



Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 354.800-AP (2016/0109920-3)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Impetrante: Cicero Borges Bordalo Junior e outro
Advogado: Cícero Borges Bordalo Junior e outro(s) - AP000152
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
Paciente: Maria Orenilza de Jesus Oliveira

EMENTA

Habeas corpus. Artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 e 312 do Código Penal. Acordo de colaboração premiada. Ação penal originária. Homologação/rejeição por decisão monocrática. Possibilidade. Agravo regimental Cabimento. Análise do acordo de colaboração premiada. Emissão de juízo de valor sobre as declarações do colaborador e conveniência e oportunidade pelo magistrado. Impossibilidade. Análise circunscrita à legalidade, voluntariedade e regularidade do negócio jurídico-processual. Eficácia objetiva do acordo. Momento processual. Prolação da sentença. Ordem concedida.

1. A colaboração premiada “é uma técnica especial de investigação, um meio de obtenção de prova, por meio da qual um coautor e/ou partícipe da infração penal para, além de confessar a prática delitativa, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal, informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal” (DE LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora JusPODIVM, 3ª edição, 2015, pg. 524).

2. É possível ao Desembargador Relator, monocraticamente, homologar ou rejeitar o acordo de colaboração premiada, dada à sua natureza jurídica como meio de obtenção de prova e ao poder instrutório conferido ao julgador.

3. A decisão que rejeita o acordo de colaboração premiada possui conteúdo decisório, pois capaz de produzir modificação na esfera jurídica material e processual daqueles que o celebraram, bem como gerar-lhes prejuízos, razão pela qual a simples ausência de previsão

normativa na Lei n. 12.850/2013 quanto a eventual recurso cabível, não tem o condão de tornar o *decisum* irrecorrível. Tratando-se de decisão monocrática proferida por Desembargador Relator, cabível o recurso de agravo interno por aplicação analógica das disposições do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

4. Quando da remessa do acordo de colaboração premiada ao Poder Judiciário, este, por meio de seus agentes públicos, deve se limitar, dentro de seu juízo de delibação, conforme disposição expressa do artigo 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013, à verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, não lhe sendo permitido, neste momento, proceder à realização de juízo de valor acerca das declarações prestadas pelo colaborador e nem à conveniência e oportunidade acerca da celebração deste negócio jurídico processual.

5. O exame quanto à eficácia objetiva da colaboração e às circunstâncias elencadas no artigo 4º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013 devem ser realizadas quando da prolação da sentença.

6. No caso dos autos, nula a decisão do Desembargador Relator que, para justificar a rejeição do acordo de colaboração premiada, procede a amplo juízo de valor acerca das declarações prestadas pela colaboradora, bem como da conveniência e oportunidade sobre o acerto ou desacerto da realização do acordo entre o Ministério Público e a ré e do momento processual em que efetivado, por ter excedido à análise dos requisitos de legalidade, voluntariedade e regularidade do negócio jurídico processual, exame ao qual encontrava-se limitado.

7. Ordem concedida para anular a decisão proferida pelo Desembargador Relator nos autos do Procedimento Cautelar Criminal n. 0000371-47.2016.8.03.0000 referente à decisão acerca da homologação de acordo de colaboração premiada nos autos da Ação Penal n. 0001417-13.2012.8.03.0000, devendo ser proferida nova decisão pelo Relator nos limites do artigo 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013.



ACÓRDÃO

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

unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 26.9.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Maria Orenilza de Jesus Oliveira*, apontando como autoridade coatora o Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá que deixou de homologar acordo de colaboração premiada nos autos do Processo Cautelar n. 0000371-47.2016.8.03.0000.

Consta dos autos que a paciente foi denunciada em 19.9.2012 como incurso nos arts. 288 e 312, ambos do Código Penal, nos arts. 89, parágrafo único, e 90, da Lei n. 8.666/1993, e no art. 1º da Lei n. 9.613/1998, tendo o processo se iniciado perante o Tribunal de Justiça, em virtude do foro por prerrogativa de função de alguns denunciados.

Narra a defesa que a paciente, inicialmente, negou a autoria dos delitos a si imputados.

Informam os impetrantes que, em 14.3.2016, a paciente firmou acordo de colaboração premiada como o Ministério Público antes do julgamento da Ação Penal Originária n. 0001417-13.2012.8.03.0000, tendo, na ocasião, discorrido sobre novos fatos e novos autores que igualmente se encontrariam envolvidos nos fatos apurados neste Procedimento Criminal, informando, inclusive, o beneficiário do esquema. Após a assinatura do acordo, este fora submetido ao crivo do Desembargador Relator em 15.3.2016, o qual, contudo, não homologou o acordo de colaboração premiada, sendo a paciente submetida a julgamento pelo Plenário do Tribunal local, na qual restou condenada à pena de 4 (quatro) anos de detenção pela prática do crime previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 e 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão pelo delito tipificado no artigo 312 do Código Penal.

Afirmam, ademais, que tanto a defesa quanto o Ministério Público interpuseram agravos regimentais contra a decisão monocrática que não homologou o acordo, pugnando pela reconsideração do *decisum*, porém negou-se seguimento ao recurso, monocraticamente.

No presente *mandamus*, insurgem-se, em síntese, contra a não homologação do acordo de colaboração premiada, haja vista estarem presentes os requisitos da Lei n. 12.850/2013, defendendo violação do artigo 4º, § 3º, do mencionado Estatuto Normativo, já que o julgamento da ação penal originária pelo Plenário teria ocorrido sem que os seus componentes tivessem conhecimento acerca da colaboração premiada realizada.

Aduz a defesa que, a despeito da realização da colaboração premiada, o Tribunal teria imposto sanção mais gravosa que aquela objeto de acordo com o Ministério Público do Amapá.

Observa que, apesar da não homologação do acordo, o Desembargador Relator teria determinado a instauração do Processo Cautelar n. 0000371-47.2016.8.03.0000 com fundamento nas declarações realizadas no acordo de colaboração premiada.

Alega que, uma vez indeferido o acordo de colaboração premiada monocraticamente, de rigor o agravo regimental interposto desta decisão fosse remetido à apreciação do órgão colegiado.

Sustenta que a homologação pelo Magistrado deve limitar-se, nos termos do artigo 4º, § 8º, da Lei n. 12.850/2013 à análise da regularidade, legalidade e voluntariedade, não sendo permitido ao Juiz proceder à valoração de mérito das declarações prestadas pelo colaborador.

Pondera que houve violação do artigo 4º, § 3º, da Lei n. 12.850/2013 pelo Desembargador Relator ao determinar o prosseguimento da ação penal quanto à paciente apesar da existência de acordo de colaboração premiada.

Pugna, liminarmente, pela suspensão da marcha processual. No mérito, pede seja determinada a homologação do acordo de colaboração premiada, anulando-se o julgamento da ação penal.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 129/130.

Informações prestadas às e-STJ fls. 138/143.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *mandamus* (e-STJ fls. 147/151).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Preliminarmente, necessário ressaltar que, a despeito da ausência de manifestação pelo Colegiado do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá quanto às questões debatidas neste *writ*, não há que se falar em supressão de instância ou necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias, isso porque, em se tratando de ação penal originária perante aquela Corte e, em havendo decisão monocrática proferida pelo Desembargador Relator nos autos da Ação Penal n. 0001417-13.2012.8.03.0000 deixando de homologar o acordo de colaboração premiada efetivado entre o Ministério Público Estadual e a ora paciente, competente é este Tribunal Superior para análise deste *mandamus* nos termos do artigo 105, I, c, da Constituição Federal.

O presente *writ* tem como escopo o enfrentamento das seguintes teses defensivas: possibilidade do Desembargador Relator homologar, monocraticamente, o acordo de colaboração premiada; cabimento de agravo regimental contra esta decisão e limites de atuação do Magistrado quando da homologação do acordo de colaboração premiada.

A colaboração premiada “é uma técnica especial de investigação, um meio de obtenção de prova, por meio da qual um coautor e/ou partícipe da infração penal para, além de confessar a prática delitativa, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal, informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal” (DE LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Editora JusPODIVM, 3ª edição, 2015, pg. 524).

E, é justamente pela natureza de meio de obtenção de prova que, no âmbito dos Tribunais, após a celebração do acordo de colaboração premiada entre os representantes do Ministério Público, colaborador e advogados, compete ao Desembargador Relator, dentro do juízo que lhe é conferido pelo artigo 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013, a homologação ou recusa do respectivo acordo decorrente de seu poder instrutório, conforme já decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal em Questão de Ordem nos autos da Pet. n. 7.074/DF em sessão realizada no dia 29.6.2017 e cuja certidão de julgamento assentou que “nos limites dos § 7º e § 11 do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013, e incisos I e II do artigo 21 do RISTF, reafirma-se a atribuição do Relator para, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada”.

