código de Processo Penal.*

3. Em que pese a ocorrência do desrespeito ao prazo fixado no art. 479 do Código de Processo Penal (o documento, não obstante juntado aos autos no prazo de 3 dias úteis, só veio a ser disponibilizado à defesa às vésperas do julgamento, ou seja, fora do prazo legal) não se vislumbra prejuízo efetivo à defesa, considerando que o documento em questão não foi utilizado por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Júri. A inexistência de prejuízo inibe o reconhecimento da nulidade do julgamento mesmo com o vício apontado.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e os votos dos Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, sendo que o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator, e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, além de negarem provimento ao recurso especial acrescentaram tese não acolhida pela Turma, objeto específico do recurso, razão pela qual a redação do acórdão passa para o Ministro que inicialmente divergiu nesse ponto, que é o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Votaram com o Sr. Ministro Sebastião

Reis Júnior os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

---

DJe 1º.9.2017

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Heitor Henrique Pauletti* interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, que rejeitou a preliminar e negou provimento à Apelação n. 9000004-61.2005.8.26.0533.

Nas razões recursais, a defesa aponta violação dos arts. 479 e 535, ambos do Código de Processo Penal (fls. 1.154-1.165), por entender que, na hipótese, não foi respeitado o tríduo legal para ciência de documento apresentado pela acusação. Diz, ainda, haver omissões no julgado impugnado, as quais não foram sanadas nos embargos de declaração.

Requer o provimento do recurso, a fim de declarar a nulidade do julgamento proferido pelo Tribunal Popular e, conseqüentemente, submeter o recorrente a novo Júri.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 1.181-1.187) e admitido o recurso (fl. 1.204), o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do especial interposto (fls. 1.238-1.242).

## VOTO

Ementa: Recurso especial. Homicídio. Juntada de laudo pericial complementar com prévia antecedência de três dias úteis. Ciência à defesa. Formalidade atendida. Ausência de prejuízo. Não ocorrência. Omissão. Súmula n. 284 do STF. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

1. Quanto à indigitada omissão do julgado impugnado, além de o recurso especial apontar violação de dispositivo da lei processual civil, e não do art. 619 do CPP, as razões de pedir não demonstram, de

forma suficiente, em que consistiu a possível falha do acórdão, o que atrai a incidência da Súmula n. 284 do STF.

2. O art. 479 do CPP determina que, durante o julgamento, só será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que tenham sido juntados aos autos com a antecedência mínima de 3 dias úteis e com a ciência da outra parte. Ou seja, o prazo estipulado na legislação diz respeito exclusivamente à juntada do documento, daí por que a comunicação à parte contrária pode ser feita a qualquer tempo, desde que realizada antes do julgamento.

3. Na hipótese dos autos, o documento foi juntado no tríduo legal, assim como foi oportunizada a ciência ao advogado da defesa, que, inclusive, no dia anterior ao julgamento, fez carga rápida dos autos para extração de cópia de documentos.

4. Não obstante hajam sido cumpridas as formalidades legais, a declaração de nulidade de determinado ato processual demanda a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte. Não é suficiente a mera alegação da ausência de formalidade, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal.

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

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz (Relator):

### *I. Admissibilidade*

De início, constato a tempestividade do recurso especial, interposto com espeque no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, mas não verifico, em sua totalidade, o preenchimento dos requisitos constitucionais, legais e regimentais, pois para seu processamento, quanto à violação do art. 535 do Código de Processo Civil, incide na espécie a Súmula n. 284 do STF.

### *II. Contextualização*

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado e pronunciado por homicídio doloso, porque, agindo com dolo eventual (trafegava em via pública, em alta velocidade, e, a fim de disputar racha com outro veículo, realizou arriscada manobra com seu automóvel), teria atropelado o ciclista José Manoel Favarelli e nele provocado os ferimentos que foram causa de sua morte.



O recorrente foi condenado pelo Tribunal do Júri a pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal. O julgamento, no entanto, foi anulado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, porque o Promotor de Justiça teria feito menção diversas vezes à decisão de pronúncia e ao acórdão que a confirmou, em afronta ao art. 478, I, do Código de Processo Penal.

Submetido a um novo julgamento, o recorrente foi condenado à mesma pena aplicada por ocasião do primeiro Júri. Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, em que alegou, em preliminar, nulidade do julgamento, por não haver sido obedecido o tríduo legal para ciência de documento apresentado pela acusação, em manifesta afronta ao art. 479 do Código de Processo Penal.

O Tribunal de origem, por sua vez, afastou a preliminar de nulidade, nos seguintes termos (fls. 1.130-1.131):

[...]

Estabelece o art. 479, do Código de Processo Penal, prazo (03 dias) para juntada de documentos ou objetos que serão lidos ou exibidos em plenário, o que se exige para ciência da parte contrária.

No caso concreto, o laudo pericial de fls. 805/808, documento complementar que não inovou o quadro probatório, foi juntado em 10.12.2014 e o julgamento realizado em 16.12.2014, portanto, dentro do tríduo legal a que se refere o dispositivo legal.

Ressalte-se, ainda, como mencionado pelo magistrado *a quo*, em 15.12.2014, foi autorizada carga rápida para que a d. defesa extraísse cópias dos autos.

Se não bastasse, conforme o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para alguma das partes. *In casu*, não comprovado qualquer prejuízo.

Rejeitada a preliminar, passo à análise do mérito.

Contra o acórdão, a defesa opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Feito esse registro, passo ao exame das teses defensivas.

### *III. Art. 535 do Código de Processo Civil*

Além de o recurso especial apontar violação de dispositivo da lei processual civil, e não do art. 619 do CPP, as razões de pedir não demonstram, de forma suficiente, em que consistiu a possível omissão do acórdão, o que atrai a incidência da Súmula n. 284 do STF.

O recorrente deveria especificar as teses jurídicas que deixaram de ser analisadas pelo Tribunal *a quo*, e não apenas apontar, de forma genérica, a falta de prequestionamento explícito de dispositivo federal. Não cabe a esta Corte cotejar os embargos de declaração e todas as teses deduzidas pela defesa para investigar a existência de possível omissão do julgado, não apontada especificamente pelo recorrente.

*IV. Nulidade do julgado por contrariedade ao art. 479 do Código de Processo Penal*

Primeiramente, não se pode olvidar que, para a declaração de nulidade de determinado ato processual, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte. Não é suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal.

A demonstração do prejuízo – que, em alguns casos, por ser intuitiva, pode decorrer de simples raciocínio lógico do julgador – é reconhecida pela jurisprudência atual como essencial tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, consoante retrata textualmente o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

[...]

III – *Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).*

[...]

*(HC n. 122.229, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª T, DJe de 29.5.2014, destaquei)*

Anoto, ainda, a doutrina de Gustavo Badaró, para quem:

O princípio da instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo, pelo qual não se anula o ato se da atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563). Essa regra “é a viga mestra em matéria de nulidade”. O art. 566 do CPP completa tal regime de flexibilização das formas ao disposto que não se declara a nulidade que não houver influído na “apuração da verdade” ou “na decisão da causa”. Trata-se da conhecida máxima *pas de nullité sans grief*.

Segundo a maior parte da doutrina, o princípio do prejuízo não se aplica às nulidades absolutas, em que “o prejuízo é presumido”. Tal posição não é correta por partir da premissa equivocada de que a forma é um fim em si mesma. Atentando-se para o caráter instrumental do processo, conclui-se, que, mesmo nos casos em que o vício poderia caracterizar nulidade absoluta, se o ato cumpriu sua finalidade, não há que falar em nulidade. Por sua vez, quanto às nulidades relativas, há consenso de que sua decretação depende da demonstração de prejuízo.

Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não incorrência de prejuízo, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido (*Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 583-584).

A mesma orientação teleológica foi incorporada ao novo Código de Processo Civil. Como destacam Dinamarco e Lopes:

O processo civil moderno repudia o formalismo irracional, mediante a flexibilização das formas e a interpretação racional das normas que as exigem, segundo os objetivos a atingir. É de grande importância a regra da instrumentalidade das formas, concebida para conduzir a essa interpretação e consistente na afirmação de que, quando atingido por algum modo o objetivo de determinado ato processual e não ocorrendo prejuízo a qualquer dos litigantes ou ao correto exercício da jurisdição, nada há a anular quando omitido o próprio ato ou realizado com transgressão a exigências formais (CPC, arts. 277 e 282, § 1º - infra, n. 135). As exigências formais estão na lei para assegurar a produção de determinados resultados, como meios preordenados a determinados fins: o que substancialmente importa é o resultado obtido, ou o fim atingido, e não tanto a regularidade formal no emprego dos meios. Disposições legais como essas constituem normas de superdireito processual porque incidem sobre aquelas que exigem certas formas e cominam de nulidade certos atos irregulares, afastando sua incidência em nome da racionalidade do sistema. (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 30-31)

Na hipótese dos autos, o dispositivo legal supostamente violado registra que:

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que *não tiver sido juntado* aos autos com a *antecedência mínima de 3 (três) dias úteis*, dando-se ciência à outra parte.

Parágrafo único. Compreende-se a proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados (destaquei).

Todavia, há se ressaltar que, antes das alterações introduzidas pela Lei n. 11.689/2008, a norma estava prevista no art. 475 do CPP, *in verbis*:

Art. 475. Durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documento que *não tiver sido comunicado* à parte contrária, com antecedência, pelo menos, *de 3 (três) dias*, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo.

Dessa forma, é de fácil percepção que o legislador optou por alterar a norma, para firmar o entendimento de que a contagem do prazo de 3 dias úteis inicia-se *na juntada do documento, e não na comunicação à parte contrária*.

A modificação legislativa tem uma razão de ser: não permitir que eventual atraso na intimação pudesse implicar o adiamento ou mesmo a anulação do Júri. Seria difícil imaginar que um documento juntado três dias úteis antes do julgamento fosse cientificado à defesa no mesmo dia. A lei, por certo, teria de dizer, claramente, que é da intimação, e não da juntada, que se conta o prazo legal.

Ademais, a jurisprudência desta Corte – inclusive mencionada pelo recorrente – firmou-se no sentido de que devem ser assegurados à defesa, no devido tempo – antes do julgamento –, o conhecimento e a oportunidade de manifestação sobre o ingresso de elementos de cognição nos autos. (*HC n. 131.469/SP*, Rel. Ministro Celso Limongi (desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, 6ª T., DJe 6.12.2010).

Assim, qualquer documento deve ser *colacionado* três dias antes do julgamento, mas também deve ser *garantida à parte adversa a possibilidade de conhecimento e de manifestação dos novos elementos juntados até o julgamento*. Esse entendimento encontra amparo na doutrina de Renato Brasileiro:

2. Contagem do prazo de 3 (três) dias úteis: esse prazo de 3 (três) dias úteis deve ser computado a partir da data do julgamento, voltando-se no tempo e valendo-se do critério do art. 798 do CPP. [...]. *O art. 479 do CPP também deixa evidente a necessidade de se dar ciência à parte contrária. Destarte, a simples juntada*

*aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis não atende ao preceito legal, acarretando indevido cerceamento à acusação ou à defesa. A nosso ver, esse prazo de 3 (três) dias úteis diz respeito exclusivamente à juntada do documento, daí por que a comunicação à parte contrária pode ser feita a menos de 3 (três) dias do julgamento. (DE LIMA, Renato Brasileiro. Código de Processo Penal Comentado. 2. ed, JusPodivm, Salvador, 2017, p. 1.230).*

Importante, ainda, frisar que, quanto à contagem do prazo, a jurisprudência do STJ firmou que:

[...]

3. O prazo estabelecido no art. 479 do Código de Processo Penal (“Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.”) difere bastante dos demais prazos processuais, a começar pelo fato de a contagem ser feita para trás. Além disso, ainda há a peculiaridade de ser contado apenas em “dias úteis”. Outrossim, a parte contrária deve ser imediatamente intimada, de modo a garantir-se-lhe a paridade de armas para o exercício do contraditório. E o mais importante: a regra geral do § 1º do art. 798 (“Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.”) é mitigada, na medida em que o prazo para juntada de documento ou objeto a ser utilizado em julgamento no Plenário do Júri estabelece “antecedência mínima” a ser observada. Concluiu-se, pois, que o prazo em tela estabelece um interstício mínimo entre a juntada de documento ou objeto e a respectiva sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri. Assim, se o julgamento está apazado para segunda-feira (como no caso), o material deve ser juntado pela parte até a terça-feira da semana anterior, termo final do prazo, de modo a respeitar o interstício mínimo de três dias úteis entre esse ato e o julgamento. Ausência de contrariedade do art. 479 do Código de Processo Penal.

(REsp n. 1.307.166/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 6.9.2013)

Pelo acórdão impugnado, verifica-se que “o laudo pericial de fls. 805-808, documento complementar que não inovou o quadro probatório, foi juntado em 10.12.2014 e o julgamento realizado em 16.12.2014, portanto, dentro do tríduo legal a que se refere o dispositivo legal.” (fl. 1.130).

Com efeito, observo que o Ministério Público peticionou, no dia 9.12.2014, a juntada do laudo complementar, no prazo legal (fl. 1.019). O Magistrado deferiu o pleito no dia seguinte e, na mesma decisão, determinou fosse dado ciência à defesa (fl. 1.024). Assim, após a juntada do documento, em 10.12.2014 (quarta-feira), constato ter ocorrido um interstício de 3 dias úteis (quinta, sexta e segunda) até o julgamento, realizado no dia 16.12.2014 (terça-feira).

Ademais, conforme se extrai da ata de julgamento, o Magistrado *a quo* ressaltou que, “*assim que o documento foi juntado, frise-se, no prazo do art. 479 do Código de Processo Penal, foi oportunizada a ciência ao advogado da defesa, tendo sido autorizada, inclusive, em 15.12.2014, a carga rápida para que o defensor extraísse cópias dos documentos que considerasse pertinente*” (fl. 1.035).

O Juiz Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Santa Barbara D’Oeste ressaltou, ainda, que, “*havendo expressa e literal previsão quanto a juntada do documento, caberia ao defensor do acusado, e esse é o ônus daquele que patrocina causa a ser submetida ao plenário do júri, a verificação dos autos até o prazo estipulado da lei, uma vez que a própria legislação autoriza a juntada desses documentos*” (fl. 1.035).

Assim, não constato a contrariedade ao art. 479 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo as instâncias ordinárias, foram cumpridas as formalidades legais – *o laudo complementar foi juntado dentro do tríduo legal e houve oportuna ciência ao advogado da defesa, antes do julgamento, que chegou, inclusive, a ter carga rápida dos autos para extração de cópias de documentos que entendesse pertinentes.*

É certo que “*A ratio legis dos arts. 475 (redação original) e 479 (redação atual), ambos do Código de Processo Penal, é evitar que a parte contrária seja surpreendida, quando da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, pela apresentação de documentos que não foram previamente acostados aos autos, o que impede a devida e imediata reação.*” (HC n. 136.541/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 4.8.2014)

Essa, com certeza, não é a hipótese dos autos. Pode-se aferir, pela própria manifestação do Ministério Público em plenário, ao, expressamente, permitir a retirada do referido documento juntado, que o laudo complementar *não trouxe nenhum prejuízo ao réu*, por ser ele, inclusive, absolutamente desnecessário para busca da verdade real, tendo em vista a existência de outras provas produzidas no processo suficientes para demonstrar a veracidade dos fatos imputados ao ora recorrente (fl. 1.034):

A despeito da manifestação do nobre defensor, a legislação é clara na fixação do tríduo legal. Aproveito a oportunidade para lembrar que a teoria geral das nulidades do processo penal finca-se sob a ideia de prejuízo. Portanto, ausente o prejuízo, fica ausente também a nulidade. Neste sentido, considerando que,

para além do laudo – que tem natureza meramente complementar, bem como que existem já muitas outras provas juntadas no processo, em especial as oitivas da testemunhas, inclusive em plenários anteriores, apesar de pessoalmente contrariado, a fim de aproveitar a suficiente instrução probatória e levar a cabo o presente plenário, não me oponho à extração do referido documento, fazendo com que o requerimento perca o seu objeto. Com relação a verdade real alegada pelo defensor, entendo que está mais que provado o fato, possibilitando sua apreciação no plenário, tal como determinado nas decisões anteriores. Portanto, em havendo a extração do documento ‘pas de nullité sans grieff’.

Ademais, em que pese a defesa alegar que o laudo complementar continha argumentos técnicos jamais explorados ao longo da instrução, *as instâncias ordinárias asseveraram que o referido documento – elaborado em complementação ao Laudo n. 12.741/2004 – nada inovou*. Para rever tal posicionamento e concluir inexistirem, previamente, nos autos, elementos que indiquem que o recorrente não teria feito uso do sistema de freios do veículo, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada em recurso especial, em razão da incidência do óbice da Súmula n. 7 desta Corte.

Por fim, a defesa não logrou demonstrar o prejuízo a que teria sido submetido o réu na hipótese, o que inviabiliza o exame da nulidade mencionada, nos termos das premissas anteriormente fixadas.

#### *V. 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.

#### *VI. Dispositivo*

À vista do exposto, *conheço parcialmente do recurso especial* e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

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

## VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Um ponto me fez pedir vista: eventual desrespeito ao art. 479 do Código de Processo Penal.

A controvérsia cuida da melhor interpretação a ser dada ao disposto no referido dispositivo legal no que concerne à vontade final do legislador: se a lei exige apenas que, para que determinado documento seja lido no júri, deve este ser juntado aos autos até 3 dias úteis antes da sua realização, podendo a parte ser cientificada até o seu início, ou, como pretende o recorrente, que não só a juntada mas também a ciência da parte interessada deve ocorrer até 3 dias antes do início do júri.

O Eminentíssimo Relator, neste particular, entendeu que:

[...]

2. O art. 479 do CPP determina que, durante o julgamento, só será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que tenham sido juntados aos autos com a antecedência mínima de 3 dias úteis e com a ciência da outra parte. Ou seja, o prazo estipulado na legislação diz respeito exclusivamente à juntada do documento, daí por que a comunicação à parte contrária pode ser feita a qualquer tempo, desde que realizada antes do julgamento.

3. Na hipótese dos autos, o documento foi juntado no tríduo legal, assim como foi oportunizada a ciência ao advogado da defesa, que, inclusive, no dia anterior ao julgamento, fez carga rápida dos autos para extração de cópia dos documentos.

[...]

E disse, ainda, o Relator que mesmo superada esta questão, ou seja, mesmo que se considerasse presente desrespeito ao art. 479 do Código de Processo Penal, *a declaração de nulidade de determinado ato processual demanda a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte. Não é suficiente a mera alegação da ausência de formalidade, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal.*

Ouso divergir em parte do Eminentíssimo Relator.

Para mim, considerando que a intenção do legislador me parece ser a de garantir o julgamento justo, permitindo a ambas as partes (defesa e acusação) não só conhecer de documento relevante para o julgamento como também ter tempo hábil para sobre ele se manifestar, importa, sim, não só a data da juntada do documento mas também a data em que a parte contrária teve ciência desta juntada. O prazo de 3 dias se refere não apenas à juntada mas também à ciência.



De nada serviria esta exigência legal se permitíssemos que a ciência se desse apenas, por exemplo, às vésperas da sessão de julgamento, sem que a parte tivesse tempo suficiente para conhecer a fundo o documento e colher elementos para, se for o caso, refutá-lo. A lei seria inócua. De nada adianta a exigência de que o documento seja juntado em tempo razoável se não vier acompanhada da necessidade de que a parte contrária seja cientificada também em tempo razoável da juntada.

Neste sentido, cito Guilherme de Souza Nucci, para quem *não se trata de mera juntada do documento aos autos, mas sim a efetiva ciência da parte contrária, no mínimo três dias úteis antes do julgamento* (in *Código de Processo Penal Comentado*. 16ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 116) e Fernando Costa Tourinho Filho que, comentando o art. 479 do Código de Processo Penal, conclui que *se a razão de ser do art. 479 reside exatamente em evitar surpresa para a parte ex adversa, e como os prazos iniciam-se a partir da intimação, nos termos do art. 798, § 5º, a, do CPP, evidente que só quando a parte é intimada da juntada do documento é que o prazo se inicia, e será contado nos termos do § 1º do art. 798 – não se computa o dia do início. Assim, se a sessão do Júri deve ser realizada numa sexta-feira e a parte foi intimada da juntada do documento na quarta-feira, óbvio que esse documento não poderá ser lido em plenário, porquanto o tríduo será contado a partir de quinta-feira* (in *Código de Processo Penal Comentado*. 13ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 162).

E não posso deixar de reproduzir entendimento de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

[...]

Calcado nos princípios do contraditório (para ambas as partes) e da ampla defesa (no caso do documento juntado pela acusação), quer-se com o dispositivo em tela evitar *surpresas* à parte adversária em face das *provas já produzidas e juntadas aos autos*. Fácil visualizar que há, no caso, exceção à regra geral prevista no art. 231, CPP (...). Exatamente por isso é que há de se compreender que não só a juntada, mas também a cientificação da parte contrária deverá ser realizada dentro do tríduo mínimo previsto em lei. De nada adiantaria haver previsão legal de *juntada* de documentos no prazo de três dias úteis se a intimação de desse, por exemplo, no dia imediatamente anterior ao julgamento. (in *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 985).

[...]

Assim, divirjo do Relator no que se refere à interpretação a ser dada ao art. 479 do CPP. Para mim, tanto a juntada de documento quanto a cientificação da parte contrária devem acontecer no prazo de 3 dias anteriores ao júri.

No caso, porém, o recurso não tem como ser provido. Não é que não se tenha demonstrado prejuízo, mas, na situação, parece-me que simplesmente não houve qualquer prejuízo ao recorrente, considerando que o documento controverso, em que pese ter sido juntado aos autos, teve a sua extração admitida pelo Ministério Público no momento em que foi impugnada a sua juntada pela defesa. Não tendo, ao meu ver, sido efetivamente utilizado por ocasião do julgamento documento cuja ciência da juntada se deu a destempo, não vejo como ser o julgamento anulado.

Assim, ressaltando minha opinião tanto quanto a interpretação dada pelo Eminentíssimo Relator ao art. 479 do Código de Processo Penal, também *conheço em parte* do recurso e, nessa parte, *nego-lhe provimento*, considerando o fato de que o documento impugnado foi extraído dos autos e não utilizado por ocasião do julgamento, não havendo qualquer prejuízo decorrente da sua juntada anterior.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.674.198-MG (2017/0007502-6)**

---

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Márcio Machado Parreira

Recorrente: Marcelo Rodrigues dos Santos

Advogado: Rafael Mercaldi e outro(s) - MG110291

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

---

**EMENTA**

Recurso especial. Homicídio qualificado. Pronúncia fundamentada exclusivamente em boatos e testemunha de ouvir dizer. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

1. A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, sem exigência, neste momento processual, de prova incontroversa da autoria do delito – bastam indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime.

2. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia baseada, exclusivamente, em testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de *per si*, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular.

3. A norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe *per proprium sensum et non per sensum alterius* impede, em alguns sistemas – como o norte-americano –, o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (*hearsay rule*). No Brasil, ainda que não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, “não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a *vox publica*. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta” (Helio Tornaghi).

4. A primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri tem o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*iudicium accusationis*) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis, idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*iudicium causae*). A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do Júri, leciona Mendes de Almeida, é indispensável para evitar imputações temerárias e levianas. Ao proteger o inocente, “dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento”.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para reformar o acórdão recorrido de modo a despronunciar os recorrentes nos autos do Processo n. 0702.08.432189-3, em trâmite no Juízo de Direito da Vara de Crimes contra a Pessoa da Comarca de Uberlândia, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia em eventual superveniência de provas.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conhecer parcialmente

do recurso e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 12.12.2017

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Márcio Machado Parreira e Marcelo Rodrigues dos Santos* interpõem recurso especial, fundado no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais* no Recurso em Sentido Estrito n. 1.0702.08.432189-3/002.

Depreende-se dos autos que os recorrentes foram pronunciados como incurso no art. 121, § 2º, I, do Código Penal. Irresignado com a sua submissão ao Tribunal do Júri, os recorrentes interpuseram recurso em sentido estrito, buscando a impronúncia por ausência de provas suficientes de autoria. O Tribunal estadual, por unanimidade, negou provimento ao recurso (fls. 427-454).

Neste recurso especial, a defesa alega que o acórdão recorrido acabou por contrariar os arts. 414 e 415, II, ambos do Código de Processo Penal, e deu interpretação divergente do julgado proferido pela Sexta Turma do STJ no REsp n. 1.444.372/RS, de minha relatoria.

Sustenta que “‘boatos’ ou mesmo a expressão ‘ouvi dizer’, não deveriam ser confundidas com a certeza jurídica necessária para pronunciar alguém, algo exaustivamente discutido pelos recorrentes em todas as fases do processo até o presente momento” (fl. 461).

Aduz, então, que “a análise de todo o processo, todos os depoimentos, tanto em sede de inquérito policial quanto os depoimentos judiciais, demonstram que, além dos recorrentes não terem participação alguma no homicídio estampado na denúncia, não havia nos autos elementos que justificassem a manutenção da sentença de pronúncia, decisão ora combatida” (fl. 469).

Conclui que “tudo o que foi colacionado aos autos traz a convicção e a certeza que os pronunciados Márcio e Marcelo não praticaram o crime em tela, como também demonstram, sem dúvida nenhuma, que os artigos 414 e 415, II, do CPP foram contrariados pelo Egrégio Tribunal Mineiro” (fl. 469).

Pede o provimento do recurso especial, para que os recorrentes sejam absolvidos sumariamente ou impronunciados.

O recurso especial não foi admitido pelo Tribunal *a quo*, o que ensejou a interposição de agravo (fls. 524-532).

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

Ante a complexidade da alegação defensiva, determinei a conversão do agravo em recurso especial (fl. 556).

## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

### *I. Admissibilidade*

O recurso é *tempestivo*. Ademais, a questão aqui debatida possui natureza *eminentemente jurídica, devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem*, referente à possibilidade de a pronúncia ser fundamentada exclusivamente em boatos e testemunhos de “ouvir dizer”.

Todavia, o conhecimento do recurso especial pela divergência exige a transcrição *dos trechos dos acórdãos impugnados e paradigma*, evidenciando-se, de forma clara e objetiva, o suposto dissídio jurisprudencial. Não é suficiente a simples transcrição de ementas ou votos sem a exposição das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Neste caso, os recorrentes restringiram-se a citar a ementa do julgado indicado como paradigma. Desta forma, torna-se inviável conhecer do recurso pela alínea “c” do art. 105, III, da Constituição Federal. Ilustrativamente:

[...] 2. *O conhecimento do recurso especial pela divergência exige a transcrição dos trechos do acórdão impugnado e do paradigma, evidenciando-se, de forma clara e objetiva, o suposto dissídio jurisprudencial, não sendo suficiente a simples transcrição de ementas ou votos sem a exposição das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.*

3. Agravo regimental não provido. (*AgRg no AREsp n. 484.371/SP*, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 7.4.2017, destaquei)

[...]. 2. A mera transcrição de ementas não serve à comprovação do dissenso jurisprudencial, sendo necessário o cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma, com a efetiva confirmação da similitude dos casos confrontados. Ademais, mesmo para os recursos interpostos pela alínea “c” do permissivo constitucional, deve ser indicado o dispositivo da lei federal interpretado de forma divergente, sob pena de se inviabilizar o conhecimento do apelo nobre por deficiência de fundamentação. Não demonstrada a divergência nos termos exigidos, incide a vedação prescrita na Súmula 284/STF.

[...].

5. Agravo regimental desprovido. (*AgRg no AREsp n. 987.842/PR*, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 22.11.2016)

Portanto, a análise do pleito defensivo será feita unicamente com base nas suscitadas violações dos dispositivos de lei federal apontados pelos recorrentes.

## II. Contextualização

Na hipótese, o Magistrado *a quo*, ao pronunciar os recorrentes asseverou que (fls. 359-361):

A prova da materialidade do delito restou evidenciada pelo Boletim de Ocorrência de ff. 04/05, pela Certidão de Óbito de fl. 09, pelo Laudo de Necropsia de ff. 16/21 e, pelas demais provas colacionadas aos autos.

[...]

No caso, há evidências de que os acusados efetivaram a conduta nuclear do tipo penal do homicídio.

[...]

Tais indícios são encontrados no material probatório reunido ao longo do inquérito policial e pelas provas produzidas na ação penal, sob o crivo do contraditório, haja vista os depoimentos de ff. 61/63, onde a testemunha Raphael Nogueira Fernandes disse que:

(...) que Danubio era usuário de drogas e que comprava drogas dos traficantes e não pagava, inclusive os boatos que surgiram após a morte de Danúbio, era que ele estaria com dívida de drogas com o Márcio da pastelaria e o sogro dele de nome Marcelo, pois estes eram tidos no bairro como traficantes. (f. 62).

(...) o boato que tem no bairro é que a motivação teria sido dívida de drogas e que os autores teriam sido Marcio e Marcelo e que os autores no

momento do crime, estariam de moto em uma esquina esperando por Danúbio, e este ao passar pelo local, indo embora da pastelaria, foi alvejado e morto. (f. 63).

E também pelas informações fornecidas pela mãe da vítima, Maria do Carmo Sousa dos Santos, às ff. 43/44, ocasião em que *retificou* o depoimento de ff. 22/23, onde relatou que:

(...) que após o assassinato de *Danúbio* surgiram comentários no bairro de que teria sido *Márcio*, dono da antiga pastelaria e do atual açougue, o assassino de *Danúbio*. (ff. 43/44).

Nessa fase basta que haja indício suficiente de autoria, fato que permite que os réus sejam levados a julgamento perante o Tribunal do Júri, que é o competente para o julgamento de delitos de tal natureza, sendo que, pelo acima exposto, a conclusão a que se chega é que há indícios suficientes capazes de sustentar a decisão de pronúncia, pelo que, necessário se faz afastar a pretensão da i. Defesa técnica, cabendo, pois, ao e. Tribunal do Júri, decidir a respeito, o qual, poderá, é certo, reconhecer a tese defensiva.

[...]

*In casu*, não há como afastar, de plano, a existência das qualificadoras descritas na denúncia, razão pela qual devem, também, ser submetidas à apreciação em plenário do Tribunal do Júri.

O Tribunal de origem, por sua vez, ao manter a pronúncia, ressaltou que (fls. 439-449):

Pois bem. A materialidade encontra-se cabalmente comprovada pelo Boletim de Ocorrência de fls. 04/05 e pelo laudo de necropsia de fls. 16/21, que atestam a morte da vítima por hemorragia interna aguda por projétil de arma de fogo.

Da mesma forma, percebe-se claramente a existência de indícios suficientes de autoria dos acusados, uma vez que, das provas colhidas, tanto durante o inquérito policial quanto em juízo, depreende-se que as investigações, lastreadas em elementos informativos constantes nos autos, apontam a participação dos recorrentes no crime. Destaca-se:

[...] *Que após o assassinato de Danúbio surgiram comentários no bairro de que teria sido Márcio, dono da antiga pastelaria e do atual açougue, o assassino de Danúbio; Que o próprio Rafael disse para a depoente que deixou Danúbio na pastelaria de Márcio por volta das 03:00 horas e foi para casa; Que segundo Rafael, ele e Danúbio ficaram na pastelaria e bar de Márcio bebendo cervejas no período das 23:00 hs até às 03:00 hs, no entanto, nem ele e nem Danúbio tinham dinheiro para pagar, ou seja,*

estavam bebendo fiado [...] **Que segundo comentários Danúbio foi seguido por um indivíduo em uma motocicleta até o local onde ele foi assassinado, antiga rua 23 com a rua 28, em um beco escuro [...]** (destacamos) (depoimento em sede inquisitorial da testemunha Maria do Carmo Souza dos Santos, fls. 43/44)

[...] que confirma seu depoimento prestado na Delegacia de Polícia, que ora lhe foi lido, de fls. 43/44 [...] **que houve comentários que Marcelo e Márcio estariam envolvidos na morte da vítima [...]** (destacamos) (depoimento em juízo da testemunha Maria do Carmo Souza dos Santos, fl. 168)

[...] **o boato que tem no bairro é que a motivação teria sido dívida de drogas e que os autores teriam sido Marcio e Marcelo e que os autores no momento do crime, estariam de moto em uma esquina esperando por Danúbio, e este ao passar pelo local, indo embora da pastelaria, foi alvejado e morto.** (destacamos) (depoimento em sede inquisitorial da testemunha Raphael Nogueira Fernandes, fls. 61/63)

Entendo, pois, que se constata facilmente dos elementos de prova transcritos acima, colhidos sob o contraditório, dentre outros elementos constantes nos autos, que há lastro probatório suficiente para o juízo de pronúncia dos recorrentes.