E, no mesmo sentido, o seguinte julgado daquela mesma Corte Suprema:

EMENTA *Habeas corpus*. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. *Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)*. [...]

2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal).

3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei n. 12.850/2013), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013).

[...]

12. *Habeas corpus* do qual se conhece. Ordem denegada.

(HC 127.483, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.8.2015, Processo Eletrônico DJe-021 divulg 03.02.2016 public 04.02.2016).

Assim, correta a análise monocrática quanto à homologação do acordo de colaboração premiada realizada pelo Desembargador Relator na origem. Todavia, após a referida decisão monocrática, tanto o Ministério Público quanto a defesa protocolaram pedidos de reconsiderações, o quais foram indeferidos, mantendo-se a decisão que rejeitara o acordo de colaboração premiada, ensejando a interposição de agravos internos por ambas as partes do acordo. Todavia, o Desembargador Relator, monocraticamente e sob o fundamento de inexistência de previsão legal de recurso contra a decisão que recusara o acordo de colaboração premiada, deixou de conhecer dos recursos.

A decisão que rejeita o acordo de colaboração premiada possui conteúdo decisório, pois capaz de produzir modificação na esfera jurídica material e processual daqueles que o celebraram, bem como gerar-lhes prejuízos, razão pela qual a simples ausência de previsão normativa na Lei n. 12.850/2013 quanto a eventual recurso cabível, não tem o condão de tornar o *decisum* irrecorrível.

A propósito:

Agravo regimental em recurso especial. Processual Civil e Administrativo. Reajuste de 84,32%. Execução. Ato judicial com conteúdo decisório. Possibilidade

de causar prejuízo a uma das partes. Recorribilidade. Despacho de mero expediente. Descaracterização.

1. Constatada a possibilidade de prejuízo aos interesses de algum dos litigantes, o ato judicial é portador de conteúdo decisório, sendo impugnável, portanto, mediante recurso. Cabimento, na espécie, do agravo de instrumento, pois caracterizada a decisão interlocutória - e não o despacho de mero expediente.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no REsp 1.130.572/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 12.03.2013, DJe 18.03.2013)

No caso, tratando-se de decisão monocrática proferida por Desembargador componente de Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, cabível o recurso de agravo interno por aplicação analógica das disposições do artigo 1.021 do Código de Processo Civil. Aliás, o Supremo Tribunal Federal quando do protocolo da Petição n. 7.074/DF, recebera a mesma como agravo regimental, negando-lhe, ao final, provimento, o que corrobora o entendimento quanto ao cabimento de agravo regimental contra a decisão que rejeita o acordo de colaboração premiada.

Na espécie, a despeito da incorreção da decisão interlocutória proferida pelo Desembargador Relator que não conheceu dos agravos regimentais interpostos contra a rejeição do acordo de colaboração premiada, deixo de anular o referido *decisum*, pois, conforme observado anteriormente e pela dicção do artigo 105, I, c, da Constituição Federal, cabível *habeas corpus* a este Tribunal Superior quando a autoridade coatora seja Desembargador de Tribunal de Justiça, como na espécie, mostrando-se, prescindível a anulação da decisão e conseqüente remessa para julgamento Colegiado daquele Tribunal de origem, já que possível a esta Corte a análise do tema por se tratar de ação penal originária.

Assim, passo ao exame da matéria de mérito ventilada neste *mandamus* consistente nos limites à atuação do Magistrado quando da análise do acordo de colaboração premiada.

O Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em voto de relatoria do Ministro Dias Toffoli, nos autos do HC n. 127.483/PR, assentou o entendimento no sentido de que a colaboração premiada, para além de uma técnica especial de investigação, é um negócio jurídico processual personalíssimo, pois, por meio dele, se pretende a cooperação do imputado para a investigação e para o processo penal, o qual poderá redundar em benefícios de natureza penal premial,

sendo necessário que a ele aquiesça, voluntariamente, que esteja no pleno gozo de sua capacidade civil e consciente dos efeitos decorrentes de sua realização.

Como bem pontuado pelo Ministro Dias Toffoli, o acordo de colaboração premiada, o qual não se confunde com o gozo pelo colaborador dos benefícios dali decorrentes, possui um plano de existência, um plano de validade, outro de eficácia e, por fim, um plano de efetividade.

O plano de existência, conforme constantes dos fundamentos daquele acórdão:

É realizado nos termos do artigo 6º da Lei n. 12.850/2013 e deverá ser feito por escrito e conter: I) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e IV) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; quanto ao plano subsequente da validade, o acordo de colaboração somente será válido se: I) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e II) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável. Nesse sentido, aliás, o art. 4º, *caput* e seu § 7º, da Lei n. 12.850/2013 exige, como requisitos de validade do acordo de colaboração, a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos seus termos. Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. [...] E, finalmente, superados os planos da existência e da validade, chega-se ao plano da eficácia: o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013). Esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013)(HC n. 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 3.2.2016).

O Poder Judiciário, na colaboração premiada, deve atuar, num primeiro momento, em sua homologação/rejeição e, num segundo momento, deve verificar, após a prestação de informações pelo colaborador e a obtenção de provas a partir de suas declarações e eventuais elementos probatórios por ele colacionados aos autos da persecução penal ou por ele indicados, se foram alcançados os resultados constantes do acordo, bem como aqueles elencados no artigo 4º da Lei n. 12.850/2013. Este segundo momento ocorre na prolação da sentença, quando, então, o Magistrado verificará, pela efetividade das

informações e da colaboração premiada, se o colaborador faz jus aos benefícios ali elencados, dentre os quais aqueles constantes dos artigos 4º e 5º do referido diploma normativo.

Todavia, quando da remessa do acordo de colaboração premiada ao Poder Judiciário, este, por meio de seus agentes públicos, deve se limitar, dentro de seu juízo de delibação, conforme disposição expressa do artigo 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013, à verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo.

Voluntariedade consubstanciada na verificação de ausência de constrangimento sobre o colaborador para a celebração do acordo; regularidade para fins de análise quanto à observância dos aspectos formais e procedimentais da colaboração insculpidos na Lei n. 12.850/2013 e legalidade para fins de verificação quanto à observância do ordenamento jurídico, ou seja, se a celebração do acordo não ofendera nenhum dispositivo legal, supralegal ou constitucional.

Nesse momento, não é dado ao Magistrado se imiscuir nas questões de mérito da colaboração premiada, ou seja, não lhe é permitido analisar o conteúdo das declarações, se efetivas ou não, se são adequadas ao objetivo ou resultado almejados, se ocorrerem em momento processual adequado, se o colaborador possui mérito aos benefícios. Em síntese: não é dado ao órgão julgador, nesse momento, emitir juízo de valor, de conveniência e oportunidade sobre as declarações prestadas pelo colaborador ao Ministério Público, até mesmo porque referido exame quanto à eficácia objetiva da colaboração e às circunstâncias elencadas no artigo 4º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013 devem ser realizadas quando da prolação da sentença.

Isso porque, quando o Magistrado homologa o acordo de colaboração premiada não está concordando e nem afirmando que aquelas declarações são verdadeiras, mas simplesmente atribuindo eficácia àquele acordo, conferindo, assim, ao colaborador, maior segurança jurídica quanto à aplicabilidade dos benefícios ali contidos acaso alcançados os resultados ali previstos e decorrentes de sua colaboração.

Referida limitação à atuação do órgão julgador, neste primeiro momento processual da colaboração premiada, decorre da própria natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, meio de obtenção de prova, a partir do qual serão perquiridas fontes materiais de provas, meios de provas, declarações, vestígios, indícios (regra de corroboração) a corroborarem as declarações

efetuadas pelo colaborador, sendo uma atividade eminentemente extraprocessual, daí porque a atuação do Magistrado, quando da homologação do acordo, limita-se a uma cognição parcial, devendo se restringir à verificação dos aspectos de legalidade, voluntariedade e legalidade deste acordo, sob pena de violação do sistema acusatório e de comprometimento de sua imparcialidade, já que neste momento, não há ainda, provas efetivamente produzidas a serem valoradas pelo órgão julgador.

Aliás, referida limitação à atuação do Magistrado quando da homologação do acordo de colaboração premiada restou bem delineada no julgamento da Pet. 7.074/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em 29.6.2017, cujo acórdão encontra-se pendente de lavratura e publicação, mas cujas razões de decidir podem ser verificadas do Informativo 870 daquela Corte Suprema, que assim dispôs:

A Corte destacou, no ponto, que esse provimento interlocutório — o qual não julga o mérito da pretensão acusatória, mas resolve uma questão incidente — tem natureza meramente homologatória, limitando-se ao pronunciamento sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013). *O juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite juízo de valor a respeito das declarações eventualmente prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, nem confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores.*

Entendimento contrário colocaria em risco a própria viabilidade do instituto, diante da iminente ameaça de interferência externa nas condições acordadas pelas partes, reduzindo de forma significativa o interesse no ajuste. Essa “postura equidistante” do juiz em relação às partes no processo penal informa o citado comando legal que prestigia o sistema acusatório. *Se as declarações do colaborador são verdadeiras ou respaldadas por provas de corroboração, esse juízo será feito apenas “no momento do julgamento do processo”, no momento diferido, qual seja, na sentença, conforme previsto no § 11 do art. 4º da Lei n. 12.850/2013.* Nessa etapa, serão analisados os elementos trazidos pela colaboração e sua efetividade.