Incumbe salientar ainda, que mesmo existindo indícios que corroborem as teses defensivas, nesta fase judicial é impossível a avaliação dos elementos de convicção reunidos, ou mesmo a comparação de testemunhos colhidos, sob pena de ocasionar, prematuramente, uma influência negativa na decisão a ser tomada pelos jurados.

[...]

Registra-se ainda, que na fase de sumário da culpa, a dúvida não favorece ao acusado, mas sim à sociedade, sendo cabível a impronúncia quando ausentes prova da materialidade ou indícios de autoria, o que não é o caso dos autos, como já demonstrado acima. Trata-se, na verdade, de respeito ao princípio processual "in dubio pro societate".

[...]

Noutro norte, em que pese a ausência de insurgência recursal nesse sentido, cumpre salientar que também não há que se falar em decote de qualificadora imputada. Isso porque é pacífico o entendimento deste Tribunal de que, na fase de pronúncia, não é cabível a exclusão de qualificadoras, salvo na hipótese de serem manifestamente improcedentes, o que não é o caso dos autos.

### *III. Primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri*

É cediço que a Constituição Federal determinou ao Tribunal do Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida e os a eles conexos, conferindo-lhe a soberania de seus veredictos.



Entretanto, a fim de reduzir o erro judiciário (art. 5º, LXXV, CF), seja para absolver, seja para condenar, exige-se uma prévia instrução, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado, com a finalidade de submeter a julgamento no Tribunal do Júri *somente os casos em que se verifiquem a comprovação da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 413, § 1º do CPP, que encerra a primeira etapa do procedimento previsto no Código de Processo Penal.*

Assim, tem essa primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. *O juízo da acusação (iudicium accusationis) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis, idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (iudicium causae).*

A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do Júri, leciona Mendes de Almeida, é indispensável para evitar imputações temerárias e levianas. Ao proteger o inocente, “dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento”. (MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973, p. 11.)

Além dessa função voltada a preservar o réu contra acusações infundadas, a instrução preliminar do juízo de acusação objetiva preparar o julgamento a ser realizado pelo Conselho de Sentença.

Logo, muito embora *a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório colhido em juízo, fundamentada exclusivamente em testemunhas que ouviram dizer, por boatos populares, sem menção à fonte da qual teria partido a informação sobre a autoria do homicídio.*

#### *IV. Testemunho indireto*

As instâncias de origem apontaram como indícios suficientes apenas relatos de testemunhas que ouviram dizer, por boatos, que *a motivação teria sido dívida de drogas e que os autores teriam sido Márcio e Marcelo.*

*Ressalto, também, que o depoimento de Maria do Carmo Souza dos Santos – ao afirmar “Que o próprio Rafael disse para a depoente que deixou Danúbio na pastelaria de Márcio por volta das 03:00 horas e foi para casa; Que segundo*

Rafael, ele e Danúbio ficaram na pastelaria e bar de Márcio bebendo cervejas no período das 23:00 hs até às 03:00 hs, no entanto, nem ele e nem Danúbio tinham dinheiro para pagar, ou seja, estavam bebendo fiado” (fl. 440, transcrito no acórdão impugnado) – *não constitui nenhum indício idôneo de que Márcio e Marcelo seriam os autores do homicídio perpetrado contra Danúbio.*

Vale observar que a norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe *per proprium sensum et non per sensum alterius* impede, em alguns sistemas – como o norte-americano –, o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (*bearsay rule*). No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, “não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a *vox publica*. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta.” (TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 461).

A razão do repúdio a esse tipo de testemunho se deve ao fato de que, além de ser um depoimento pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, o acusado não tem como refutar, com eficácia, o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo.

Nesse sentido também é a clássica lição de Manzini, ao asserir que “os depoimentos por ouvir dizer não têm caráter de prova testemunhal, mas podem considerar-se somente como elementos não seguros de informação, com base nas quais se pode eventualmente chegar à prova verdadeiramente testemunhal” (“*le deposizioni per sentito dire non hanno carattere di testimonianza, ma possono considerarsi soltanto come elementi non sicuri d’informazione, in base ai quali si può eventualmente risalire alla vera testimonianza*”) (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. v. 3. Turim: UTET, 1932, p. 189).

Por conseguinte, não há como submeter os recorrentes a julgamento pelo Tribunal do Júri com base, tão somente, em boatos, sem que haja indicação dos informantes. Da mesma forma, inviável considerar como indício idôneo o depoimento de Maria do Carmo Souza dos Santos, que apenas ouviu dizer de outra pessoa, no caso Rafael, que a vítima teria ficado em sua companhia, na pastelaria de Márcio, até as 3 horas, bebendo cerveja, sem dinheiro para pagar, pois tal circunstância, isoladamente, não é indicativo de que Márcio e Marcelo, por conta de dívida oriunda do tráfico, ceifaram a vida de Danúbio.

Portanto, conforme demonstrado, não identifico um único depoimento com menção à fonte da qual teria partido a informação sobre a *autoria do*

*homicídio, motivo pelo qual os indícios apontados pelas instâncias de origem são insuficientes para a pronúncia.*

Ressalto, por fim, que o parágrafo único do art. 414 do Código de Processo Penal (antigo art. 409 do CPP), inserido pela Lei n. 11.689/2008, preceitua que, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, *poderá ser formulada nova denúncia em desfavor do ora despronunciados se houver prova nova.*

Assim, a solução mais acertada para o presente caso é a despronúncia dos recorrentes.

*V. Dispositivo*

À vista do exposto, *conheço parcialmente do recurso e, nessa extensão, dou-lhe provimento*, para reformar o acórdão recorrido de modo a despronunciar os recorrentes **Márcio Machado Parreira** e **Marcelo Rodrigues dos Santos**, nos autos do Processo n. 0702.08.432189-3, em trâmite no Juízo de Direito da Vara de Crimes contra a Pessoa da Comarca de Uberlândia, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia em eventual superveniência de provas.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.675.709-SP (2017/0048222-6)**

---

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Guy Garcia Silva

Advogado: Defensoria Pública da União

Recorrido: Ministério Público Federal

---

**EMENTA**

Recurso especial. Direito Penal. Recebimento de denúncia. Importação de sementes de *cannabis sativa lineu*. Matéria-prima para produção de droga. Pequena quantidade de matéria prima destinada à preparação de droga para consumo pessoal. Fato atípico.

1. O fruto da planta *cannabis sativa lineu*, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da

planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga, cuja importação clandestina amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Todavia, tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato.

3. Recurso provido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 13.10.2017

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial interposto por *Guy Garcia Silva*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

Penal. Processual Penal. Importação de sementes de maconha. Matéria-prima para produção da droga. Ilícito penal. Denúncia rejeitada. Recurso em sentido estrito provido.

1. Nos termos da jurisprudência que vem se consolidando, a semente, em seu estado natural, é a matéria-prima para a produção de uma planta.

2. A denúncia contém exposição clara e objetiva dos fatos ditos delituosos, com narração de todos os elementos essenciais e circunstanciais que lhes são

inerentes, atendendo aos requisitos descritos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

3. A materialidade do delito restou comprovada pelo Termo de Apreensão de Substâncias Entorpecentes e Drogas Afins, pelo Auto de Apreensão e pelo Laudo de Perícia Criminal Federal.

4. Os indícios da autoria podem ser extraídos do fato de que o acusado afirmou ser usuário de maconha, e não apresentou justificativa acerca dos fatos, tendo optado por permanecer em silêncio.

5. O recebimento da denúncia com o conseqüente prosseguimento da *persecutio criminis* é de rigor, inclusive sob o pálio da regra *in dubio pro societate*, que vigora neste momento processual. Havendo dúvidas acerca da correta tipificação penal da conduta do denunciado, deve prosseguir a ação penal para que, ao final, conclua-se acerca da definição jurídica adequada, vide julgados colacionados.

6. Recurso provido. (fl. 194)

Alega o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, afronta aos artigos 33, § 1º, inciso I, e 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que é de rigor o restabelecimento da decisão do juízo de primeiro grau que rejeitou a denúncia por ausência de justa causa porque, segundo sustenta, a importação de semente de maconha é mero ato preparatório, impunível no nosso ordenamento jurídico.

Destaca que “A semente de maconha não possui, em sua composição, a substância tetraidrocannabinol (THC) e, portanto, não é capaz de gerar dependência física ou química. Se misturada a qualquer outra substância não será capaz de gerar a droga objeto desses autos” (fl. 204).

Ressalta, também, que a semente de maconha “não pode ser considerada como matéria-prima para a preparação da substância entorpecente, já que não se extrai maconha da semente, mas da planta germinada, se esta sofrer transformação por obra da natureza e não da indústria humana” (fl. 204).

Alega, outrossim, que a pequena quantidade de sementes apreendida não era suficiente para demonstrar que o réu objetivava a traficância através do seu plantio, tratando-se de apenas 10 (dez) sementes de maconha.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial em parecer assim sumariado:

Recurso especial. Tráfico internacional de drogas. Importação de 10 (dez) frutos aquênios de maconha. Art. 33, § 1º, inc. I, da Lei n. 11.343/2006. Matéria-prima.

Ausência de tetrahidrocannabinol (THC). Ausência de condições e qualidades químicas. Necessidade de sementeira/cultivo/plantio. Ato pretérito à preparação. Ausência de previsão legal. Atipicidade da conduta. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade.

1.- A Lei n. 11.343/2006 proíbe apenas a importação de matéria-prima, insumo ou produto químico que sejam destinados à preparação de drogas, não havendo nenhuma menção com relação aos atos pretéritos à referida preparação.

2.- A matéria-prima ou insumo devem ter condições e qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, por exemplo, produzirem a droga ilícita, o que não é o caso das sementes da planta *Cannabis sativa Linneu*, que não possuem a substância psicoativa (THC). A rigor, as sementes de maconha não se prestam à preparação de droga, “a não ser muito indiretamente, como ato final, por meio da sementeira, cultivo, colheita da planta e produção de droga ilícita”.

3.- Caso se entenda que a importação clandestina de sementes de maconha caracteriza contrabando (art. 334 do CP), tal situação merece maior temperamento, pois não são todas as importações que, na espécie, são proibidas pela legislação brasileira. No caso em tela, em que o recorrido importou somente 10 frutos aquênios da planta *Cannabis sativa Linneu*, tal situação indica que a eventual produção de drogas – se possível – seria destinada ao consumo próprio. Assim, deve ser aplicado o princípio da insignificância, pois não há proporcionalidade entre a conduta e o tipo penal.

4.- Parecer pelo não conhecimento do agravo e, caso conhecido, para dar provimento ao recurso especial, com o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que rejeitou o recebimento da exordial acusatória.

O recurso especial foi inadmitido (fl. 242/246) e o agravo tirado da sua inadmissão foi provido (fl. 291/293), tendo em vista a relevância da questão em debate, que trata do recebimento da denúncia na qual se imputa ao réu a prática do delito de tráfico internacional de drogas (art. 33, § 1º, inciso I, c/c 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006) em razão da importação de poucas sementes de *Cannabis sativa* (maconha).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): É esta a letra expressa no tipo legal imputado ao recorrente:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo,

guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, *matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas*;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

É sabido que o tráfico de drogas é delito de tipo misto alternativo e conteúdo variado, sendo punível a conduta de quem importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, razão pela qual a importação de substância proibida não constitui mero ato preparatório mas sim conduta efetivamente prevista no tipo penal.

E o fruto da planta *cannabis sativa lineu*, conquanto não apresente a substância tetrahydrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga.

Destarte, a importação clandestina de sementes de *cannabis sativa lineu* amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, não havendo falar em desclassificação para o delito de contrabando, dada a especialidade da norma em espeque que criminaliza a importação de matéria prima para a preparação de substância entorpecente.

E não é outro o sentido de reiterados precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, dos quais extraio os seguintes:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Importação ilegal de sementes de *cannabis sativa linneu*. Tráfico de drogas. Art. 33, § 1º, inc. I, da Lei n. 11.343/2006. Ocorrência. Agravo regimental desprovido.

1. A importação clandestina ou ilegal de sementes (vinte e uma) de *cannabis sativa linneu* (maconha) tipifica o crime descrito no art. 33, § 1º, inc. I, da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.637.114/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 1º.06.2017, DJe 09.06.2017)

Agravo regimental. Recurso especial. Legislação extravagante. Lei n. 11.343/2006. Tráfico de entorpecentes. Sementes de maconha. Importação clandestina de sementes de *cannabis sativa*. Matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente. Conduta típica. Recebimento da denúncia. Acórdão *a quo* que se firmou no mesmo sentido da jurisprudência deste Superior Tribunal.

1. A importação clandestina de sementes de *cannabis sativa* (maconha) amolda-se ao tipo legal inculcado no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto do delito, cifrada na natureza e na significativa quantidade dos entorpecentes apreendidos.

3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.546.313/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15.10.2015, DJe 05.11.2015)

Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Apreensão de sementes de *cannabis sativa*. Alegação de atipicidade da conduta. Ordem denegada.

1. Incorre no tráfico de entorpecentes quem importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 12, § 1º, I, da Lei n. 6.368/1976).

2. No caso, o fato narrado na denúncia, ou seja, a apreensão, na residência do paciente, de 170 sementes de *cannabis sativa*, amolda-se perfeitamente ao tipo penal “ter em depósito” e “guardar” matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 12, § 1º, I, da Lei n. 6.368/1976), não podendo se falar em atipicidade da conduta.

3. Ordem denegada.



(HC 100.437/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18.12.2008, DJe 02.03.2009)

*Todavia, tendo em vista as peculiaridades de casos tais como o dos autos, que envolvem a importação não autorizada de **pequenas quantidades de sementes de maconha**, trago o tema para melhor exame da Sexta Turma.*

É que, como é sabido, a própria lei distingue traficante de usuário ao considerar, entre outras circunstâncias, a quantidade de substância apreendida para, mantendo a criminalização, afastar as penas reclusivas nas seguintes condutas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Da leitura do dispositivo normativo transcrito verifica-se que, de modo semelhante à regra do artigo 33, também no artigo 28 da Lei em exame há expressa previsão legal acerca da posse de droga para uso próprio e também do cultivo de planta destinada à preparação de pequena quantidade de entorpecente, mas não há similar previsão normativa quanto à importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, tratando-se, pois, neste particular, de fato atípico.

Com efeito, inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal (poucas sementes de maconha), forçoso reconhecer a atipicidade do fato.

Importante ressaltar, nesse passo, que não há razoabilidade ou proporcionalidade qualquer em conferir tratamento mais rigoroso ao

que importa poucas sementes de maconha, cominando-lhe penas que em tese poderiam ultrapassar 15 anos de reclusão por tráfico internacional de entorpecentes, enquanto aquele que já cultivou tais poucas sementes estaria sujeito apenas a medidas restritivas, nos termos do parágrafo 1º do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

Há de se considerar, ainda, além da pequena quantidade de sementes apreendidas, outras circunstâncias que reconhecidamente dificultam a efetiva obtenção da planta por meio do cultivo, como o seu baixíssimo poder de germinação e de vir a nascer uma planta-fêmea capaz de gerar flores com THC em quantidade suficiente, como bem lembrou o ilustre representante do Ministério Público Federal, citando pesquisa científica acerca do tema em seu parecer:

A rigor, as sementes de maconha não se prestam à preparação de droga, “a não ser muito indiretamente, como ato final, por meio da semeadura, cultivo, colheita da planta e produção de droga ilícita.” 5 (g.n.). Segundo estudo realizado pelos peritos criminais federais Rafael S. Ortiz e Monique dos Reis, com as alunas do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 6 é baixíssima a probabilidade de uma semente germinar e vir a gerar as flores (parte utilizada para o consumo na forma fumada ou para produção do óleo medicinal). Confira-se:

(...)

No estudo acima ilustrado, foram utilizadas 73 amostras de sementes (frutos aquênios de *Cannabis sativa Linneu*) tratadas em condições semelhantes de germinação, fertilização e estufa preparada para a operação, à semelhança do que fazem os cultivadores em geral. Ainda assim, após 12 semanas, tempo considerado suficiente para a “colheita” das flores, restaram apenas 5 amostras aptas à produção da droga, ou seja, apenas 6,85% do total das sementes plantadas, sem contar que tal percentual pode ser ainda menor, visto que são apenas as plantas fêmeas que produzem as flores (“buds”), parte utilizada para o consumo na forma fumada ou cocção para extração do óleo medicinal.

Ora, se nem toda semente de maconha se transformará em planta, não há como se afirmar peremptoriamente, portanto, que a importação dessa semente constitui ato preparatório de produção de drogas ilícitas. A importação, na verdade, é ato pretérito à preparação, sendo, pois, atípico.

De outra banda, importa registrar que a conduta também não se enquadra no crime de contrabando, pois o núcleo do tipo é mercadoria proibida, no que se incluiriam mudas ou plantas, mas não as sementes, que não estão incluídas na Portaria SVS/MS 344/98/99 e nem na RDC/ANVISA 39/12, que atualizou as substâncias que devem ser tratadas como droga ou de controle especial, de modo a exigir proibição de importação e comércio.

Lembre-se, a propósito, que a ANVISA já atualizou as regras de importação de produtos à base de Canabidiol e Tetrahydrocannabinol (THC) para tratamento de saúde, permitindo “que pessoas com prescrição e laudo médicos comprem a planta da maconha in natura e outros artigos que contenham as substâncias presentes no vegetal, tais como cigarros, cosméticos, alimentos e sementes. Com as novas regras, passa a ser possível também adquirir compostos que contenham apenas o tetrahydrocannabinol (THC), responsável por efeitos psicoativos e analgésicos da maconha. Até agora, para entrar no país, o teor de THC desses medicamentos tinha que ser menor que o de canabidiol!”.<sup>7</sup> De fato, a RDC/ANVISA 66/2016, 8 publicada pela agência reguladora, permite a prescrição médica e a importação, por pessoa física, de produtos que contenham as substâncias Canabidiol e Tetrahydrocannabinol (THC) em sua formulação, exclusivamente para uso próprio e para tratamento de saúde.

De toda sorte, ainda que se entenda tratar-se de importação de mercadoria proibida, tipificando, assim, o contrabando, ainda assim não é o caso de se impor a condenação, em determinados casos, como o presente, em que a quantidade de produtos importados clandestinamente é ínfima, revelando a baixíssima potencialidade de dano.

No caso em tela, em que o recorrido importou somente 10 frutos aquênios da planta *Cannabis sativa Linneu*, tal situação indica que a eventual produção de drogas – se possível – seria destinada ao consumo próprio.

Vale lembrar, em remate, que a par das acaloradas discussões acerca da descriminalização das drogas, notadamente a maconha, matéria que ainda pendente de exame pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 635.659/SP, e da recente publicação da Portaria RDC/ANVISA n. 66/2016, que permite a importação de produtos que contenham Canabidiol e Tetrahydrocannabinol (THC) para tratamento de saúde, é de se ver que, especificamente acerca do tema posto em deslinde, em decisão proferida em 19 de outubro de 2016, o próprio Conselho Institucional do Ministério Público Federal fixou entendimento no sentido de que a importação de pequenas quantidades de sementes de maconha não é considerado crime, orientando seus membros, no exercício da atribuição de coordenação, quanto ao não oferecimento de denúncia nesses casos.

E, na hipótese em exame, verifica-se que o recorrente importou 10 frutos aquênios da planta *Cannabis sativa Linneu*, quantidade que evidencia que a futura produção de drogas, caso conseguisse fazer germinar alguma das sementes, seria destinada ao consumo próprio, sendo atípica a conduta imputada por falta de expressa previsão legal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau que rejeitou a denúncia por atipicidade do fato.

*É o voto.*

#### **VOTO VENCIDO**

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Senhor Presidente, fico vencido, já fiquei vencido em precedentes. Vejo tipicidade na importação de sementes de maconha, no crime de tráfico também e, em razão disso, divirjo da eminente Ministra Relatora.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 1.683.839-SP (2017/0170283-0)**

---

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Woo Dong Ik

Advogados: Alberto Zacharias Toron e outro(s) - SP065371

Luiza A Vasconcelos Oliver - SP235045

Jose Roberto Dias de Moura - SP000000

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

---

#### **EMENTA**

Processual Penal e Penal. Recurso especial. Art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. Art. 96 da Lei n. 8.666/1993. Crime material. Resultado naturalístico. Não demonstração do prejuízo à Fazenda Pública. Art. 4º, II, da Lei n. 8.137/93. Cartel. Ausência de descrição da concentração do poder econômico. Extinção da punibilidade reconhecida, de ofício. Prejudicado, no ponto, o recurso. Provimento para restabelecer a decisão de rejeição da denúncia.

1. Transcorrido lapso temporal superior a 8 anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, configura-se a perda da pretensão

punitiva estatal quanto ao delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, porquanto os fatos são anteriores à Lei n. 12.234/2010.

2. O tipo penal do art. 96 da Lei n. 8.666/1993, por se tratar de delito material, exige a ocorrência do resultado naturalístico, com descrito prejuízo à Fazenda Pública.

3. Ausente a demonstração do prejuízo causado à Fazenda Pública, sequer descrito, mormente porque a empresa que adjudicou o objeto da licitação não integrava o cartel referido na denúncia, vê-se a atipicidade da conduta imputada.

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

5. Não havendo descrição fática suficiente da concentração do poder econômico, ou de que os acordos ajustados teriam sido efetivamente implementados com domínio de mercado, não há falar em formação de cartel, porquanto não demonstrada ofensa à livre concorrência.

6. A ausência de descrição do efetivo prejuízo à Fazenda Pública exigido pelo art. 96 da Lei 9.666/93, uma vez que o bem licitado foi adjudicado a empresa estranha ao suposto cartel, e da demonstração do domínio de mercado exigido pelo art. 4º da Lei n. 8.137/1990, impõe o restabelecimento da decisão de rejeição da denúncia, com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

7. Declarada de ofício a extinção da punibilidade de *Woo Dong Ik*, quanto ao delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, e julgado prejudicado, nesta parte, o recurso especial, dando-lhe provimento para restabelecer a decisão de rejeição da denúncia, quanto aos demais delitos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator declarando de ofício a extinção da punibilidade, julgando prejudicado o recurso e dando

provimento ao recurso especial, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, por unanimidade, declarar de ofício a extinção da punibilidade, julgar prejudicado o recurso e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 19.12.2017

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que deu provimento a recurso em sentido estrito para receber a denúncia contra o recorrente.

Sustenta que, conjuntamente com diretores de outras multinacionais, foi processado pela *prática de formação de cartel* (art. 4º, inciso II, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei n. 8.137/1990), *fraude ao caráter competitivo da licitação* (art. 90 “caput” da Lei n. 8.666/1993) e *por fraude em prejuízo da Fazenda Pública* (art. 96, incisos I e V, da Lei n. 8.666/1993) (fl. 901).

Nas razões recursais, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, alega-se negativa de vigência dos arts. 41 e 395, III, do Código de Processo Penal, 96, I e V, e 90, *caput*, ambos da Lei n. 8.666/1993, e 4º, II, *a*, *b* e *c*, da Lei n. 8.137/1990.

Alega que, embora o acórdão *contenha frases genéricas sobre todos os crimes narrados na inicial acusatória, concretamente só falou mesmo dos crimes referidos nos arts. 4º da Lei n. 8.137/1990 e 90 da Lei n. 8.666/1993, não, porém, do relativo ao art. 96 do último diploma* (fl. 904), razão pela qual deve ser reconhecida a inépcia da denúncia quanto ao último delito por ausência de descrição das elementares do tipo penal.

Argumenta que, por se tratar de delito material, exige-se para o resultado naturalístico consistente no efetivo prejuízo para a Administração.

Aduz a atipicidade do crime de cartel, o qual *somente estará com a formação do acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, que tenha a possibilidade*

*concreta de alcançar os fins previstos nas alíneas a, b e c (fl. 923). No entanto, a própria inicial acusatória revela que os supostos “contatos anticompetitivos” travados entre os acusados não resultaram (ou mesmo visavam) o domínio do mercado de trens/metros, ou a eliminação da concorrência que atingisse todo o setor. O que a denúncia diz – e, portanto, é ao que se limita a acusação – é que os supostos ajustes fraudulentos objetivavam a adjudicação de 02 licitações, fato que, ainda que considerado verdadeiro para fins de argumentação, não configura o crime de cartel (fl. 924).*

Assevera, quanto ao art. 90 da Lei n. 8.666/1993, que a denúncia é destituída de qualquer viabilidade pelo simples desarranjo dos fatos (fl. 928), porquanto os acordos nela narrados, que teriam sido firmados pelas empresas participantes com o fito de fraudar licitações, não ocorreram, ou porque não existiram, ou porque se restringiram apenas à fase de cogitação.

Requer o restabelecimento da decisão que rejeitou a denúncia com fundamento no art. 395, III, do CPP.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso, ou, se conhecido, pelo improvimento.

Remetidos os autos para manifestação a respeito da ocorrência da prescrição quanto ao delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, o Ministério Público Federal ficou-se inerte.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Consta dos autos que o recorrente foi denunciado, como incurso nos arts. 4º, II, a, b e c, da Lei n. 8.137/1990, 90 e 96, I e V, ambos da Lei n. 8.666/1993, *pela prática das infrações penais abaixo descritas, envolvendo os Procedimentos Licitatórios CPTM – Aquisição de 320 carros – Concorrência Internacional n. 3834722011 e aquisição de 64 carros – Concorrência Internacional n. 8057822011; ambos da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos; em cartelização conhecida como price-fixing, bid-rigging, e market sharing, em detrimento da concorrência, da rede de empresas, formando um Cartel de Trens e Materiais Ferroviários* (fl. 4).

Rejeitada a denúncia, foi interposto recurso em sentido estrito, o qual foi provido para receber a inicial acusatória. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

A decisão que rejeitou a denúncia encontra-se assim fundamentada (fls. 666/671):

Posto isto, rejeito a denúncia.

Imputa-se aos denunciados a prática da conduta criminosa descrita no artigo 4º, inciso II, alíneas a, b e c, da Lei n. 8.137/1990, artigo 90, *caput*, e 96, inciso I e V, ambos da Lei n. 8.666/1993, nos termos do artigo 69, *caput*; do Código Penal.

No entanto, *padece a denúncia de justa causa para propositura de ação penal, eis que não há o mais leve indício de ocorrência de crimes.*<sup>4</sup>

Senão vejamos:

*A suposta cartelização praticada pelos denunciados, visando a elevação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte ferroviário, reproduzida nos e-mails transcritos às fls. 16/18 e 24/26 não passou de uma conversa inócua, desprovida de qualquer potencialidade lesiva.*

*Ora, a conversação entre dois dos participantes do processo concorrencial não criou nenhuma situação temerária, capaz de propiciar a dominação do mercado com a eliminação da concorrência que, nem de longe, foi obstaculizada.*

Consigne-se, ainda, que foi facultado aos participantes da concorrência, atuarem de forma consorciada, assim, as conversações entre os acusados podem muito bem ser traduzidas como tratativas que antecedem a formação de um consórcio. Por que não? E se posteriormente desistiram de tal intuito, não significa que objetivavam, *ab initio*, uma cartelização.

Nesse diapasão:

Esses ajustes ou acordos devem ter, portanto, a potencialidade de levar a eliminar a concorrência, bem fundamental para o mercado e a Ordem Econômica, dando causa, também, a um resultado no mundo fenomênico, qual seja, a geração de uma situação perigosa à manutenção da livre concorrência. (JÚNIOR, Miguel Reale - Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico / PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Anel organizadores - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. - (Coleção doutrinas essenciais; p. 1.100).

Conclui-se, daí, que *o autor pretende criminalizar uma ação que não passou de fase de pontuação de um possível consórcio ou, ainda, de uma cogitatio absolutamente ineficaz.* A antijuridicidade da conduta praticada não se resume à mera contrariedade com a norma penal vigente. Exige-se mais. Exige-se que a conduta tida como típica ofenda àquilo que o legislador tencionava proteger quando de sua criação. Não ocorrendo esta ofensa, não se há falar em ocorrência do crime.

Cabe-nos perquirir, portanto, sobre a possibilidade de afetação do bem protegido, sobre a lesão ou perigo concreto de lesão que a conduta supostamente praticada pode gerar, pois a simples presunção de “perigo” não caracteriza os crimes aqui discutidos.



Ressalte-se, também, que o próprio processo licitatório pela sua natureza, dificulta, quando não obsta, a formação de cartéis, ou seja, ele por si só é um instrumento apto a proteger a livre concorrência, objeto jurídico tutelado pela norma em comento, nomeadamente quando de âmbito internacional, como ocorrente neste caso.

Veja, a cartelização pressupõe a convergência de esforços de todos os participantes de modo a impedir que a Administração Pública alcance seu objetivo final, qual seja: a melhor proposta. No caso em tela, não é o que se depreende da denúncia e documentação anexa.

*A mais absoluta liberdade no processo licitatório e, por que dizer concorrencial, verificou-se, tanto que o certame foi vencido por empresa estranha ao pseudo cartel.*

Acresça-se a isto tudo, que o acordo de leniência celebrado pela Siemens Ltda e Siemens AG, também não se reveste de relevância necessária, já que não se extrai dele prova alguma da existência de crime, até porque "...por meio deste pacto, a União oferece a extinção da ação punitiva da Administração ou a redução da pena a ser aplicada pelo CADE, bem como a extinção da punibilidade quando a infração também constituir crime contra a Ordem Econômica, em troca da confissão da interessada e de sua colaboração no fornecimento de provas capazes de condenar os demais coautores." (MAZUCATTO, Paolo Zupo. Direito Penal Econômico e da Empresa: Direito Penal Econômico - PRADO, Luiz Regis. DOTT1, René Ariel organizadores - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 1.112) Ora, da lição decorre que o acordo de leniência não é indicativo absoluto da ocorrência de crime, podendo ocorrer tão somente para evitar penalização no âmbito administrativo.

No tocante às condutas criminosas descritas nos artigos 90, caput, e 96, incisos I e V, ambos da Lei n. 8.666/1993, a denúncia também deve ser rejeitada.

*O acordo supostamente praticado pelos denunciados não produziu nenhum efeito no processo licitatório. Os acusados perderam as duas licitações das quais participaram e o objeto adjudicado foi atribuído à empresa licitante vencedora e, nas que eventualmente venceram, foi porque ofertaram o menor preço. Ademais, todas as imputações feitas contra o ofertante vencedor restaram infrutíferas, inexistindo, portanto, qualquer ameaça concreta ao certame realizado. As empresas tidas como formadoras do cartel, tentaram de todas as formas anular o tanto se socorreram das vias judiciais, porém não lograram êxito.*

*Para a caracterização dos crimes imputados aos denunciados é imprescindível a demonstração efetiva de que a conduta por eles praticada foi revestida de concretude suficiente, capaz de possibilitá-los a alcançar o objeto almejado. No caso em tela, isto não se verifica, eis que absolutamente inócuas, ainda mais em se tratado de concorrência internacional.*

*Não é porque duas concorrentes sabem os valores que propõem em uma licitação é que haverá crime, nomeadamente quando, os demais concorrentes ofertarem*

*aquilo que entenderem adequado*. Esta situação, em hipótese alguma, caracteriza o crime de fraude a licitação.

Em suma, não basta a conduta adequar-se à descrição típica para que haja crime. É necessário que ela tenha potencialidade para ofender o bem jurídico que a norma penal pretende proteger. Veja-se, a propósito, a bem lançada lição de Romeu Salles Júnior, “Define-se antijuridicidade, sob o aspecto formal, como oposição a uma norma legal; e, sob o aspecto material como contrariedade do fato às condições de vida social, tendo em conta a tarefa do Estado de proteger pela norma bens essenciais (SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. Curso Completo de Direito Penal - São Paulo: Ed. Saraiva, 4ª edição, revista e aumentada 1995, p. 18).

A essência da questão é muito bem tratada por Welzel quando afirma “a antijuridicidade certamente não é um juízo, mas uma qualidade de desvalor, que o comportamento, por força de sua contradição com a ordem jurídica (grifo nosso) possui O juízo de valor que o juiz realiza, apenas constata essa relação contraditória” ou a afasta.