Em conclusão quanto ao primeiro ponto discutido, afirmou que, no ato de homologação da colaboração premiada, não cabe ao magistrado, de forma antecipada e extemporânea, tecer juízo de valor sobre o conteúdo das cláusulas avençadas, exceto nos casos de flagrante ofensa ao ordenamento jurídico vigente. Se assim agir, estará interferindo indevidamente na atuação dos órgãos de investigação, porque a celebração do acordo de colaboração premiada não trata de medida submetida à reserva de jurisdição.

No momento de homologação, o juízo é preliminar e preambular. Somente no julgamento de mérito o Poder Judiciário, autorizado pela lei, poderá definir a extensão da colaboração e analisar o benefício respectivo.

A Corte observou, também, que a lei permite ao Judiciário, em fase diferida, após a conclusão da instrução probatória, avaliar se os termos da colaboração premiada foram cumpridos e se os resultados concretos foram atingidos, o que definirá sua eficácia. [Lei n. 12.850/2013, art. 4º, §§ 9º e 12 (5)]

Salientou, por fim, que o direito subjetivo do colaborador nasce e se perfectibiliza na exata medida em que ele cumpre seus deveres. Estes são “*condictio sine qua non*” para que o colaborador possa fruir desses direitos. Nesse contexto, o acordo homologado como regular, voluntário e legal gera vinculação, condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico.

Quando do julgamento da mencionada Pet n. 7.074/DF, o Ministro Alexandre de Moraes assim se pronunciou sobre a questão:

Em relação ao acordo de colaboração premiada, o Poder Judiciário somente poderá analisar a legalidade desse “negócio jurídico personalíssimo”, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade devidamente acordado entre o Ministério Público/Polícia e o “colaborador/delator”, que poderão, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito das investigações criminais e a persecução penal (VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 318; FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131).

[...]

Dessa forma, nos acordos de colaboração premiada a opção conveniente e oportuna deve ser feita legal e moralmente pelo Ministério Público ou Polícia, com a concordância do colaborador/delator (negócio jurídico personalíssimo), e somente na legalidade e na moralidade que a oportunidade deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme teoria já consagrada em relação a todos os atos discricionários do Poder Público, mediante homologação pelo Ministro Relator (CHAPUS, René. *Droit Administratif Général* 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992, t. 1, p. 775). No momento da sentença final, o juízo natural da causa, para formar sua convicção, analisará a licitude de todos os meios de prova e provas obtidas, devidamente impugnadas e contraditadas mediante o devido processo legal, inclusive a colaboração premiada e as provas dela decorrentes. Consequentemente, não poderá o Poder Judiciário invadir a legítima escolha feita consensualmente, entre as opções legal e moralmente reservadas para a realização do acordo de colaboração, de maneira a, simplesmente, alterar a opção lícitamente realizada, sob pena de atentar contra a *ratio* legal e o sistema penal acusatório consagrado constitucionalmente. Da mesma maneira, no momento

da decisão de mérito deverá ser analisada a eficácia real da cooperação prestada pelo agente colaborador/delator, pois a implementação das denominadas “sanções premiais”, como destacado pelo nosso Decano, Ministro *Celso de Mello*, está necessariamente condicionada ao efetivo adimplemento das obrigações que tenham sido assumidas por referido colaborador e de que advenha um ou mais dos resultados indicados no art. 4, incisos I a V, da Lei n. 12.850/2013” (HC 144.652).

E, no mesmo sentido, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

(...) 5. Cumpre registrar que a decisão de homologação do termo de colaboração premiada faz juízo sobre sua “regularidade, legalidade e voluntariedade” (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013). Assim, não há, no ato de homologação, exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, os quais só serão objeto de apreciação judicial no momento da sentença, em que as declarações prestadas serão valoradas em face das outras provas produzidas no processo. Nesse mesmo sentido: HC 127.483, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, julgado em 27.8.2015. É na sentença, ademais, que o juiz examinará a própria eficácia de acordo, segundo expressamente estabelece a lei de regência (Lei n. 12.850/2013, art. 4º, § 11). (Pet 5.733/PR, Rel. Min. *Teori Zavascki*)

O Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em voto de relatoria do Ministro *Dias Toffoli*, nos autos do HC n. 127.483/PR, igualmente se manifestou sobre a questão nos seguintes termos, fundamentos que adoto como *ratio decidendi*:

Finalmente, superados os planos da existência e da validade, chega-se ao plano da eficácia: o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013). Esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013).

Para Cândido Rangel Dinamarco,

[...]

Ao homologar um ato autocompositivo celebrado entre as partes, o juiz não soluciona questão alguma referente ao *meritum causae*. Limita-se a envolver o ato nas formas de uma sentença, sendo-lhe absolutamente vedada qualquer verificação da conveniência dos negócios celebrados e muito menos avaliar as oportunidades de vitória porventura desperdiçadas por uma das partes ao negociar. ‘Essas atividades das partes constituem um limite ao poder do juiz, no sentido de que trazem em si o conteúdo de sua sentença’ (Chiovenda). Se o

ato estiver formalmente perfeito e a vontade das partes manifestada de modo regular, é dever do juiz resignar-se e homologar o ato de disposição do direito, ainda quando contrário à sua opinião" (Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009. v. III, p. 272-273).

[...]

Nessa atividade de delibação, o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores.

Como bem destacado pelo eminente Ministro Teori Zavascki em suas informações

"(...) o âmbito da cognição judicial na decisão que homologa o acordo de colaboração premiada é limitado ao juízo a respeito da higidez jurídica desse ato original. Não cabe ao Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas, muito menos investigar ou atestar a veracidade ou não dos fatos contidos em depoimentos prestados pelo colaborador ou das informações trazidas a respeito de delitos por ele revelados. É evidente, assim, que a homologação judicial do acordo não pressupõe e não contém, nem pode conter, juízo algum sobre a verdade dos fatos confessados ou delatados, ou mesmo sobre o grau de confiabilidade atribuível às declarações do colaborador, declarações essas às quais, isoladamente consideradas, a própria lei atribuiu escassa confiança e limitado valor probatório ("Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador", diz o § 16 do art. 4º da Lei n. 12.850/2013)".

A homologação judicial constitui simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.

[...]

Se não sobrevier nenhum desses resultados concretos para a investigação, restará demonstrado o inadimplemento do acordo por parte do colaborador, e não se produzirá a consequência por ele almejada (aplicação da sanção premial)

Eis a ementa do julgado no que interessa:

Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. [...] Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do

acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. [...]

1. [...]

2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal).

3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei n. 12.850/2013), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013).

4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de deliberação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. [...]

Ordem denegada.

(HC 127.483, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.2015, Processo Eletrônico DJe-021 divulg 03.02.2016 public 04.02.2016)

No mesmo sentido leciona a doutrina:

O acordo de colaboração premiada é um compromisso entre o Ministério Público e o Colaborador, como únicos protagonistas do acerto [...], “deixando para o juiz papel equidistante de controlar a observância das formalidades no ajuste, verificar se foram respeitadas as garantias e as obrigações dos colaboradores, bem como aferir o conteúdo das delações e a extensão do prêmio”.

[...]

Ao magistrado não se poderia atribuir a gestão em concreto dos arrependidos, não caberia a ele encaminhar os acertos com o colaborador, tampouco participar ativamente na tomada de suas declarações e na oferta do benefício premial como correlato dos informes prestados; deveria impender ao agente do Ministério Público a coleta das revelações, conduzindo a proposta de prêmio, enquanto atividade preliminar eminentemente investigativa. A preservação da imparcialidade judicial recomenda que ao juiz se atribua apenas, na fase

preliminar, a tarefa de fiscalização sobre a observância das formalidades e da legitimidade do acordo, no sentido de verificar se foram atendidos, numa primeira análise, os pressupostos legais e observados os direitos e garantias dos arrependidos, em controle que se poderia chamar externo. Atuação judicial na fase investigativa, para além da fiscalização quanto à regularidade do procedimento colaborativo conduzido por membro do Ministério Público, aproximaria o magistrado por demais da figura do juiz de instrução, ensejando questionamento sobre a imparcialidade para o julgamento posterior da causa. (...)”