Pelo exposto, rejeito a denúncia nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Narra a denúncia que o recorrente, na qualidade de Gerente Geral da empresa Hyundai-Rotem, atuou, em conluio com os denunciados representantes das demais empresas, *a partir do mês de setembro de 2007 – em relação ao Projeto CPTM para aquisição de 320 e mais 64 carros, adiante explicado, e em várias ocasiões em datas diversas, em locais variados, nesta cidade de São Paulo; realizaram acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos* (fl. 5), encontrando-se os fatos integralmente descritos às fls. 4/28, abaixo sintetizados:

Da análise dos autos referidos, toma-se conclusivo que as referidas empresas, pelos respectivos denunciados, nos documentos dos autos e dos respectivos apensos, em irrefutável análise econômica das evidências e das provas (*economic analysis*); a partir do mês de setembro de 2007 - *em relação ao Projeto CPTM para aquisição de 320 e mais 64 carros, adiante explicado, e em várias ocasiões em datas diversas, em locais variados, nesta cidade de São Paulo; realizaram acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos.*

Previamente ajustados e com unidade de propósitos, os denunciados, e eventualmente outros não identificados, agindo em nome e para vantagem das empresas que representavam, *reuniam-se e/ou comunicavam-se por diversos meios, para dividir entre eles os objetos das Concorrências Internacionais n. 3834722011 e 8057822011 da CPTM com os respectivos contratos administrativos n.*

*STM/002/2008 e STM/002/09, que deveriam ser destinados a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo. Os denunciados, entretanto, deles tentaram se “assenhorar”, direcionando as licitações. Através de acordos fraudulentos, tentaram direcionar os consórcios, vencedor/perdedor, este com propostas pro-forma, procuraram dividir o mercado e os preços finais superfaturados, violando, assim, criminosamente, as Leis naturais da economia, especialmente a da livre concorrência.*

Nesse contexto, tendo a certeza e a consciência de serem, juntas, as empresas, dominadoras de considerável parcela do mercado; os denunciados tentaram fraudar, mediante ajuste e combinação, o caráter competitivo dos referidos procedimentos licitatórios com o objetivo de obter, para suas respectivas empresas, as quais detinham poder decisório, vantagem financeira decorrente dos objetos da adjudicação do contrato firmados com o Poder Público - CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. *Ainda nesse contexto, os denunciados, representando as respectivas empresas, fraudaram, em prejuízo da Fazenda Pública, licitações instauradas para aquisição e/ou venda de bens ou mercadorias, e os contratos delas decorrente, elevando arbitrariamente os preços e tomando, com suas condutas em Cartel, mais onerosas as propostas e as execuções dos contratos.* (Crimes contra a administração pública).

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

I. Síntese do histórico de conduta descrito 110 acordo de leniência

Acordo: Siemens, Alstom, Mitsui e Hyundai-Rotem coordenaram sua participação em dois processos licitatórios: Aquisição de 320 carros e 64 carros pela CPTM, *Houve contatos anticompetitivos entre Siemens e o Consórcio Alstom-Mitsui-Rotem.*

Resultado: O Consórcio Alstom-Mitsui-Rotem planejou vencer a licitação para fornecimento de 320 carros; enquanto a Siemens, a licitação seguinte, para fornecimento de 64 carros. *Ambos, o Consórcio Alstom-Mitsui-Rotem e a Siemens se subcontratariam mutuamente para fornecimento de materiais.* A CAF, entretanto, venceu ambas.

Os contratos anticompetitivos ocorreram nos projetos CPTM de aquisição de 320 e 64 canos e consistiram basicamente em:

1) Divisão das licitações entre concorrentes, isto é, a Alstom e a Siemens teriam acordado que a Alstom (em Consórcio com a Rotem) venceria a licitação dos 320 carros (e subcontrataria a Siemens) enquanto que a Siemens (em consórcio com a Mitsui) deveria vencer a licitação dos 64 carros (subcontratando a Alstom);

2) Tentativa de divisão do escopo da licitação após a apresentação das propostas comerciais, ou seja, a Siemens teria procurado a CAF, uma vez que a

proposta comercial desta empresa teria sido a melhor proposta apresentada, buscando uma subcontratação, em troca da desistência da Siemens de ação judicial interposta para desqualificar a CAF e

3) Suposta tentativa conjunta da Siemens e Hyundai-Rotem (empresa participantes de consórcios concorrentes) de desqualificar a CAF, para formar um novo consórcio entre essas duas empresas.

Síntese:

Inicialmente, Alstom e Siemens teriam combinado que a Alstom (juntamente com a Rotem) venceria a licitação dos 320 carros, enquanto a Siemens (juntamente com a Mitsui) venceria a licitação dos 64 carros. Devido ao curto prazo para apresentação da proposta, a Siemens AG decidiu pela não apresentação de proposta para o projeto de 320 carros. A Siemens Ltda, porém, resolveu apresentar uma proposta com altos valores para mitigar os riscos que o projeto envolvia, evitando, assim, o no show.

Após a abertura das propostas para o projeto dos 320 carros, verificou-se que a CAF havia apresentado a melhor proposta. Nesse sentido, a Siemens, que estava em segundo lugar, teria adotado duas ações (i) procurou negociar com a CAF a subcontratação da Siemens, e, em troca, a Siemens não iria propor recurso administrativo ou ação judicial contra a CAF; e (ii) a Siemens teria começado a negociar com a Hyundai-Rotem (que fazia parte do consórcio da Alstom) para, conjuntamente, as duas empresas tentarem desqualificar a CAF e, posteriormente, fornecerem um consórcio juntas.

Ao final, a CAF venceu a licitação e os recursos administrativo e judicial apresentados pela Siemens não foram bem sucedidos de forma que o contrato entre a CPTM e a CAF foi assinado em setembro de 2009, e a Siemens não foi subcontratada para este projeto. Quanto ao projeto dos 64 carros, a Siemens também não apresentou proposta. A licitação para este projeto também foi vencida pela CAF.

II - Relatório dos Procedimentos Licitatórios

II. 1. Concorrência Internacional n. 3834722011 da CPTM -Aquisição de 320 Carros

[...]

IV. Análise jurídica dos procedimentos licitatórios

As informações das Concorrências Internacionais n. 3834722011 e 8057822011, da CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, comparadas à descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, *comprovam a ocorrência da prática dos crimes de formação de cartel e de fraudes às licitações praticados pelos denunciados, representantes das empresas Siemens Ltda. ("Siemens"), Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. ("Alstom"), Mitsui & CO Ltd ("Mitsui"), e Hyundai-Rotem Company ("Rotem-Hyundai")*.

O “histórico de conduta” anexo ao acordo de leniência descreve que, nos anos de 2007 e 2008, estas empresas, através dos seus representantes os denunciados realizaram acordos anticompetitivos, comunicando-se de várias formas, mas especialmente através dos emails (cópias dos e-mails anexas) e frustraram a concorrência dos dois procedimentos licitatórios da CPTM mencionados para que para que, mediante prévia divisão das licitações, todas obtivesse vantagens decorrentes da adjudicação dos objetos licitados.

Esses fatos criminosos foram confirmados nas análises, conjunta e isolada, dos procedimentos licitatórios n. 3834722011 e 8057822011, da CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

*Da análise conjunta, constatou-se que as empresas cartelizadas, pelos denunciados, aproveitaram a execução das duas licitações em período próximo, aproximadamente 07 meses entre as publicações dos editais de ambas, para dividirem criminosamente os projetos da CPTM.*

Cientes que a CPTM iria realizar duas licitações para aquisição de trens, as empresas Siemens, Alstom, Mitsui e Hyundai-Rotem tiveram oportunidade para eleger quais seriam as vencedoras e as subcontratadas, sem concorrência entre elas, de forma que todas fossem contempladas com parcela dos projetos.

*Essa divisão foi possibilitada pelo “vazamento” - ilícito - de informações sensíveis sobre o procedimento licitatório do “Projeto 64 Carros” por parte de integrantes da CPTM, em circunstâncias não esclarecidas, considerando que a Siemens discutiu a divisão desse projeto cerca de 07 sete meses antes da publicação do respectivo edital<sup>39</sup>.*

Na análise específica do procedimento licitatório n. 3834722011 (“Projeto 320 Carros”), as informações do acordo de leniência também foram confirmadas.

De fato, as empresas Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai concorreram em consórcio, denominado Novotrem, e as empresas Siemens e CAF disputaram isoladamente, conforme e-mail enviado por integrantes da Siemens, transcrito no histórico de conduta do acordo de leniência.

*Nas primeiras negociações do cartel, as empresas haviam acordado que a Alstom e a Rotem-Hyundai formariam o consórcio; porém, avançadas as tratativas, especialmente com a desistência da Siemens AG da disputa, estabeleceram que o consórcio seria composto por Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai.*

*O acordo anticompetitivo visava que Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai (Consórcio Novotrem) vencesse a disputa, enquanto a Siemens seria subcontratada.*

Embora não interessada na vitória e sob promessa da subcontratação pelo Consórcio Novotrem, a Siemens apresentou documentos e propostas neste procedimento licitatório.

*A conduta dos integrantes da Siemens revelou nítida intenção de falsear a concorrência e dar “cobertura” às empresas que venceriam a disputa, especialmente*

*para conferir, tão somente, aparência de disputa e neutralizar eventuais ataques de empresas não alinhadas ao cartel (Bid Rigging).*

Essa proposta “pro-forma” de cobertura da Siemens, característica manobra anticompetitiva, foi constatada, acima de tudo, pelo valor da proposta apresentada, muito acima das concorrentes, sendo 40% sobre o valor da CAF e 31% sobre o valor do Consórcio Novotrem.

Trata-se de cenário não afetado pela classificação final da Siemens, no segundo lugar da licitação, já que, conforme mencionado no acordo de leniência, as empresas não sabiam ao certo, quais seriam as conseqüências do cálculo dos impostos e da margem de preferência no resultado final do certame.

Restou evidenciado, pois, que a Siemens não disputou efetivamente a licitação.

Com a publicação desse resultado, o acordo de leniência descreve que a Siemens cogitou duas estratégias para que o cartel vencesse a disputa: a adoção de medidas para desclassificação da CAF ou a negociação de parcela do projeto com a CAF, em troca da não impugnação da classificação deste.

Constatou-se, na análise do procedimento licitatório, que a Siemens escolheu a primeira opção, consistente na tentativa de desclassificação da CAF, tendo em vista que recorreu administrativamente contra o resultado do certame.

Essa tática, entretanto, não obteve sucesso, uma vez que a Comissão de Licitação negou provimento ao recurso administrativo da Siemens, mantendo a vitória da CAF na licitação.

Dessa forma, os denunciados, representantes da Siemens, Alstom, Mitsui e Hyudai-Rotem executaram conduta anticoncorrencial no procedimento licitatório n. 3834722011 (“Projeto 320 Carros”) da CPTM, mas não conseguiram obter a adjudicação do objeto da licitação, em virtude da intervenção da CAF, empresa não alinhada ao cartel.

Quanto ao procedimento licitatório n. 8057822011 (“Projeto 64 Carros”), o acordo de leniência mencionou que representantes da Siemens realizaram contatos para celebração de acordo anticompetitivo com a Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai.

No âmbito do cartel, a Siemens postulou a vitória no “Projeto 64 Carros”, em troca da derrota no “Projeto 320 Carros”, reservado para o consórcio formado pelas empresas Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai.

Entretanto, este acordo anticompetitivo não foi implementado no procedimento licitatório n. 8057822011, tendo em vista a desistência da Siemens em disputar o ‘Trajeto 64 Carros’, sem, ao menos, apresentar documentos e propostas.

A disputa restringiu-se às empresas CAF - Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. e Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., sagrando-se vencedora a primeira, com diferença considerável entre os valores das propostas comerciais (R\$ 70.430.927,86).

Dentre as provas colhidas nos autos, selecionamos alguns e-mails, relatórios e comunicações internas:

[...]

E-mail enviado por Alexander Flegel para Woo Dong Ik:

[...] 64 carros da CPTM (São Paulo). Tanto quanto é do meu conhecimento, o anúncio público deste projeto aconteceu em março. Estaríamos muito interessados em participar com a Rotem. Em relação a este projeto, lembrei-me de sua gentil pergunta, se queremos cooperar no projeto de 320 carros da CPTM. Pensando nisto, seria adequado tentar desqualificar a CAF (que são neste momento a licitante n. 1 para o projeto de 320 carros da CPTM) e combinar ambos os projetos e ganhar a concorrência com a Rotem e a Siemens juntas. [...]

E-mail enviado por Woo Dong Ik para Alexander Flegel (Resposta):

[...] Em relação aos projetos brasileiros e de Cingapura mencionados neste texto, o Sr. C.H. Toh ou meus colegas que pertencem à equipe para o exterior farão mais contatos com o senhor mais cedo ou mais tarde. [...] Reconfirmo a reunião acima principalmente com base em agenda para os projetos relacionados abaixo e quaisquer outras oportunidades de negócio.

*Confirmado, assim, que as empresas Siemens, Alstom, Mitsui e Hyundai-Rotem realizaram acordo anticoncorrencial nas Concorrências Internacionais n. 3834722011 e 8057822011 da CPTM, mas não obtiveram sucesso na adjudicação dos objetos contratuais de ambos procedimentos licitatórios ("Projeto 320 Carros" e "Projeto 64 Carros"), em razão da concorrência da CAF, empresa não alinhada ao cartel.*

#### V - Conclusão

Diante desse quadro, *concluiu-se que há evidências graves, precisas e concordantes da prática dos crimes previstos nos artigos 90 da Lei n. 8.666/1993, e no artigo 4º da Lei n. 8.137/1990, pelos denunciados, integrantes das empresas referidas, juntamente com indivíduo(s) não identificado(s), da Mitsui.*

Assim é que, conluídas, estas empresas, por intermédio dos seus representantes ora denunciados, fraudaram o procedimento licitatório e estabeleceram regras próprias do cartel. Reuniam-se e/ou comunicavam-se de forma a fixar os valores, apresentar proposta pro-forma e de modo que a Empresa/ Consórcio que deveria vencer, violando assim criminosamente as Leis naturais da economia, especialmente a da livre concorrência. Os denunciados, com suas condutas, fraudaram os Procedimentos Licitatórios referidos da CPTM; que se destinavam a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo.

Em face do exposto, considerando que em um mercado concorrencial honesto os agentes econômicos não têm aptidão de, individualmente, influenciar as regras de oferta/procura e livre concorrência; que os denunciados, através da utilização dos respectivos cargos e designações nas empresas buscaram a fixação artificial de preços, a apresentação de propostas pro-forma e divisão dos objetos dos referidos contratos, com a maximização de seus lucros, e valendo-se de ações concertadas dividiram-no entre si as licitações em sistemas de “direcionamentos” das concorrências mediante *price-fixing*, *bid-rigging* e *market-share*, utilizando também de Consórcios fraudulentos para empresas previamente eleitas pelo grupo, que artificialmente criam distorções ao bom funcionamento desse mercado, *denuncio-os* como incursos nas penas do artigo 4º II “a”, “b” e “c” da Lei n. 8.137/1990 (crime contra a ordem econômica)-, e também como incursos nas penas dos artigos 90 “caput” e 96 I e V da Lei n. 8.666/1993 (crimes contra a administração pública) - crimes também consumados; c.c. artigo 69 “caput” do Código Penal, para que sejam citados e processados nos termos da Lei - rito do Código de Processo Penal, até final condenação, ouvindo-se oportunamente as pessoas abaixo arroladas.

Sustenta o recorrente inépcia da inicial acusatória ao argumento de que (a) o crime do art. 96 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração de resultado naturalístico consistente em efetivo prejuízo para a Administração, por se tratar de delito material; (b) os acordos narrados, que teriam sido firmados pelas empresas participantes, com o fito de fraudar licitações, não ocorreram, ou porque não existiram, ou porque se restringiram apenas à fase de cogitação; (c) *os supostos contatos anticompetitivos travados entre os acusados não resultaram (ou mesmo visavam) o domínio do mercado de trens/metros, ou a eliminação da concorrência que atingisse todo o setor*, pois, conforme delimitado pela acusação, referiam-se à adjudicação de duas licitações, fato que não configura o crime de cartel.

O voto condutor fundamentou o recebimento da denúncia (fls. 873/878):

Com efeito, *a rejeição da denúncia não foi acertada* - e aqui, visto isso, como acima referido, não se verifica necessidade de análise sobre o momento de sua rejeição na Primeira Instância. Através de uma análise atenta e minuciosa dessa peça inicial acusatória, verifica-se que o órgão da acusação, após uma meticulosa e esmiuçada investigação sobre fatos e condutas, tendo formado a *opinio delicti*, diante do que constava nos documentos acostados aos autos, confrontados com os dizeres legais dispostos na tipificação dos crimes imputados aos denunciados (cf. fls. 02127), narrou o fato considerado criminoso, com todas as suas circunstâncias, ressaltando, a final, que os denunciados deveriam responder pela acusação das práticas dos crimes contra a ordem econômica e contra a



administração pública. A peça inicial de acusação, como se vê, obedeceu, à risca, o enunciado do artigo 41 do Código de Processo Penal. As condições da ação penal estão presentes e concorrentes. Cabia, então, o efetivo recebimento da denúncia, para que a instância penal se instaurasse, com regularidade, eis que há indícios de autoria da infração penal atribuída ao recorrido.

A autoria e a materialidade dos delitos restaram apuradas na fase do Procedimento Investigatório Criminal (cf. cópias juntadas). E o lúcido e alentado parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, oferecido nos autos do mencionado Recurso em Sentido Estrito n. 0042111-58.2014.8.26.0050, bem aponta nessa direção, pois, "... já no despacho de fls. 530 dos autos, o MM. Juiz referiu expressamente que "Pelos documentos juntados aos autos, há evidências da formação de cartel entre as empresas apontadas na denúncia visando, pelo menos a elevação artificial de preços praticados em licitações promovidas por órgãos públicos estaduais. Tais indícios permitem que se estabeleça a relação jurídico-processual. ..." Insta acentuar ser entendimento pacífico o de ambos os crimes - de formação de cartel e fraude à licitação - são formais, não se exigindo a efetiva burla à concorrência, bastando entabulação de acordos visando a fraude à concorrência, ainda que essa, efetivamente, não chegue a termo" (cf. fls. 769/770). O artigo 4º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, diz que o crime se constitui quando o convênio visa determinado objetivo; e o artigo 90 da Lei n. 8.666/1993, diz que o delito se constitui quando o ajuste (entre os agentes) fraudula o caráter competitivo da licitação com o objetivo de obter vantagem. Ou seja, são crimes formais, repita-se. Nesse momento, não há necessidade de entrarmos no mérito das condutas.

Continuando, o Nobre Procurador oficiante escreve: - "Ademais, as condutas delituosas dos denunciados, incluída a do recorrido, foram suficientemente delineadas na peça acusatória, não havendo que se exigir mais do que foi apresentado, até porque, nesta fase, vigora o princípio do in dúbio pro societate" (cf. fl. 774).

A questão relativa ao "acordo de leniência" celebrado pela empresa Siemens, de fato 'não é indicativo absoluto da ocorrência de crime, podendo ocorrer tão somente para evitar penalização no âmbito administrativo" (grifo nosso - cf. fl. 714), mas não é um indício, e forte, da ocorrência de crime? E como acima já ressaltado, nessa fase ainda vigora o in dúbio pro societate.

A troca de e-mails relatada, narrada e copiada na denúncia (cf. fls. 16/18 e 23/25), também não é prova absoluta da intenção da prática de cartel pelos acusados, mas não podemos apenas entender tais conversas como uma "cogitatio absolutamente ineficaz" (cf. fl. 713), pois, aqui, também entendemos que se trata de um dos indícios do cometimento de delitos contra a ordem econômica e contra a administração pública.

Assim, observa-se que os fatos e condutas descritos na pormenorizada inicial acusatória, em princípio, constituem os delitos previstos no artigo 4º, inciso II, "a", "b" e "c", da Lei n. 8.137/1990, e nos artigos 90, "caput", e 96, incisos I e V, ambos da Lei

*n. 8.666/1993, em concurso material; os quais devem ser apurados, regularmente, pois há claros e irrefutáveis indícios de sua materialidade e autoria. Em uma análise perfunctória do procedimento investigatório, inicialmente, não há como se concluir pela inexistência desses delitos.*

Como se vê, havia justa causa para a persecução em juízo.

Imprescindível o recebimento da denúncia e a instauração da instância penal.

No decorrer da instrução criminal, assegurados o contraditório e a ampla defesa, serão colhidas as provas, que serão analisadas e valoradas por ocasião da oferta da prestação jurisdicional.

*A decisão recorrida, data venia, valorou, inadequadamente, em momento não oportuno, o mérito da ação, o que é inadmissível. Os argumentos expostos ali, embora respeitáveis, não devem subsistir. A certeza, ou não, da responsabilidade penal do recorrido e dos outros denunciados, só será alcançada depois de terminada a instrução criminal, pois, do mesmo modo como não se aceita condenação precipitada, desrespeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, também não se aceita absolvição prematura. Nesse passo, data maxima venia, toda a argumentação do Ilustre Magistrado a quo, seja na decisão atacada, seja no despacho que a manteve, não pode prevalecer.*

A acusação se propôs, ao oferecer a alentada denúncia, demonstrar, durante a instrução criminal, que houve a prática de crimes, com todos os seus contornos. Como já se ressaltou, houve estrita observância do que vem disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal. Logo, *era incabível a rejeição, de plano - ainda que já apresentada defesa escrita -, da peça acusatória, sem dar à Justiça Pública a oportunidade de produzir a prova que confirmasse a acusação, não se deslembrando que, ao mesmo tempo, dar-se-ia à defesa o seu pleno exercício, assegurando-se os postulados constitucionais já referidos.* Portanto, a conduta do recorrido, em tese, é típica e antijurídica, sendo inviável coarctar, de pronto, a atividade persecutória, promovida, legitimamente, pelo Ministério Público, eis que há dados perceptíveis da viabilidade da propositura da ação penal.

[...]

O Ilustre Juiz a quo, com a devida vênia, entendeu que os fatos e condutas ora apreciados não constituem infrações penais, porque, em síntese, não continham “qualquer potencialidade lesiva”, não existiu nenhuma “antijuridicidade” nas condutas, não houve “lesão ou perigo concreto de lesão” ao bem jurídico protegido pela lei, e os acordos em tese firmados entre os acusados não produziram “nenhum efeito no processo licitatório”, ou seja, não houve “concretude suficiente” nas condutas (cf. fls. 711/716). Mas, como acima já disposto, não cabe aqui adentrar no mérito da causa, o qual deverá ser melhor apurado durante a instrução criminal.

Por fim, destaca-se, novamente, que houve, inegavelmente, antecipação indevida da análise do mérito, coarctando a atuação do Ministério Público, titular da ação penal.

Assim, não obstante os respeitáveis argumentos do Digno Magistrado que proferiu a decisão, em Primeira Instância, o reclamo ministerial, reforçado em Segunda Instância, há que ser acolhido e em consequência o recurso interposto deve ser provido.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial, para receber a denúncia oferecida, também contra Woo Dong Ik, devendo o feito prosseguir, regularmente, até final julgamento.

Inicialmente, verifico a existência de questão prejudicial ao mérito, em relação do delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, em razão da superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, que ora a declaro com fundamento no art. 61 do CPP.

O delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 prevê a pena máxima em abstrato de 4 anos de reclusão.

Nos termos do art. 109, IV, do CP, prescreve em 8 anos a pretensão punitiva estatal, se o máximo da pena é superior a 2 anos e não excede a 4.

Assim, transcorrido lapso temporal superior a 8 anos desde a data dos fatos em 2.5.2008, data do recebimento e abertura dos documentos e propostas da última licitação (f. 16), até a data do recebimento da denúncia, em 30.6.2016, configura-se a perda da pretensão punitiva estatal, porquanto os fatos são anteriores à Lei n. 12.234/2010.

Passo, assim, ao exame dos demais delitos imputados ao recorrente: art. 96 da Lei n. 8.666/1993 e art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei n. 8.137/1990.

A extinção da ação penal por falta de justa causa ou por inépcia formal da denúncia, situa-se no campo da excepcionalidade. Somente é cabível o trancamento da ação penal quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

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

Dispõe o art. 96, I e V, da Lei n. 8.666/1993:

*Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:*

I - elevando arbitrariamente os preços;

(...)

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

O tipo penal do art. 96 da Lei n. 8.666/1993, por se tratar de delito material, exige a ocorrência de resultado naturalístico, consistente no prejuízo à Fazenda Pública, que deve ser demonstrado na inicial acusatória, normalmente efetivado *no momento em que a Administração paga ao fornecedora fatura relacionada ao bem ou mercadoria fornecida* (Crimes na Lei de Licitações. FREITAS, André Guilherme Tavares de, 3. ed. RJ: Impetus, 2013).

Na presente ação penal, contudo, não há referência a efetivo prejuízo suportado pela Fazenda Pública. Segundo o acordo de leniência, reportado na inicial acusatória, as empresas Siemens, Alstom, Mitsui e o consórcio Hyundai-Rotem coordenaram a participação em dois processos licitatório para a aquisição de 320 carros e 64 carros pela CPTM. Os contatos anticompetitivos mencionados no acordo de leniência previam o seguinte (fl. 6):

Inicialmente, Alstom e Siemens teriam combinado que a Alstom (juntamente com a Rotem) venceria a licitação dos 320 carros, enquanto a Siemens (juntamente com a Mitsui) venceria a licitação dos 64 carros. *Devido ao curto prazo para apresentação da proposta, a Siemens AG decidiu pela não apresentação de proposta para o projeto de 320 carros.* A Siemens Ltda, porém, resolveu apresentar uma proposta com altos valores para mitigar os riscos que o projeto envolvia, evitando, assim, o no show.

*Após a abertura das propostas para o projeto dos 320 carros, verificou-se que a CAF havia apresentado a melhor proposta.* Nesse sentido, a Siemens, que estava em segundo lugar, teria adotado duas ações (i) procurou negociar com a CAF a subcontratação da Siemens, e, em troca, a Siemens não iria propor recurso administrativo ou ação judicial contra a CAF; e (ii) a Siemens teria começado a negociar com a Hyundai-Rotem (que fazia parte do consórcio da Alstom) para, conjuntamente, as duas empresas tentarem desqualificar a CAF e, posteriormente, fornecerem um consórcio juntas.

*Ao final, a CAF venceu a licitação e os recursos administrativo e judicial apresentados pela Siemens não foram bem sucedidos de forma que o contrato entre a CPTM e a CAF foi assinado em setembro de 2009, e a Siemens não foi subcontratada para este projeto. Quanto ao projeto dos 64 carros, a Siemens também não apresentou proposta. A licitação para este projeto também foi vencida pela CAF*

Logo adiante, no tópico *III Histórico dos fatos e descrição do crime de formação de cartel*, registrou a denúncia que a *Siemens e Hyundai-Rotem não conseguiram fraudar a licitação, mas formaram Cartel em acordos anticompetitivos* (fl. 22).

Já no capítulo *IV Análise Jurídica dos procedimentos licitatórios*, registra novamente o órgão acusatório que *os denunciados, representantes da Siemens, Alstom, Mitsui e Hyundai-Rotem executaram conduta anticoncorrencial no procedimento licitatório n. 3834722011 (Projeto 320 Carros) da CTPM, mas não conseguiram obter a adjudicação do objeto da licitação, em virtude da intervenção da CAF, empresa não alinhada ao cartel* (fl. 25).

Refere a denúncia, em outro trecho, que *a Siemens postulou a vitória no Projeto 64 Carros em troca da derrota no Projeto 320 Carros, reservado para o consórcio formado pelas empresas Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai. Entretanto, este acordo anticompetitivo não foi implementado no procedimento licitatório n. 8057822011, tendo em vista a desistência da Siemens em disputar o Projeto 64 carros, em, ao menos, apresentar documentos e propostas. A disputa restringiu-se às empresas CAF – Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. e Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda, consagrando-se vencedora a primeira* (fl. 25).

Assim, conforme registrou a própria decisão de rejeição da denúncia, *O acordo supostamente praticado pelos denunciados não produziu nenhum efeito no processo licitatório. Os acusados perderam as duas licitações das quais participaram e o objeto adjudicado foi atribuído à empresa licitante vencedora e, nas que eventualmente venceram, foi porque ofertaram o menor preço* (fl. 669). Ausente, portanto, indicação ou demonstração do efetivo prejuízo causado à Fazenda Pública, mormente porque a empresa vencedora do certame não integrava o aludido cartel, efetivamente não há descrição de fato típico, sendo inepta a denúncia quanto ao delito do art. 96 da Lei 8.666/96.

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

Exige-se então a demonstração de que os acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo o domínio de mercado, assim caracterizado por *uma posição de força econômica de que goza uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado relevante, ao permitir-lhe,*

*em medida considerável, comportar-se de forma independente em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores* (Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180).

No caso, as tratativas descritas na denúncia referiam-se apenas a duas licitações, uma para contratação de 320 vagões e a outra para aquisição de 64 vagões, consoante se extrai da inicial acusatória (fl. 18):

Entre 27 de setembro de 2007 e 1º de outubro de 2007, Nelson Branco Marqueti, diretor de transporte da Siemens relatou a Friedrich Smaxwill – membro do conselho regional da Siemens AG; que a Siemens *pretendia combinar com a Alstom, em conduta anticompetitiva sua participação nos preços de aquisição dos 320 e 64 carros. Ficou combinado que a Alstom venceria a licitação dos 320 carros e subcontrataria a Siemens para fornecer truques e inversores auxiliares. Em troca, na licitação seguinte dos 64 carros, a Siemens venceria e subcontrataria a Alstom. Na licitação dos 64 carros a Siemens teria a Mitsui como parceira de consórcio e a Rotem, parceira de consórcio da Alstom no processo licitatório dos 320 carros não participaria.*

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

Ademais, quanto ao elemento subjetivo previsto no tipo, *apesar de sua efetiva consecução, em linha de princípio, ser desnecessária, no caso do crime de formação de cartel, todavia, para que ocorra a consumação, será preciso que estas metas sejam implementadas* (Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p 213).

Consta da denúncia, no que se reporta à análise jurídica dos procedimentos licitatórios, que *No âmbito do cartel, a Siemens postulou a vitória no “Projeto 64 Carros”, em troca da derrota no “Projeto 320 Carros”, reservado para o consórcio formado pelas empresas Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai. Entretanto, este acordo anticompetitivo não foi implementado no procedimento licitatório n. 8057822011, tendo em vista a desistência da Siemens em disputar o “Trajeto 64 Carros”, sem, ao menos, apresentar documentos e propostas* (fl. 25).

Assim, sendo insuficiente a descrição fática de que os acordos caracterizariam a concentração do poder econômico e de que os ajustes teriam sido efetivamente implementados com domínio de mercado, não há falar em

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

Percebe-se, assim, a ausência de mínima descrição do efetivo prejuízo à Fazenda Pública exigido pelo art. 96 da Lei n. 8.666/1993, uma vez que o bem licitado foi adjudicado a empresa estranha ao suposto cartel; do domínio de mercado exigido pelo art. 4º da Lei n. 8.137/1990 para a caracterização do cartel e da demonstração de que as tratativas não ultrapassaram a fase de cogitação, devendo, portanto, ser restabelecida a decisão de rejeição da denúncia, com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, voto por declarar de ofício a extinção da punibilidade de *Woo Dong Ik*, quanto ao delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, com fundamento no art. 109, IV, do CP, assim restando prejudicado no ponto seu recurso, e dar provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão de rejeição da denúncia quanto aos demais delitos.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 1.691.901-RS (2014/0210097-8)

---

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Volmir Minuzzi

Advogado: Carlos Roberto do Nascimento e outro(s) - RS035340

Recorrido: Ministério Público Federal

---

#### EMENTA

Recurso especial. Lavagem de capitais. Dissídio jurisprudencial. Inadmissibilidade. Paradigma em *habeas corpus*. Recurso fundado na



alínea *a*. Violação dos arts. 69 e 70 do CP. Tese de que a denúncia está calcada nos mesmos fatos que subsidiariam ação penal anterior. Improcedência. Fatos distintos. Mera relação de causalidade (lavagem precedida do crime de peculato). Ofensa ao art. 384 do CPP. Suposta ilegalidade na incidência de majorante. Julgamento *extra petita*. Improcedência. Denúncia que descreveu a prática de diversos crimes de lavagem, em continuidade delitiva. Descrição que possibilitou a conclusão, firmada na sentença, de que o crime foi perpetrado de forma habitual. Violação dos arts. 1º e 2º do CP. *Novatio legis in pejus*. Improcedência. Sentença que considerou a redação da majorante vigente à época dos fatos. Exclusão da majorante. Inadmissibilidade. Súmula 7/STJ. Violação do art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998. Tese de que o aresto impugnado teria confundido o benefício com a colaboração premiada prevista na Lei das Organizações Criminosas. Improcedência. Aresto que concluiu que o dispositivo contempla uma hipótese de colaboração premiada. Entendimento que encontra amparo na exposição de motivos da norma e em doutrina. Tese de que o recorrente faz jus à benesse. Procedência. Benefício que, na forma da Lei da Lavagem de Capitais, independe de prévio acordo ou ajuste, por ausência de previsão legal. Possibilidade de colaboração unilateral. Efeito alternativo atingido (apuração dos crimes), por meio de escritura pública. Colaboração espontânea. Reconhecimento. Devolução ao Tribunal *a quo* para decidir acerca dos benefícios, inclusive redimensionando a pena no que couber. Execução provisória obstada até a solução do ponto na origem.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em *habeas corpus* servir de paradigma para fins de comprovação de alegado dissídio jurisprudencial (AgRg no AREsp n. 993.565/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º.2.2017).