[...] encerrada a conduta colaborativa e apurados os fatos, é que o juiz, avaliando a eficácia da cooperação, os fatos revelados, a postura cooperante, bem como todos os demais elementos envolvidos, irá reconhecer os efeitos benéficos do instituto perante o colaborador, homologando os ajustes quanto ao conteúdo” (PEREIRA, FREDERICO VALDEZ. *Delação Premiada – Legitimidade e Procedimento*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 145).

E, ainda:

[...] uma vez realizado o acordo, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade [...].

[...] a homologação do acordo pelo juiz simplesmente confere ao colaborador maior segurança jurídica quanto à concessão do prêmio legal pactuado no momento da sentença, mas desde que as informações por ele prestadas sejam objetivamente eficazes para a consecução de um dos resultados elencados pelo legislador. (DE LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª edição. Editora JusPODIVM, 2015, p. 558).

Em suma, quando da remessa do acordo de colaboração premiada ao Poder Judiciário para homologação/rejeição, deve-se limitar o Magistrado/Relator à análise de legalidade, voluntariedade e regularidade deste negócio jurídico processual personalíssimo, não lhe sendo permitido realizar juízo de valor sobre as declarações ou elementos informativos colacionados no acordo, sendo tal poder-dever atribuível ao órgão julgador quando da prolação da sentença, momento em que realizará o exame quanto à eficácia objetiva da colaboração para fins de concessão do prêmio legal constante daquele negócio jurídico-processual.

No caso dos autos, o Desembargador Relator deixou de homologar o acordo de colaboração premiada pelos seguintes fundamentos: por considerar que a “delação” somente se justificaria se contivesse dados que acrescentassem

informações substanciais que dificilmente não poderiam ser obtidas sem o auxílio do delator; que a colaboração não se justificava por estar encerrada a instrução criminal com data designada para a sessão de julgamento; que as declarações prestadas pela colaboradora não teriam relevância para a resolução da Ação Penal n. 0001417-13.2012.8.03.0000, já que o feito encontrava-se em trâmite há mais de dois anos, tendo optado a paciente por celebrar o acordo apenas dois dias antes da data do julgamento; por ter trazido informações acerca de terceiros que não teriam sido denunciados e porque algumas de suas declarações quanto a ter sido alertada por um dos acusados de que o processo “não daria em nada” e que seria, ainda, contemplada com emprego público, não estavam acompanhadas de provas; que seu depoimento na colaboração destoava daquele prestado em juízo quando de seu interrogatório e das teses defensivas carreadas aos autos e, por fim, que as provas existentes nos autos já se mostravam suficientes para o deslinde do procedimento criminal *sub examine*, determinando, ao final, que a despeito da ausência de homologação, se instaurasse inquérito policial para apuração dos fatos retratados nas declarações da paciente (e-STJ fls. 45/50).

Como visto, o Desembargador Relator no momento da submissão do acordo de colaboração premiada para homologação/rejeição realizou amplo juízo de valor acerca das declarações prestadas pela colaboradora ao ressaltar que seu depoimento destoava daqueles já prestados nos autos da ação penal, bem como das teses defensivas colacionadas, que teria acrescentando fatos e pessoas que não constavam do procedimento criminal e que suas declarações não eram imprescindíveis ao deslinde dos fatos objetos da persecução penal, tendo, ainda, realizado juízo de conveniência e oportunidade sobre o acerto ou desacerto da realização do acordo entre o Ministério Público e a ré, bem como do momento adequado para sua efetivação. Evidente, pois, que o Desembargador Relator extrapolou o seu poder-dever quando da rejeição do acordo de colaboração premiada, excedendo à análise dos requisitos de legalidade, voluntariedade e regularidade do negócio jurídico processual, exame ao qual encontrava-se limitado.

Assim, de rigor a anulação da decisão proferida nos autos do Procedimento Cautelar Criminal n. 0000371-47.2016.8.03.0000 pelo Desembargador Relator (e-STJ fls. 45/49), devendo este proceder à nova análise acerca da homologação do acordo de colaboração premiada nos estritos termos do artigo 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013, observando, se for o caso, a suspensão do processo nos termos do § 3º do mesmo dispositivo legal, já que inviável a esta Corte a manifestação

acerca da homologação ou rejeição deste acordo por ausência de competência. Observo, ainda, que a anulação da decisão proferida pelo Desembargador Relator não afeta o acórdão condenatório proferido em momento posterior à celebração do acordo de colaboração premiada, por serem os benefícios constantes do acordo de colaboração premiada (e-STJ fls. 28/43) compatíveis com o édito condenatório.

Ante o exposto, *concedo a ordem* no presente *habeas corpus* para anular a decisão proferida pelo Desembargador Relator nos autos do Procedimento Cautelar Criminal n. 0000371-47.2016.8.03.0000 referente à decisão acerca da homologação de acordo de colaboração premiada nos autos da Ação Penal n. 0001417-13.2012.8.03.0000, devendo ser proferida nova decisão pelo Relator nos limites do artigo 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 362.478-SP (2016/0182386-0)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Rodrigo Sitrangulo da Silva

Advogado: Rodgrio Sitrângulo da Silva - SP201126

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Eduardo Alberto Dipe

EMENTA

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

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

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

Crime contra a ordem tributária. Condenação transitada em julgado. Pagamento do tributo. Causa de extinção da punibilidade. Artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. Coação ilegal caracterizada. Concessão da ordem de ofício.

1. Com o advento da Lei n. 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite.

2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.

3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 14 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 20.9.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Eduardo Alberto Dipe*, apontando como autoridade coatora a 13ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do HC n. 20954013-50.2016.8.26.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, além do pagamento de 1.450 (um mil quatrocentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido parcialmente provido para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Buscando a extinção da punibilidade do paciente, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustenta o impetrante que o tributo objeto da ação penal em tela teria sido integralmente quitado pelo réu, o que ensejaria a extinção de sua punibilidade, nos termos do artigo 9º da Lei n. 10.684/2003.

Alega que seria irrelevante o fato de a quitação ter se efetivado após o recebimento da denúncia.

Requer a concessão da ordem para que seja extinta a punibilidade do paciente, diante do pagamento integral do débito tributário.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 307/308.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 316/318 e 399/400), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 434/441, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, ou, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a extinção da punibilidade do paciente.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

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

Após tornar penalmente típica a figura da sonegação fiscal, representada pelas condutas de suprimir ou reduzir tributo e suas variações, o legislador pátrio editou diversas leis, de forma sucessiva, estabelecendo regramentos para o parcelamento e respectivo pagamento das dívidas tributárias contraídas pelos cidadãos, e a relação de tais fatos com o exercício do *jus puniendi* por parte do Estado.

À época da Lei n. 9.249/1995, esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que a admissão do devedor no regime de parcelamento tributário equivaleria ao pagamento, razão pela qual também era considerada causa de extinção da punibilidade.

Posteriormente, a Lei n. 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, disciplinou que, durante o período no qual a pessoa física ou jurídica estivesse incluída no referido regime de parcelamento, a pretensão punitiva do Estado com relação aos delitos contra a ordem tributária permanecia suspensa, desde que a inclusão houvesse ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal, ficando suspenso também o curso do prazo prescricional.

A extinção da punibilidade, entretanto, apenas poderia ser declarada com o pagamento integral do débito tributário, e desde que isto ocorresse antes do recebimento da denúncia, conforme a redação § 3º do artigo 15 da Lei n. 9.964/2000.

Com o advento da Lei n. 10.684/2003, optou o legislador por ampliar o lapso temporal durante o qual o adimplemento do débito tributário redundaria

na extinção da punibilidade do agente responsável pela redução ou supressão de tributo, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, *verbis*:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

(...)

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Da leitura do dispositivo colacionado, depreende-se que o legislador ordinário não fixou um limite temporal dentro do qual o adimplemento da obrigação tributária e seus acessórios significaria a extinção da punibilidade do agente pela prática da sonegação fiscal.

Embora tenha se instaurado certa dúvida acerca do alcance da norma em comento, pacificou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios o entendimento de que o adimplemento poderia se dar tanto antes como depois do recebimento da denúncia.

A doutrina, ao tratar da matéria, refere-se à interpretação jurisprudencial que vem sendo dada pelos tribunais pátrios, assinalando que “*como a regra em comento não traz nenhum marco para sua incidência, o pagamento se pode dar a qualquer tempo*” (FISCHER, DOUGLAS. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 191).

Tal entendimento, aliás, também é compartilhado pelo Pretório Excelso, conforme se infere do seguinte precedente:

Ementa: *Ação penal*. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei Federal n. 10.684/2003, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.