2. Não há falar em violação dos arts. 69 e 70 do Código Penal, pois os fatos que subsidiaram a presente ação são distintos daqueles que ensejaram a condenação do recorrente em outro processo; a única relação é de causalidade, pois o crime de peculato antecedeu o delito de lavagem de dinheiro.

3. Embora a denúncia não tenha mencionado a causa de aumento do art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, o julgamento não foi *extra*



*petita* pelo reconhecimento da majorante, pois a denúncia narrou a existência de vários delitos de lavagem, circunstância que permitiu ao Magistrado concluir que o delito foi perpetrado de forma habitual.

4. Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defende daqueles fatos e não de sua capitulação inicial.

5. Não há ofensa aos arts. 1º e 2º do Código Penal, pois o Magistrado não considerou a redação ulterior do art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998 – com a modificação advinda da Lei n. 12.683/2012 –, mas a redação vigente à época dos fatos delituosos, já que reconheceu a circunstância de que o crime foi perpetrado de *forma habitual*.

6. Inviável rever a conclusão da instância ordinária, no sentido de que o crime foi perpetrado de forma habitual, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

7. O art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998, contempla hipótese de colaboração premiada que independe de negócio jurídico prévio entre o réu e o órgão acusatório (colaboração premiada unilateral) e que, desde que efetiva, deverá ser reconhecida pelo magistrado, de forma a gerar benefícios em favor do réu colaborador.

8. Ao menos um dos efeitos exigidos pela norma foi alcançado, qual seja, a apuração das infrações penais, pois há explícita referência no acórdão à existência de escritura pública na qual o recorrente prestou esclarecimentos substanciais à apuração do delito antecedente (peculato) e subsequente (lavagem).

9. A instância ordinária reconheceu que o recorrente faz jus à atenuante da confissão espontânea, circunstância que evidencia, de forma irrefutável, o caráter espontâneo da colaboração.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido, a fim de reconhecer que o recorrente faz jus ao disposto no art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998, devendo o Tribunal *a quo*, após a baixa dos autos, decidir, de forma fundamentada, qual ou quais benefícios, dentre os previstos na norma, serão aplicados em favor do recorrente, redimensionando a pena no que couber; mantido incólume o efeito da decisão de fls. 3.024/3.029 (suspensão da execução

provisória da pena) até que o ponto acolhido seja solucionado no Tribunal *a quo*.

### 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, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

---

DJe 9.10.2017

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: *Volmir Minuzzi* foi denunciado pela suposta prática do crime tipificado no art. 1º, V, da Lei n. 9.613/1998, na forma do art. 71 do Código Penal (continuidade delitiva), pois, consoante acusação, *por meio da utilização de pessoas interpostas e de pessoas fictícias, nos períodos entre 8.4.1999 e 3.4.2001 (ocultação de movimentação financeira) e entre março de 2000 até a presente data (ocultação de propriedade de bens), ocultou, em nome dessas, a movimentação e a propriedade de valores provenientes diretamente de crime contra a administração pública (art. 312, § 1º, do CP) – fl. 5.*

A dinâmica do ilícito foi assim descrita na peça acusatória (fls. 6/7 – grifo nosso):

[...]

II.a - Movimentação financeira em nome de pessoas fictícias

A fim de ocultar a movimentação e a propriedade de valores sacados da conta geral do PASEP, o denunciado **Volmir Minuzzi** depositou, entre 08.04.1999 e 20.04.2000, em dinheiro, pelo menos, R\$ 185.300,00 (cento e oitenta e cinco mil e trezentos reais) nas contas tituladas pelos fictícios João Paulo Silva Conceição

(BB, agência 3765-6, conta n. 010.001.130-6) e Carlos Alberto Santos (BB, agência 3765-6, conta n. 010.005.353- X), consoante aponta o Relatório de Fiscalização realizado pela Delegacia da Receita Federal em Santa Maria/RS (fls. 23-35, Autos de Expediente, vol. I) e, em especial, a planilha “Anexo 5” (fls. 47-50, Autos de Expediente, vol. I).

Para tanto, o denunciado **Volmir Minuzzi** criou duas contas em nome de pessoas fictícias utilizando números de Cadastro de Pessoa Física — CPF existentes pertencentes a clientes de outros bancos (fls. 180-181, anexo 1) na agência do Banco do Brasil em São Vicente do Sul/RS (agência 3765-6): em nome de Carlos Alberto Santos criou, em 07.05.1999 (fl. 101, anexo 2, vol. I) conta com o CPF n. 214.035.380-34 (pertencente contribuinte Mário Camargo Rodrigues); e em nome de João Paulo Silva Conceição abriu, em 21.05.1999 (fl. 121, anexo 2, vol. I), conta com o CPF n. 215.770.800-68 (pertencente ao contribuinte Antão da Silva Vargas). Importante salientar que os depósitos foram efetuados por *Volmir Minuzzi* em valores não coincidentes aos saques ilicitamente realizados — crime antecedente — em momento anterior (fl. 180, anexo 1).

A análise das movimentações financeiras das contas tituladas pelos fictícios Carlos Alberto Santos (fls. 101-117., anexo 2, vol. I) e João Paulo Silva Conceição (fls. 121- 134, anexo 2, vol. I) e o modus operandi empregado pelo denunciado *Volmir Minuzzi* — criação de contas em nome de pessoas inexistentes e os consequentes depósitos de valores ilicitamente obtidos — demonstram claramente a intenção de *Volmir Minuzzi* de ocultar a movimentação e a propriedade do produto do ilícito.

II.b - *Movimentação financeira em nome de familiares De modo semelhante, o denunciado Volmir Minuzzi depositou, entre 02.06.2000 e 03.04.2001, em dinheiro, pelo menos, R\$ 387.572,00 (trezentos e oitenta e sete mil, quinhentos e setenta e dois reais) nas contas tituladas por seus familiares — consoante aponta o Relatório de Fiscalização realizado pela Delegacia da Receita Federal em Santa Maria/RS (fls. 23-35, Autos de Expediente, vol. I) e, em especial, a planilha “Anexo 5” (fls. 47-50, Autos de Expediente, vol. I) — com recursos provenientes dos saques ilícitos da conta geral do PASEP no Banco do Brasil.*

Para tanto, o denunciado *Volmir Minuzzi* fez uso, assim como mantinha controle, das contas bancárias de (fls. 76-77):

- a) Davi Minuzzi (CPF n. 059.962.240-00), seu pai, conta n. 40888-0, agência 0486-3 da CEF;
- b) Miria Terezinha Minuzzi (CPF n. 255.288.070-34), sua esposa, contas n. 4172-8 e n. 6522-1, agência 0486-3 da CEF;
- c) Giulliano Gazzolla Minuzzi (CPF n. 826.506.240-00), seu filho, conta n. 010.005.852-3, agência 3765-5 do BB; conta n. 390202.66.0-6, agência 0240-23 do Banrisul; conta n. 33457-5, agência 0486-3 da CEF; conta n. 16052-3, agência 0503 da CEF;

d) Giancarlo Gazzolla Minuzzi (CPF n. 826.506.080-72), seu filho, conta n. 010.005.853-14, agência 3765-5 do BB; conta n. 390202.65.0-9, agência 0240-23 do Banrisul; conta n. 33458-3, agência 0486-3 da CEF; conta n. 16053-1, agência 0503 da CEF;

e) Chrissie Gazzolla Minuzzi (CPF n. 826.506.830-15), sua filha, conta n. 010.005.854-X, agência 3765-5 do BB; conta n. 390202.64.0-1, agência 0240-23 do Banrisul; conta n. 33459-1, agência 0486-3 da CEF.

Mais uma vez, ao depositar os valores obtidos ilicitamente em diversas contas tituladas por pessoas diferentes — ainda que familiares —, sobre as quais mantinha pleno controle, o denunciado *Volmir Minuzzi* ocultou movimentações financeiras, bem como a propriedade, de valores advindos diretamente de atividade criminosa. Importa salientar que as referidas contas foram abertas com esse único propósito.

II.c — Ocultação de bens imóveis em nome de familiares

Por fim, *com o objetivo de ocultar a propriedade dos valores subtraídos, o denunciado Volmir Minuzzi adquiriu dois imóveis em nome alheio — de seus filhos — em 24.03.2000 e em 06.11.2000, os quais assim mantém até hoje.*

Vale ressaltar que, *muito embora o denunciado Volmir Minuzzi, em valores nominais, tenha ressarcido em parte (R\$ 477.275,21) a quantia subtraída (R\$ 860.084,46), ainda remanesceu valor de R\$ 382.809,25 não corrigido a ser ressarcido, para o qual o denunciado não apontou o destino.* Parte desses recursos foi ocultada e imobilizada por *Volmir Minuzzi*, o qual ocultou a propriedade dos seguintes imóveis:

a) Imóvel situado na Rua Sete de Setembro, 885, em Jaguari/RS, adquirido em 24.03.2000 no valor declarado na época de R\$ 40.000,00 em nome de *Giancarlo Gallolla Minuzzi* (CPF n. 826.506.080-72) e *Giulliano Gallolla Minuzzi* (CPF n. 826.506.240-00), registrado no Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Jaguari/RS sob a matrícula n. 652, cujo valor de mercado atualmente é de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais) (fls. 160-161);

b) Imóvel situado em Cerro São Miguel, 1º Distrito, em Jaguari/RS, adquirido em 06.11.2000 no valor declarado na época de R\$ 10.000,00, em nome de *Giancarlo Gallolla Minuzzi* (CPF n. 826.506.080-72), *Giulliano Gallolla Minuzzi* (CPF n. 826.506.240-00) e *Chrissie Gallolla Minuzzi* (CPF n. 826.506.830-15), registrado no Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Jaguari/RS sob a matrícula n. 5.403, cujo valor de mercado atualmente é de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) (fls. 160-161).

[...]

A denúncia foi recebida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Porto Alegre – SJ/RS (fl. 2.297).

Finda a instrução, o acusado foi **condenado** às sanções previstas no art. 1º, inciso V, da Lei n. 9.613/1998, no que diz respeito à movimentação financeira em nome de pessoas fictícias e filhos, e registro do imóvel urbano em nome dos filhos, à pena privativa de liberdade estabelecida em 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto (CP, art. 33, § 2º, b) e 164 (cento e sessenta e quatro) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, na forma do art. 33, § 2º, b, do CP, e ao pagamento de 63 (sessenta e três) dias-multa, equivalendo o valor do dia multa à 1/4 (um quarto) do salário-mínimo vigente à época do término dos fatos (abril de 2001); e **absolvido** quanto aos fatos relativos à movimentação financeira efetuada em contas bancárias de Miria Terezinha Minuzzi e de Davi Minuzzi, e ao registro em nome dos filhos do imóvel rural situado em Cerro São Miguel, 1º Distrito, em Jaguari/RS (matrícula n. 5.403 do Registro de Imóveis da Comarca de Jaguari/RS), com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP (fls. 2.672/2.687).

Contra a sentença, a defesa apelou. Julgado em 5.11.2013, o recurso foi desprovido, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 2.836):

Penal. Lavagem de dinheiro. Art. 1º, V, da Lei n. 9.613/1998. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria. Readequação. Substituição da pena. Inviabilidade.

1. Há autonomia entre o delito antecedente à lavagem (peculato) e o delito de lavagem de ativos, sobretudo em decorrência da diversidade de bens jurídicos tutelados.

2. Embora tenha sido extinta a punibilidade do réu pela prescrição da pretensão punitiva, restou comprovada a ocorrência do delito antecedente, não havendo prejuízo ao processo e julgamento do réu pelo delito de lavagem de dinheiro (art. 2º, II, da Lei n. 9.613/1998).

3. A quantidade de contas abertas em nome de pessoas fictícias e dos filhos, em bancos distintos e em datas posteriores à demissão do réu, não deixa dúvidas quanto à intenção de fracionar e pulverizar os valores subtraídos do PASEP, dificultando a identificação de movimentações atípicas e a futura localização dos valores, configurando-se a prática da lavagem de ativos.

4. Quanto à reprimenda corporal, merece reforma a sentença no tocante à valoração da atenuante do art. 65, III, d, do CP e da causa de aumento do § 4º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, com a redação vigente à época dos fatos.

5. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em função do quantitativo da pena aplicada (CP, art. 44, I).

Em face do aresto, sobreveio a oposição de aclaratórios (fls. 2.863/2.875), os quais foram rejeitados (fl. 2.886):

Processual Penal. Embargos de declaração. Contradição. Omissão. Inexistência. Art. 384 do CPP. Inaplicabilidade. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. Prequestionamento.

1. Constando da denúncia fatos inerentes ao tipo definido em sentença, não há necessidade de se proceder à *mutatio libelli*, tendo sido oportunizado ao réu defender-se das imputações.

2. Ausente omissão, obscuridade ou contradição, são incabíveis os embargos declaratórios, que não servem à rediscussão do julgado. A desconformidade do embargante com a rejeição das teses que entende cabíveis deve ser atacada pelo meio processual idôneo e não pela via estreita dos embargos de declaração.

Ainda inconformada, a defesa interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal.

Primeiramente, suscitou violação dos arts. 69 e 70 do Código Penal, aduzindo que ação penal sob exame versa acerca dos mesmos fatos que consubstanciaram objeto de outra ação, em que o recorrente foi processado e condenado.

Subsidiariamente, apontou violação do art. 384 do Código de Processo Penal, aduzindo que é inviável o reconhecimento da causa de aumento (art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998), pois a referida majorante não consta da denúncia, sobretudo ante a falta de descrição da habitualidade delitiva.

Nesse particular, ainda suscitou a existência de dissídio jurisprudencial, indicando, como paradigma, acórdão proferido no julgamento do HC n. 149.139/DF (Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma).

Na sequência, sustentou violação dos arts. 1º e 2º do Código Penal, aduzindo que a habitualidade delitiva – circunstância indispensável para o reconhecimento da majorante (art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998) na redação vigente à época dos fatos – não se confunde com a reiteração delitiva, reconhecida no acórdão impugnado; sendo que, ao considerar a reiteração suficiente, a Corte de origem teria utilizado de circunstância prevista em norma ulterior, ofendendo os preceitos indicados.

Em continuidade, apontou violação do art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998, afirmando que a Corte de origem confundiu a minorante em questão com a delação premiada prevista na Lei de Combate ao Crime Organizado.

Sustentou, nesse aspecto, que o recorrente cumpriu todos os requisitos previstos no dispositivo indicado, sendo desnecessária a reparação total do dano, já que a lei não faz tal exigência (fls. 2.896/2.924).

A Corte de origem inadmitiu o recurso com fundamento na Súmula 7/STJ (fls. 2.943/2.945). Daí, sobreveio o presente agravo (fls. 2.953/2.961).

Nesta Corte, o feito foi distribuído ao Ministro Nefi Cordeiro (fl. 2.973).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 2.976/2.977):

Penal e Processual Penal. Agravo em recurso especial inadmitido. Análise que demandaria o reexame de fatos e provas. Óbice da Súmula n. 7/STJ. Pelo desprovimento do agravo. Recurso especial. Lavagem de capitais. Negativa de vigência aos arts. 69 e 70 do Código Penal. Inexistência. Não se confundem o peculato (crime antecedente) e a lavagem de ativos. Precedentes. Aplicabilidade ao caso da majorante disposta no § 4º do art. 1º da Lei n. 7.492/1986. Habitualidade da prática criminosa que justifica o aumento da pena. Desnecessidade de aditamento da denúncia, já que a habitualidade já se encontrava descrita na denúncia, certo que o réu se defende dos fatos descritos e não da capitulação lançada na exordial. Inaplicabilidade da minorante prevista no § 5º, do art. 1º, da Lei n. 9.613/1998. Não preenchimento dos requisitos legais.

1. De acordo com a jurisprudência sedimentada dessa C. Corte Superior, afigura-se correto o decisum de inadmissibilidade do recurso, pois a análise das questões dispostas pelo recorrente, por demandar necessariamente o reexame de fatos e provas, é vedada em sede de recurso especial, diante do óbice da Súmula n. 7 desse C. Tribunal Superior.