(HC 81.929, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, julgado em 16.12.2003, DJ 27.02.2004 pp-00027 Ement vol-02141-04 pp-00780)

Embora no caso que deu origem ao precedente citado o adimplemento do débito tributário tenha ocorrido ainda no transcurso da ação penal deflagrada contra acusado, não se pode negar que o legislador ordinário, olvidando-se de estabelecer um limite temporal para a quitação da dívida apta a dar ensejo à extinção da punibilidade do agente, procurou ampliar as possibilidades de arrecadar a exação devida, deixando transparecer que, uma vez em dia com o Fisco, o Estado não teria mais interesse em atribuir-lhe uma reprimenda corporal em razão da sonegação verificada.

Trata-se, na verdade, de uma forma a mais posta à disposição do Estado para seduzir o contribuinte inadimplente a recolher aos cofres públicos o tributo que deve, satisfazendo, assim, os anseios arrecadatários da administração pública.

Portanto, se no histórico das leis que regulamentam o tema o legislador ordinário, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, optou por retirar o marco temporal previsto para o adimplemento da obrigação tributária redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, é vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite, ou seja, dizer o que a Lei não diz, em verdadeira interpretação extensiva não cabível na hipótese, porquanto incompatível com a *ratio* da legislação em apreço.

E, assim, não há como se interpretar o artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003 de outro modo, senão considerando que o adimplemento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Penal. ICMS. Crime contra ordem tributária. Adesão ao Programa de Parcelamento Incentivado (PPI) e posterior pagamento do débito, após o trânsito em julgado. Extinção da punibilidade.

Inteligência do artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. Pleito de sobrestamento da execução penal até o julgamento de revisão criminal. *Habeas corpus* concedido.

1. O art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003 estabelece expressamente que da quitação integral do débito tributário pela pessoa jurídica, decorre a extinção da punibilidade.

2. É entendimento jurisprudencial desta Corte Superior que com o advento da Lei n. 10.684/2003 o pagamento do tributo a qualquer tempo extingue a punibilidade quanto aos crimes contra a ordem tributária.

Precedente.

3. *Habeas corpus* concedido para sobrestar a execução do feito até que se julgue a Revisão Criminal.

(HC 232.376/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 05.06.2012, DJe 15.06.2012)

Habeas corpus. (...) Sonegação fiscal. Condenação transitada em julgado. Pagamento do tributo. Causa de extinção da punibilidade. Artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. Ocorrência. Ordem parcialmente concedida.

1. Com o advento da Lei n. 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite.

2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.

3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória.

4. Ordem parcialmente concedida para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.

(HC 180.993/SP, de minha Relatoria, Quinta Turma, julgado em 13.12.2011, DJe 19.12.2011)

Na hipótese, foi efetuado o pagamento integral do débito tributário referente à presente ação penal (e-STJ fls. 203/204), sendo imperioso, portanto, o reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente.

Entretanto, como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente, por causa que é superveniente ao aludido marco, devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, *não se conhece do writ, concedendo-se*, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 380.369-DF (2016/0312717-5)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal

Advogado: Defensoria Pública do Distrito Federal

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Paciente: Gabriel Ferreira Vieira

EMENTA

Habeas corpus. Execução penal. Medidas cautelares alternativas à prisão. Recolhimento domiciliar noturno. Detração da pena privativa de liberdade. Possibilidade. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Inexiste previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena, cujas hipóteses estão elencadas no artigo 42, do CP. Entretanto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*.

2. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 27.9.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Gabriel Ferreira Vieira** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cuja ementa segue transcrita (e-STJ, fl. 93):

Execução penal. Recurso de agravo. Medidas cautelares alternativas à prisão. Recolhimento domiciliar noturno. Detração da pena privativa de liberdade. Inviabilidade.

1. Inexiste previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena, cujas hipóteses estão elencadas no artigo 42, do CP.

2. Inviável a aplicação da analogia com o fim de considerar o período de recolhimento domiciliar noturno (art. 319, V, CPP) para a detração da pena privativa de liberdade, tendo em vista a ausência de compatibilidade e similitude entre tais medidas.

3. Agravo conhecido e provido.

O impetrante sustenta, em síntese, que o tempo de cumprimento da medida de recolhimento domiciliar noturno deve ser detraído da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

Requer assim a reforma do acórdão impugnado, a fim de que seja reestabelecida a decisão do juízo da Vara de Execuções Penais que deferiu a pretendida detração penal.

O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 114-115).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas*

corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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

A questão posta a deslinde refere-se, em síntese, à possibilidade de o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) seja considerado para fins de detração da pena.

No caso dos autos, o Juízo da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal deferiu ao paciente a detração do período de recolhimento noturno, pelos fundamentos reproduzidos:

2- Assiste razão à Defesa à fl. 35, verso, na medida em que a cautelar de “recolhimento noturno” (art. 319, inc. V do CPP), determinada na sentença de fl. 22, por ensejar privação de liberdade do apenado, deve ser reputado como período detraído de sorte que determino a inclusão do recolhimento da cautelar, de forma a constar o recolhimento ininterrupto desde 06.10.2014.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao julgar o agravo em execução interposto pelo *Parquet*, assim se manifestou:

Consoante as informações constantes dos autos, o sentenciado Gabriel Ferreira Vieira foi preso em flagrante em 6.10.2014 (fl. 11), permanecendo constricto preventivamente até 28.11.2014, data da prolação da sentença que o condenou à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, além de multa, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º; II; do CP e-244-B, da Lei n. 8.069/1990,

Foi-lhe concedido na sentença o direito de recorrer em liberdade, tendo sido substituída a prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas nos incisos I e V do artigo 319 do CPP - comparecimento periódico em juízo e recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (fls. 25/27).

Com o trânsito definitivo da sentença condenatória (fl. 38), o apenado foi preso, em 26.8.2015 (fl. 43), para início do cumprimento da pena.

O magistrado da Vara de Execuções Penais, acolhendo pedido da defesa, determinou que o período de cumprimento das medidas cautelares fosse considerado para fins de detração da pena, de forma a constar na conta de liquidação o recolhimento ininterrupto desde 6.10.2014 (fl. 58).

No tocante à detração da pena, assim dispõe o artigo 42 do Código Penal:

Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Como se vê, só há previsão legal para a detração da pena ou medida de segurança nas hipóteses de prisão provisória, prisão administrativa e internação.

Importante ressaltar que prisão provisória compreende toda e qualquer prisão cautelar e processual (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva), ou seja, todo recolhimento à prisão antes do trânsito em julgado da condenação.

Já as medidas cautelares diversas da prisão, conforme indica a própria nomenclatura estabelecida no artigo 319, do CPP, não podem ser consideradas como prisão provisória.

Estabelece o artigo 321, do CPP, que “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.” Tal dispositivo deixa claro que as medidas cautelares alternativas constituem restrições que acompanham a liberdade provisória e, portanto, não podem ser consideradas como espécie da prisão provisória.

Consoante bem observou o Ministério Público, a aplicação analógica *in bonam partem* poderia ser admitida caso a medida cautelar alternativa e a pena imposta tivessem a mesma natureza, de modo a serem compensadas entre si.

Sobre o tema preleciona Andrey Borges de Mendonça¹:

(...)

Na espécie, todavia, verifica-se que não há similitude e compatibilidade entre as medidas cautelares a que o sentenciado foi submetido a pena imposta na sentença condenatória, tendo em vista que no recolhimento domiciliar noturno a restrição à liberdade é mínima comparada à existente na pena privativa de liberdade em regime semiaberto. Desse modo, não há como admitir o cômputo do período da medida cautelar alternativa na pena do agravado.

Quanto ao tema, o art. 42 do Código Penal, ao regulamentar a detração penal, prevê que seja computado da pena privativa de liberdade o tempo que o agente houver sido mantido preso provisoriamente ou internado. Confira-se:

Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Não se pode dizer que o artigo supra seja um *numerus clausus*, pois se deve considerar como parte do cumprimento da pena, para o fim de detração, *o lapsus de tempo em que fica o réu privado de sua liberdade*, por prisão provisória, da qual são espécies: a prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP); a prisão temporária (Lei n. 7.960/1989); a prisão preventiva (arts. 311 a 316); a prisão resultante da pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º); e a prisão por sentença condenatória recorrível (art. 393, I); por prisão administrativa, transgressão militar, ou, até mesmo, internação em hospital de custódia.

Por outro lado, quando a privação da liberdade não é essencial para a realização do processo ou como garantia de seus resultados, o art. 319 do Código de Processo Penal prevê a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, sem o rigor do encarceramento; que consistem em uma ou várias obrigações cumulativas impostas pelo juiz em desfavor do indiciado ou do réu, dependendo da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do acautelado. Vejamos:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Tais medidas cautelares surgem como intermediárias entre a liberdade plena e o encarceramento provisório, restringindo, de certa forma, garantias e direitos do acusado, que, ainda que de longe, ficam equiparados à situação de um preso cumprindo pena restritiva de direito ou em regime de semiliberdade.

Dessa forma, embora não exista previsão legal quanto ao instituto da detração para medidas cautelares alternativas à prisão, entendo que, no caso concreto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*.

Ressalto, por fim, não desconhecer que essa Quinta Turma, na sessão de 7.3.2017, nos autos de *Habeas Corpus* n. 380.370/DF, decidiu, por unanimidade de votos, que “não cabe a detração do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas, no caso, ao recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo, que, por expressa previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado”. No entanto, refletindo mais sobre o tema, considero a detração inteiramente aplicável ao caso da medida cautelar de recolhimento noturno, por ensejar a privação de liberdade do apenado.

Diante do exposto, *não conheço do habeas corpus*, mas *concedo a ordem, de ofício*, para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 380.536-SP (2016/0313904-2)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Advogado: Menesio Pinto Cunha Junior - SP149434

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Thiago dos Santos

EMENTA

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Furto tentado. Súmula 691/STF. Flagrante ilegalidade evidenciada. Trancamento da ação penal. Inexpressividade da lesão jurídica. Reiteração delitiva. Excepcionalidade do caso concreto. Ínfimo valor da *res furtiva*. Bem restituído à vítima. Paciente tecnicamente primário. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância (Súmula 691/STF).

2. 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) nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; (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, Rel. Ministro *Celso de Mello*, DJU 19.11.2004).

3. A jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial. Precedentes.

4. O princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas.

5. Na hipótese, apesar da existência de outra ação penal, que fora suspensa pela concessão de suspensão condicional do processo, considerando tratar-se de réu tecnicamente primário, de bem de valor ínfimo - um pacote de bolachas avaliado em R\$1,99, o que equivale a 0,226% do salário mínimo vigente à época -, o qual, inclusive, foi restituído à vítima, não se mostra recomendável o processamento da ação penal, eis que evidente a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar o trancamento da Ação Penal n. 0002348-05.2016.8.26.0495.

ACÓRDÃO

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

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

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

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 30.8.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Thiago dos Santos**, contra decisão do Relator do *writ* originário, a qual indeferiu a medida liminar pleiteada perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal, por ter subtraído um pacote de bolachas, avaliado em R\$1,99, de dentro do estabelecimento comercial Supermercado Popular de Registro Ltda.

Impetrada a ordem originária, o Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indeferiu o pleito liminar, conforme decisão acostada aos autos às fls. 81-82.

Neste *writ*, o impetrante sustenta que: a) “diante das circunstâncias do caso concreto e do ínfimo valor total da *res furtiva*, que equivale a R\$ 1,99, não se justifica a instauração de um custoso processo judicial, sendo de rigor a aplicação do princípio da insignificância” (e-STJ, fls. 2-3); b) “o paciente é primário, conforme folha de antecedentes criminais acostada à fl. 33 dos autos principais, na qual consta apenas a existência dos autos n. 0008330-68.2014.8.26.0495, em que foi deferido o benefício de suspensão condicional de processo ao acusado” (e-STJ, fl. 4).

Pleiteia, liminarmente, o sobrestamento da ação penal, até final julgamento deste *habeas corpus*. No mérito, requer o trancamento do processo, por atipicidade da conduta.

Deferida a liminar para suspender o andamento da ação penal, até o julgamento final deste *habeas corpus* (e-STJ, fls. 85-86), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem e, no mérito, pela concessão dela, de ofício (e-STJ, fls. 135-138).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância (Súmula 691/STF).

No caso dos autos, verifica-se ocorrência de flagrante ilegalidade na decisão impugnada, de modo a justificar o processamento desta ordem.

Cumprido destacar, ainda, que, nos termos das informações colhidas na página eletrônica oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a impetração originária foi denegada em 1.2.2017.

Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância à hipótese, diante da atipicidade material da conduta, com o trancamento da ação penal.

Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal, por ter ingressado no estabelecimento comercial Supermercado Popular de Registro Ltda. e subtraído um pacote de bolachas avaliado em R\$1,99, tendo sido alcançado por um funcionário do estabelecimento quando já estava em via pública.

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) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, (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, Rel. Ministro *Celso de Mello*, DJU 19.11.2004.)

O instituto baseia-se na necessidade de lesão jurídica expressiva para a incidência do Direito Penal, afastando a tipicidade do delito em certas hipóteses em que, apesar de típica a conduta, é o dano juridicamente irrelevante.

Sobre o tema, de maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial.

Neste sentido, confira-se a jurisprudência desta Corte:

Penal. Processual Penal. Recurso especial. Furto. Princípio da insignificância. Incidência. *Res furtivae* de valor inferior a 10% do salário mínimo. Ausência de condenação com trânsito em julgado. Reincidência não caracterizada. Recurso provido.

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. O valor do bem (R\$ 20,00) representava, na data do cometimento do delito, aproximadamente, 3,2% do salário mínimo vigente, que, à época, era de R\$ 622,00.

3. A Terceira Seção do STJ, no julgamento dos EAREsp n. 221.999/RS, ocorrido no dia 11.11.2015, reafirmou o entendimento de que a aplicação do princípio da insignificância, em relação aos crimes de furto, somente pode ser afastada quando configurada a reiteração criminosa do réu, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. No caso dos autos, o Juízo singular afirmou que o réu, apesar de não ostentar condenação com trânsito em julgado, responde a outros processos por delitos contra o patrimônio.

5. À falta de condenação transitada em julgado em desfavor do réu, não está caracterizada a reiteração delitiva, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, de forma que não há óbice, na espécie, para a incidência do princípio da insignificância.

6. Recurso especial provido para reconhecer a atipicidade material da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância, e, conseqüentemente, absolver o recorrente da prática do delito previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, no Processo n. 0227271-21.2012.8.21.0001 da 9ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre - RS (REsp 1.577.904/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 31.3.2016, grifou-se).

Conforme descrito acima, o paciente, em 3.5.2016, tentou subtrair do estabelecimento comercial um pacote de bolachas avaliado em R\$1,99, o que equivale a 0,226% do salário mínimo vigente à época, de R\$880,00, não havendo que se falar, portanto, em valor significativo da *res furtiva*.

Ainda, a jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas.

Na hipótese, resta comprovada a excepcionalidade descrita pois, apesar da existência de outra ação penal, que fora suspensa pela concessão de suspensão condicional do processo, considerando tratar-se de réu tecnicamente primário, de bem de valor ínfimo - um pacote de bolachas avaliado em R\$1,99, o que equivale a 0,226% do salário mínimo vigente à época -, o qual, inclusive, foi restituído à vítima, não se mostra recomendável o processamento da ação penal, eis que evidente a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A corroborar tal entendimento, estabelecem os seguintes precedentes:

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tentativa de furto simples. Reincidência. Bens de pequeno valor. Princípio da insignificância. Possibilidade.

1. “Este Colegiado da Sexta Turma tem admitido, excepcionalmente, a aplicação do princípio da insignificância ainda que se trate de réu reincidente, considerando as peculiaridades do caso em exame, em que evidente a inexpressividade da lesão jurídica provocada e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente” (AgInt no AREsp 948.586/RS, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 18.8.2016, DJe 29.8.2016).

2. *Na espécie, apesar de constar no acórdão recorrido que o agravado ostenta outros registros pela prática de crimes contra o patrimônio, entendo que a subtração de 2 frascos de desodorante avaliados em R\$ 22,20 (vinte e dois reais e vinte centavos) demonstra inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado.*

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.078.971/MG, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20.6.2017, DJe 26.6.2017, grifou-se).

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Tentativa de furto de um kit de ferramentas avaliado em R\$ 49,99 (quarenta e nove reais e noventa e nove centavos). Restituição dos bens à vítima. Reiteração delitiva Aplicação do princípio da insignificância. Excepcionalidade do caso concreto. Atipicidade material da conduta. Ordem concedida de ofício.

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

2. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é contumaz na prática de crimes não faz jus a benesses jurídicas.

4. Posta novamente em discussão a questão da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, mesmo diante da reincidência do réu, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11.11.2015, DJe 10.12.2015), estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância,

ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, a verificação que a medida é socialmente recomendável.

5. *Situação em que a tentativa de furto simples recaiu sobre 1 kit de ferramentas avaliado em R\$ 49,99 (quarenta e nove reais e noventa e nove centavos), bem como por terem sido os anteriores procedimentos criminais existentes contra o paciente, arquivados pela atipicidade material da conduta, o que demonstra sua primariedade, e, ainda, por terem sido os produtos devolvidos à vítima.*

6. Assim, na espécie, a situação enquadra-se dentre as hipóteses excepcionais em que é recomendável a aplicação do princípio da insignificância a despeito da existência de outros procedimentos criminais contra o paciente pela prática do crime de furto, reconhecendo-se a atipicidade material da conduta. Precedentes análogos: AgRg no REsp 1.415.978/MG, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 2.2.2016, DJe 15.2.2016 e AgRg no AREsp 633.190/SP, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, Sexta Turma, julgado em 14.4.2015, DJe 23.4.2015.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reformando a sentença condenatória, absolver o paciente pela atipicidade material da conduta.