2. Constatou-se que as condutas descritas na denúncia da presente ação penal são autônomas e, em sua maioria, posteriores ao seu período consumativo, das condutas caracterizadoras do peculato. É evidente a inexistência de confusão ou coincidência entre os crimes de peculato e de lavagem de ativos, como corretamente decidido pelo Tribunal de origem.

3. O entendimento desse C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, "o crime de lavagem de dinheiro é autônomo, e, conquanto exija o delineamento dos indícios de cometimento de uma infração penal antecedente, com ela não guarda qualquer relação de dependência para efeito de persecução penal".

4. A aplicação da majorante de habitualidade se deu com base nos fatos narrados na denúncia, bem como diante de uma detida análise do vasto lastro probatório constante dos autos, o qual confirmou que o recorrente investia na prática delituosa de lavagem de capitais de forma reiterada e frequente.

5. Constatado pelas instâncias ordinárias que o recorrente não colaborou espontaneamente e na medida necessária para a apuração da infração penal,

bem como para a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, não há que se cogitar em aplicação da causa de diminuição do parágrafo 5º, do artigo 1º, da Lei n. 9.613/1998, cabendo a incidência da atenuante da confissão, como corretamente decidido.

7. Parecer pelo desprovimento do agravo, pois correta a decisão que inadmitiu o recurso especial. Caso, porém, seja conhecido e provido o agravo, deve-se negar provimento ao recurso especial.

Em petição subsequente, protocolizada em 29.7.2016, o órgão ministerial solicitou preferência no julgamento com a imediata expedição de guia de execução provisória (fl. 2.995).

O recorrente, por sua vez, protocolizou petição em 7.4.2017, na qual pugnou pela suspensão da ordem de prisão emitida pelo Juízo processante ou pelo julgamento imediato do presente recurso (fls. 2.999/3.015).

Em decisão, datada de 14/8/2017, o Ministro Nefi Cordeiro declarou-se impedido (fl. 3.019). Os autos, então, vieram a mim, por força de redistribuição (fl. 3.022).

Em decisão, datada de 24.8.2017, determinei a atuação do agravo como recurso especial (art. 253, parágrafo único, II, *d*, do RISTJ); e deferi a tutela de urgência postulada, determinando a suspensão da execução provisória da pena, inclusive com o recolhimento do mandado de prisão, se expedido (fls. 3.024/3.027).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal ratificou o parecer de fls. 2976/2.991 (fl. 3.041).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): O recurso especial é manifestamente inadmissível quanto ao dissídio jurisprudencial suscitado, pois a jurisprudência deste Superior Tribunal é pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em *habeas corpus* servir de paradigma para fins de comprovação de alegado dissídio jurisprudencial (AgRg no AREsp n. 993.565/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º.2.2017).

No mesmo sentido, destaco que:



[...] 1. "A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em sede de *habeas corpus*, mandado de segurança e recurso ordinário servir de paradigma para fins de alegado dissídio jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório, eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial" (AgRg no REsp n. 998.249/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª S., DJe 21.9.2012). [...]

(REsp n. 1.645.712/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 4.5.2017)

Quanto ao recurso especial fundado na alínea *a*, não merece acolhida a alegada violação dos arts. 69 e 70 do Código Penal, pois a simples leitura da peça acusatória evidencia que *os fatos noticiados na denúncia são distintos daqueles que ensejaram a condenação do recorrente na Ação Penal n. 2001.71.02.001870-5 (3ª Vara Federal de Santa Maria – SJ/RS)*.

Ora, na ação penal anterior, o acusado foi denunciado e condenado pelo crime de tipificado no art. 312, § 1º, c/c o art. 71 do Código Penal (peculato em continuidade delitiva); enquanto que, na presente, foi denunciado pelo crime de lavagem de dinheiro, em continuidade delitiva (art. 1º, V, da Lei n. 9.613/1998 c/c o art. 71 do CP).

Não há identidade entre os fatos; a única relação entre os feitos é de causalidade; o crime de peculato antecedeu o delito de lavagem de dinheiro, pois, ao que consta da peça acusatória, a lavagem foi perpetrada com vistas a ocultar a *movimentação e a propriedade de valores provenientes do crime contra a administração pública*.

A questão foi bem solucionada no acórdão hostilizado (fl. 2.826):

[...]

O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita. Não há falar, pois, em continuidade do crime de peculato, sobretudo à vista da diversidade dos bens jurídicos tutelados, sendo certo que *a lavagem de dinheiro decorreu dos crimes de peculato*.

[...]

Também não vislumbro ofensa ao art. 384 do Código de Processo Penal.

Nesse particular, a tese do recorrente é de que a incidência da causa de aumento (art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998) consubstanciou julgamento *extra petita*, pois a majorante em questão não constou da denúncia.

Sucedede que, a simples leitura da peça acusatória, revela que foi imputado ao recorrente a *prática de vários crimes de lavagem*, perpetrados em diversas ocasiões, no período compreendido entre 8.4.1999 e 3.4.2001 (fl. 5):

[...]

De acordo com as informações trazidas aos autos, o denunciado *Volmir Minuzzi*, por meio da utilização de pessoas interpostas e de pessoas fictícias, nos períodos entre 08.04.1999 e 03.04.2001 (ocultação de movimentação financeira) e entre março de 2000 até a presente data (ocultação de propriedade de bens), ocultou, em nome dessas, a movimentação e a propriedade de valores provenientes diretamente de crime contra a administração pública (art. 312, § 1º, do Código Penal).

[...]

*Não por acaso a denúncia indicou a causa de aumento do art. 71 do Código Penal (continuidade delitiva).*

O Magistrado, por ocasião da sentença condenatória, reconheceu a prática de diversos eventos delituosos e, com base nesse premissa, concluiu que o crime foi perpetrado de *forma habitual*, circunstância apta a ensejar a aplicação da causa de aumento do art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998 (na redação vigente à época dos crimes). Eis o que consta da sentença (fl. 2.685):

[...]

*Tendo sido o crime cometido de forma habitual, incide a causa de aumento prevista no § 4º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, aplicada no grau máximo, de dois terços, considerado o tempo de duração da habitualidade (abril de 1999 a abril de 2001), elevando a pena a 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão.*

[...]

Tal contexto, não vislumbro necessidade de aditamento da peça (art. 384 do CPP), até mesmo porque estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto *o réu se defende daqueles fatos e não de sua capitulação inicial*.

Em caso análogo, esta Corte assim decidiu:

[...] 2. Embora a denúncia não tenha capitulado expressamente a conduta do Paciente no art. 71 do Código Penal, o julgamento não foi *extra petita* pelo reconhecimento da continuidade delitiva. O erro na capitulação da infração penal pelo Ministério Público não torna inepta a denúncia.

3. O réu, em nosso sistema processual penal, defende-se da imputação fática e não da *imputatio iuris*, logo, restando caracterizada a *emendatio libelli* e não *mutatio libelli*, desnecessária a observância das disposições do art. 384 caput e parágrafo único do Código de Processo Penal. [...]

(HC n. 61.143/RO, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 17.12.2007)

Quanto à suposta violação dos arts. 1º e 2º do Código Penal, a irresignação defensiva também não merece acolhida.

Ao contrário do que alega a defesa do recorrente, o Magistrado não considerou a redação ulterior do art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998 – com a modificação advinda da Lei n. 12.683/2012 –, mas a redação vigente à época dos fatos delituosos, já que reconheceu a circunstância de que o crime foi perpetrado de *forma habitual* (fl. 2.685).

Aliás, a Corte de origem, ao manter a majorante em questão, decidiu no mesmo sentido (fl. 2.883):

[...]

A ocultação de valores sacados irregularmente entre 11.5.1998 e 20.04.2000, resultantes da prática do crime de peculato, por meio de depósitos em diversas contas bancárias e pela aquisição de imóveis em nome alheio nos períodos entre 08.04.1999 e 03.04.2001 (ocultação de movimentação financeira) e entre março de 2000 até a presente data (ocultação de propriedade de bens) *caracteriza a habitualidade exigida para a incidência da causa de aumento prevista no art. § 4º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998*, não havendo falar em omissão do *decisum* quanto ao ponto.

[...]

Embora o recorrente alegue que os elementos apurados não indiquem a ocorrência da habitualidade delitiva, mas mera reiteração, é certo que modificar a conclusão do julgador, nesse aspecto, demandaria o reexame de fatos e provas, providência vedada na via especial (Súmula 7/STJ).

Por fim, no que se refere à suposta violação do art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998, não assiste razão ao recorrente quando alega que a Corte de origem confundiu o dispositivo em questão com a colaboração premiada prevista na Lei n. 9.034/1995 (posteriormente revogada pela Lei n. 12.850/2013).

A Corte de origem concluiu que o disposto no art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998 *é uma hipótese de colaboração premiada* (fl. 2.883):

[...]

A Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/1998), em seu art. 1º, § 5º, elenca hipótese de delação premiada cujo benefício não se restringe apenas à redução da sanção. Tal diploma cria, de forma inédita, causa de extinção da punibilidade, regra própria de execução e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

[...]

Não há nenhuma confusão ou equívoco em tal assertiva.

Embora a redação da lei não seja clara acerca da natureza do referido instituto, a exposição de motivos da norma (Lei n. 9.613/1998) não deixa dúvida de que a intenção do legislador foi de criar efetivamente uma forma de obtenção de prova por meio da colaboração do réu (colaboração premiada):

[...]

52. Estimulando a prática da colaboração espontânea por parte dos agentes do delito, o projeto reduz sensivelmente a pena e, conforme o caso concreto, admite o perdão judicial ou a substituição por pena restritiva de direito, quando o co-autor ou partícipe prestar esclarecimentos aptos à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores a eles diretamente relacionados (art. 1º, § 5º).

53. *Essa orientação de Política Criminal, consubstanciada no direito premial, já é consagrada em nosso sistema positivo* (art. 25, § 2º, da Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional; parágrafo único do art. 8º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos; parágrafo único do art. 16 da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; e o art. 6º da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre meios operacionais relativos às ações praticadas por organizações criminosas).

54. *A chamada do co-réu ou a indicação do local onde esteja o produto da lavagem ou da ocultação, independentemente de configurarem atitudes de arrependimento do autor, co-autor ou partícipe, constituem brechas na organização criminosa que devem ser enfrentadas não somente pelos órgãos estatais como também por forças sociais externas. A infidelidade criminal constitui a violação de um dos deveres elementares da organização criminosa. A quebra da afecctio societatis - o rompimento da omertà - é um dos fatos positivos para o combate mais vigoroso contra certos tipos de infratores. Um sistema legal moderno não pode ignorar esse*

*fenômeno, mas, ao reverso, deve extrair dele os dividendos favoráveis à comunidade de pessoas honestas.*

[...]

No mesmo sentido, trago a doutrina de Gustavo Badaró e Piepaolo Botini:

[...] O § 5º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 disciplina os efeitos materiais da colaboração espontânea ou delação premiada. [...]

(BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei n. 9.613/1998, com as alterações da Lei n. 12.683/2012*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 222).

Quanto ao argumento de que o recorrente faz jus ao benefícios do dispositivo em questão, entendo adequado uma breve digressão acerca do instituto em referência.

A colaboração premiada prevista na Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013) é um negócio jurídico processual personalíssimo (HC n. 127.483/PR, Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 4.2.2016), pois a lei efetivamente prevê a celebração de um acordo celebrado entre o réu colaborador e o órgão acusatório, cabendo ao Juízo a homologação e, por ocasião da sentença, a avaliação da eficácia para fins de concessão dos benefícios ajustados.

Ocorre que, na Lei de Lavagem de Capitais, não há previsão de acordo nem mesmo do procedimento para a colaboração do réu; nesse particular, a colaboração se assemelha com aquela prevista no art. 41 da Lei n. 11.343/2006:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

O consectário lógico da ausência de previsão de ajuste ou de acordo prévio é a possibilidade de *colaboração premiada unilateral*, ou seja, *colaboração que independe de negócio jurídico prévio celebrado entre o réu e o órgão acusatório* e que, desde que efetiva, deverá ser reconhecida pelo magistrado, de forma a gerar benefícios em favor do réu.

Nesse quadro, a inexistência de acordo, como no caso dos autos, não obstaculiza o reconhecimento da benesse pretendida; cabe apenas perquirir se os efeitos citados na norma foram efetivamente alcançados.

O Juízo processante firmou que a colaboração do recorrente não foi espontânea, além do que não foi devolvido o total desviado (fl. 2.685):

[...]

Não há espaço para incidência do § 5º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, que trata de colaboração premiada uma vez que a colaboração do réu *não foi espontânea*, mas subseqüente à descoberta do desvio dos valores e após ser procurado pelos advogados do Banco do Brasil. Mais que isso, *até a presente data não foi devolvido o total desviado, prosseguindo, até o presente momento, a busca judicial da reparação.*

[...]

A Corte de origem, ao julgar a apelação defensiva, considerou idônea a fundamentação lançada (fl. 2.852):

[...]

Não incide na espécie o § 5º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, que trata da delação premiada, seja porque a colaboração do réu não foi espontânea, seja porque até a presente data não foi devolvido o total desviado. Por outro lado, conforme bem salientou o julgador monocrático, 'não há lugar para a incidência do art. 16 do CP, que requer a recuperação integral do dano (STJ, REsp 200501127370, Fischer, 5ª. T., u., 10.4.2006), por ato voluntário do agente, o que não se deu no caso em tela.

[...]

Na redação vigente à época dos fatos (anterior ao advento da Lei n. 12.683/2012), exigiam-se *dois efeitos alternativos da colaboração prestada* para que o réu colaborador fizesse jus aos benefícios mencionados na norma, quais sejam, que o réu prestasse esclarecimentos que conduzissem à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos e valores objetos do crime:

[...]

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à *apuração das infrações penais e de sua autoria* **ou** à *localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.*

[...]

A redação superveniente (com as alterações advindas da Lei n. 12.683/2012) estipulou três efeitos para que a colaboração seja considerada eficaz, todos alternativos:

[...]

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à *apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.*

[...]

Parece-me claro aqui, examinando com cuidado os fatos descritos no acórdão impugnado, que ao menos um dos efeitos exigidos pela lei, na redação atual, foi alcançado, qual seja, *a apuração das infrações penais.*

Ora, há explícita referência no acórdão à existência de escritura pública na qual o recorrente prestou esclarecimentos substanciais à apuração do delito antecedente (peculato) e subseqüente (lavagem) – fl. 2.844:

[...]

Em Escritura Pública de Confissão de Dívida firmada em 4.12.2000, *Volmir* declarou que os valores sacados irregularmente da conta geral do PASEP foram depositados em contas-poupança abertas também de forma irregular em nome de João Paulo Silva Conceição (conta n. 10001130-6) e em nome de Carlos Alberto Santos (conta n. 10005353-X), ambas na agência 3765 do Banco do Brasil, em São Vicente do Sul/RS (e. 1, INQ10, fls. 84/85).

[...]

Nessa perspectiva, um dos fundamentos utilizados na instância ordinária para obstar a benesse (ausência de devolução integral dos valores) efetivamente é inidôneo, pois, considerando que o primeiro efeito foi atingido, *a colaboração deve ser tida como eficaz, ainda que parcialmente.*

No que se refere ao fundamento de que a colaboração não foi espontânea, entendo que não há como mantê-lo, pois a instância ordinária reconheceu, em favor do recorrente, a atenuante da confissão espontânea, circunstância que evidencia, de forma irrefutável, o caráter espontâneo da colaboração.

Com efeito, entendo que o recorrente faz jus ao disposto no art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998, devendo o Tribunal de origem, após a baixa dos autos, decidir, de forma fundamentada, qual ou quais benefícios, dentre os previstos na norma, serão aplicados em favor do recorrente, redimensionando a pena no que couber.

Em face do exposto, *conheço em parte* do recurso especial e, nessa extensão, *dou-lhe parcial provimento*, a fim de reconhecer que o recorrente faz jus ao disposto no art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998, devendo o Tribunal *a quo*, após a baixa dos autos, decidir, de forma fundamentada, qual ou quais benefícios, dentre os previstos na norma, serão aplicados em favor do recorrente, redimensionando a pena no que couber; mantido incólume o efeito da decisão de fls. 3.024/3.029 (suspensão da execução provisória da pena) até que o ponto acolhido seja solucionado no Tribunal *a quo*.