(HC 381.134/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14.2.2017, DJe 17.2.2017, grifou-se).

Agravo regimental no recurso especial. Art. 155, *caput*, do CP. Princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Agravo desprovido.

I - “[...] a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto [...]” (HC n. 123.108/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 1.2.2016).

II - *Tendo em vista a natureza e o valor dos bens subtraídos (treze barras de cereais, avaliados em R\$ 13,00 - treze reais), aliado à circunstância de que houve pronta restituição à vítima, deve ser mantida a aplicação do princípio da insignificância ao caso vertente, conquanto o réu seja reincidente, ante as peculiaridades do caso concreto.*

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.627.067/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 22.11.2016, DJe 2.12.2016, grifou-se).

Deste modo, resta configurada a atipicidade material da conduta, por estar demonstrada a mínima ofensividade e a ausência de periculosidade social da ação, o que permite a aplicação do princípio da insignificância no caso dos autos.

Ante o exposto, *não conheço* do *writ*, mas *concedo* *habeas corpus*, de ofício, a fim de determinar o trancamento da Ação Penal n. 0002348-05.2016.8.26.0495.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 387.557-PR (2017/0024640-5)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Guilherme Octavio Batochio e outros

Advogado: Guilherme Octávio Batochio - SP123000

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Antônio Palocci Filho (preso)

EMENTA

Operação Lava-Jato. Prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal. Ordem de *habeas corpus* denegada na instância inferior, sendo mantida a prisão. Impetração de novo *habeas corpus*, em substituição ao recurso cabível (art. 105, II, “a”, da CF), para se reconhecer o direito do paciente em responder ao processo em liberdade, com fundamento na inexistência de justa causa e na ausência dos requisitos para a prisão preventiva. Não cabimento. Inexistência, no mais, de ilegalidade manifesta a justificar a concessão de ofício da ordem (§ 2º do art. 654 do CPP). *Habeas corpus* não conhecido. Decisão devidamente fundamentada. Prisão preventiva mantida.

I - Sedimentou-se o entendimento no sentido de não se admitir a impetração de *Habeas Corpus* em substituição ao recurso previsto em lei, prestigiando-se, assim, o sistema recursal vigente e a própria eficiência da prestação jurisdicional, que fica prejudicada com o uso desmedido e abusivo de *Habeas Corpus* impetrado em substituição ao recurso cabível.

II - Estando a prisão preventiva devidamente fundamentada, não resta caracterizado flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de conceder a ordem (§ 2º do art. 654 do CPP).

III - Havendo fundamentação concreta quanto à prova da materialidade dos crimes e aos indícios de autoria, não há que se falar em falta de justa causa para a ação penal, pois foram mencionados os

elementos probatórios mínimos a indicar a materialidade e a autoria das infrações penais.

IV - A necessidade de debelar a corrupção sistêmica; a dimensão social dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, com nefastos efeitos à sociedade; o caráter serial dos crimes (praticados por vários anos, de maneira reiterada, profissional e sofisticada - com uso de contas secretas no exterior); e a necessidade de prevenir a participação do Paciente em outros esquemas criminosos, em novos crimes de lavagem de dinheiro e, ainda, para prevenir possível recebimento de saldo de propina pendente de pagamento, são fundamentos concretos a justificar a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

V - Havendo indícios da existência de contas secretas no exterior, cujas quantias ainda não foram rastreadas nem sequestradas, e receio de que, estando em liberdade, o Paciente possa dissimular, desviar ou ocultar a origem de tais quantias, justifica-se o decreto de prisão preventiva, pois tal possibilidade impede o sequestro e prejudica, assim, a aplicação da lei penal.

VI - A suspeita, baseada em elementos concretos e devidamente mencionados na respectiva decisão judicial, de que equipamentos de informática foram retirados da empresa do Paciente com a finalidade de dificultar a investigação, justifica a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução processual.

VII - *Habeas Corpus* não conhecido, ficando mantida a prisão preventiva decretada.

ACÓRDÃO

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

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

“Certifico, ainda, que o advogado do paciente, Dr. José Roberto Batochio, OAB/SP n. 20.685, compareceu na presente sessão de julgamento às 13h

15min, não conseguindo, portanto, se inscrever no período regimental para proceder à sustentação oral. Foi dada a oportunidade pelo Exmo. Ministro Relator de julgar o processo em comento na próxima sessão do dia 20.4.2017, porém o patrono adrede referenciado optou pelo julgamento dos autos nesta mesma assentada, o que ocorreu como destaque de preferência de julgamento”.

Brasília (DF), 18 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 26.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de *Antonio Palocci Filho*, com o objetivo de obter-se o reconhecimento do direito do Paciente de *responder em liberdade a Ação Penal* contra si ajuizada no Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba (n. 5054932-88.2016.4.04.7000/PR).

Em 26.9.2016, havia sido decretada a *prisão temporária* do Paciente. *Em 30.9.2016*, ainda na fase *investigatória*, acabou sendo decretada sua *prisão preventiva*. Logo após, em *3.10.2016*, a *Denúncia* foi recebida.

Os impetrantes apontam como autoridade coatora a 8ª Turma do egrégio Tribunal Regional Federal, pois em julgamento colegiado proferido em 14.12.2016, em votação unânime, denegou a ordem solicitada nos autos do HC n. 504544290.2016.4.04.0000/PR, mantendo a prisão preventiva decretada em desfavor do Paciente. Consta da ementa:

“(…).

1. *A prisão provisória é medida rigorosa que, no entanto, se justifica nas hipóteses em que presente a necessidade, real e concreta, para tanto.*

2. *Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a presença do fumus commissi delicti, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como do periculum libertatis, risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.*

3. *A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada ‘Operação Lava-Jato’, os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de*

releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos.

4. *Em grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato, como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa.*

5. *Havendo fortes indícios da participação do paciente em 'organização criminosa', em crimes de 'corrupção passiva' e de 'lavagem de capitais', todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública (STJ/HC n. 302.604/RP, Rel. Ministro Newton Trisotto, Quinta Turma, julg. 24.11.2014).*

6. *A teor do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, é indevida a aplicação de medidas cautelares diversas, quando a segregação encontra-se justificada na periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 23.10.2014).*

7. *Ordem de habeas corpus denegada."*

Aduzem os impetrantes, em suma, que *não concorrem na espécie quaisquer dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, razão pela qual há manifesta ilicitude no ato apontado como coator.*

Quanto ao fundamento de que a prisão é *necessária para evitar "destruição de provas"*, os impetrantes afirmam que não tem a mínima razoabilidade, já que a *ausência dos computadores na empresa do Paciente, chamada Projeto Ltda.* (que sofreu busca e apreensão judicial) deu-se porque os profissionais que lá trabalhavam utilizavam notebooks para se conectar às estações de trabalho, os quais, por óbvio, eram retirados do local quando os profissionais executavam trabalhos externos. Assim, o fundamento de que tal retirada é indicativo de destruição de provas é mera ilação. Aduzem, no mais, que *atualmente já se acha concluída a seara da prova acusatória*, não havendo mais razão para subsistir a prisão por tal motivo.

Já em relação ao fundamento de que a prisão preventiva *"é necessária para debelar a corrupção sistêmica, sob pena de agravamento progressivo do quadro*

criminoso”, e que “impor a prisão preventiva em um quadro de corrupção e lavagem de dinheiro sistêmica é aplicação ortodoxa da lei processual penal”, sustentam que, em verdade, a prisão preventiva foi aplicada com confesso caráter de antecipação de pena, com evidente vulgarização da prisão cautelar, decretada sem a presença de seus requisitos.

No que tange ao fundamento de que *“enquanto não afastado o risco de dissipação do produto do crime, presente igualmente um risco maior de fuga ao exterior, um vez que os investigados poderiam se valer de recursos ilícitos ali mantidos para facilitar fuga e refúgio no exterior”,* aduzem os impetrantes que *não há nenhum indício de que o Paciente mantenha contas ou valores no exterior. Quanto à possibilidade de fuga, não passa de construção cerebrina.*

Alegam os impetrantes, também, que os mesmos fundamentos que serviram para decretar a prisão preventiva do Paciente serviram para justificar o decreto de prisão cautelar do corréu *Branislav Kontic*. Assim, como ele foi solto no mesmo julgamento em que o Paciente foi mantido preso, o Paciente também deveria ter sido posto em liberdade, já que estava em situação idêntica.

Aduzem, no mais, que a justificativa quanto à prevenção do recebimento de saldo de propina é mirabolante, negando veementemente, no mais, que o Paciente seja o tal “Italiano”.

Sustentam que tudo não passa de *meras conjecturas* e que manter o Paciente preso diante desse quadro processual é inadmissível, pois não há necessidade alguma da prisão preventiva, já que não se vislumbra nenhum prejuízo à Justiça na hipótese de o Paciente responder à Ação Penal em liberdade.

Ao final, pedem seja concedida a ordem, reconhecendo-se o direito do Paciente de responder a Ação Penal em liberdade.

Às fls. 1.235-1.414 os impetrantes fizeram a juntada da *“resposta à acusação” oferecida nos autos da Ação Penal*, requerendo que *tal peça faça parte da impetração*, já que havia sido mencionada já no corpo da Petição Inicial.

Não houve pedido liminar, sendo solicitada, porém, a dispensa das informações pela autoridade apontada como coatora. Apesar de tal pedido, as informações foram fundamentadamente solicitadas (fl. 1.416), e devidamente prestadas, constando às fls. 1.426-1.453 dos autos.

Os impetrantes peticionaram novamente às fls. 1.486/1.594, pedindo a juntada dos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela Acusação, e para que conste como fundamento da impetração o excesso de prazo para a formação da culpa, sem que haja perspectiva para a prolação da sentença de primeiro grau.

O Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 1.598-1.615, opinando pelo não cabimento deste *Habeas Corpus*, e pelo julgamento do HC n. 377.755, eis que pelo princípio da continência o HC n. 387.557 (ou seja, o presente) se acha englobado pelo HC n. 377.755.

Os impetrantes peticionaram novamente (fls. 1.619-1.620), *requerendo que haja o julgamento em conjunto*, na mesma sessão, *do presente HC e dos HC n. 377.755 e 374.357*.

Houve pedido de sustentação oral pelos impetrantes (fls. 1.621-1.622).

Vieram então os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Da análise detida dos autos, tenho que para bem equacionar a questão trazida à apreciação desta Corte de Justiça, é oportuno dividir a fundamentação da presente decisão em 6 tópicos, a saber: 1. Cabimento do presente *Habeas Corpus* e pedido de julgamento conjunto com os HC n. 377.755 e HC n. 374.357; 2. A Denúncia contra o Paciente; 3. Os fundamentos para o recebimento da Denúncia; 4. Os fundamentos da prisão preventiva; 5. A decisão do Tribunal Regional Federal no HC n. 5045442-90.2016.4.04.0000/PR; 6. Análise do alegado constrangimento ilegal.

1. Cabimento do presente Habeas Corpus e pedido de julgamento conjunto com os HC n. 377.755 e 374.357

O presente *Habeas Corpus* foi impetrado em substituição ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, que seria o recurso cabível ante o fato de a decisão ora questionada ter sido denegatória de HC impetrado perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região (art. 105, II, “a”, da CF).

Assim, a primeira questão neste *Habeas Corpus* diz respeito ao seu próprio cabimento. Este Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do excelso Supremo Tribunal Federal (HC n. 113.890/SP, Rel. Min. *Rosa Weber*, DJ de 28.2.2014), não tem admitido a impetração de *Habeas Corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando-se assim o sistema recursal vigente e a própria eficiência da prestação jurisdicional, que ficaria prejudicada pelo uso desmedido e abusivo de tal ação constitucional,

quando impetrada em substituição ao recurso previsto em lei. Diante disso, impõe-se reconhecer o não cabimento do presente *Habeas Corpus*.

Resta analisar, porém, se há flagrante constrangimento ilegal, hábil a justificar a atuação, *de ofício*, deste Superior Tribunal de Justiça, ante a autorização contida no § 2º do art. 654 do CPP.

Por outro lado, os impetrantes solicitaram através da petição de fls. 1.619-1.620 que haja o julgamento conjunto do presente *Habeas Corpus* e dos HCs n. 377.755 e 374.357.

Sucedo que *em relação ao HC n. 377.755*, já houve o trânsito em julgado da decisão monocrática por mim proferida, julgando prejudicado tal *writ*, pois atacava decisão liminar, e posteriormente houve o julgamento do HC originário mediante decisão colegiada, *sendo que referida decisão colegiada é agora justamente impugnada através do presente HC*.

Já *em relação ao HC n. 374.357*, também atacava decisão liminar proferida em HC perante o TRF, mas tendo por objeto específico a suposta ilegalidade consistente em ter sido decretada a prisão preventiva do Paciente em período eleitoral, havendo vedação pelo art. 236 do Código Eleitoral. Sucedo que, da mesma forma, acabou havendo posteriormente o julgamento colegiado, razão pela qual proferi decisão considerando referido HC prejudicado.

Assim, como os *Habeas Corpus mencionados possuíam objetos distintos e no momento está pendente de análise apenas o presente Habeas Corpus, inviável o pedido de julgamento conjunto*.

2. A Denúncia contra o Paciente

Apesar dos impetrantes terem solicitado na petição de fls. 1.235-1.236 que a “resposta à acusação” oferecida nos autos da Ação Penal seja parte integrante da presente impetração, *não juntaram, como era de se esperar, a respectiva Denúncia*.

De todo modo, como o processo não está sob segredo de justiça, foi possível visualizar o inteiro teor da Denúncia através de acesso a *internet*, no seguinte link: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-denuncia-contra-antonio-palocci/> (acesso em 11.4.2017).

A Denúncia é extensa: possui 122 páginas e contém 15 denunciados, incluindo-se dentre eles o Paciente. Em tal peça, descreve-se com detalhes: I) a contextualização das investigações; II) o esquema criminoso estruturado em desfavor da Administração Pública Federal; III) a organização criminosa

estruturada em desfavor da Petrobrás; IV) a atuação de **Antonio Palocci** em favor dos interesses econômicos da Odebrecht e o sistemático pagamento de vantagens indevidas; V) os crimes de corrupção praticados; VI) os crimes de lavagem de dinheiro praticados; VII) as capitulações respectivas em relação a cada um dos denunciados.

Como o presente *Habeas Corpus* tem como Paciente apenas *Antonio Palocci Filho*, será feita menção tão-somente à acusação feita em seu desfavor.

Segundo a Denúncia, entre 2003 e 2014, estruturou-se no Governo Federal um grande esquema criminoso, de acordo com o qual diversas pessoas indicadas a ocupar os mais altos e estratégicos cargos da República eram nomeadas mediante o compromisso de promover a arrecadação de propina em favor do Partido Político que o sustentava no relevante posto ocupado, sendo que *Antonio Palocci Filho*, juntamente com *João Vaccari Neto*, seria responsável pelo “caixa geral de propinas” do Partido dos Trabalhadores.

Ainda segundo a Denúncia, a atuação do Paciente no recebimento e na gestão de recursos pagos a título de propina e destinados ao Partido dos Trabalhadores ocorreu, entre 2003 e 2015, em duas frentes: a) mediante sua própria corrupção, no período em que exerceu os cargos de Ministro da Fazenda, Deputado Federal, Ministro da Casa Civil e membro do Conselho de Administração da Petrobras; b) mediante influência e ascendência exercida sobre outros funcionários públicos e agentes políticos ligados ao PT. Em ambas as atuações, os recursos ilícitos eram destinados ao caixa geral de propina do PT.

Afirma a acusação que a partir da análise da agenda de *Marcelo Odebrecht* identificaram-se registros de, pelo menos, 27 reuniões entre **Marcelo Odebrecht** e **Antonio Palocci**, sendo que não haveria nenhuma relação comercial lícita a justificar tantos encontros e tratativas de assuntos tão intimamente ligados às decisões da alta administração federal.

Aduz a denúncia, ainda, que para dissimular a relação ilícita mantida pelo Paciente com os executivos da *Odebrecht*, no intuito de ocultar os rastros dos contatos realizados, estabeleceu-se que as comunicações, tanto para o agendamento de reuniões como para o encaminhamento de documentos, seriam realizados por intermédio do assessor de **Antonio Palocci**, o também denunciado **Branislav Kontic**, o qual não apenas sabia das tratativas ilícitas estabelecidas entre *Antonio Palocci* e *Marcelo Odebrecht*, e dos valores espúrios recebidos por *Palocci*, como também aderiu conscientemente a tal pacto, desenvolvendo atividade de extrema relevância para o esquema criminoso.

Narra o Ministério Público Federal que o Paciente gerenciava uma “conta corrente de pagamento de propina” mantida entre a Odebrecht e o Partido dos Trabalhadores, sendo que os indícios acerca dessa imputação consistiriam em registros de emails, anotações e planilhas apreendidas com executivos da Odebrecht - em especial a partir da apreensão e análise da planilha “Programa Especial Posição Italiano”.

Afirma o MPF que o Paciente praticou crime de corrupção passiva porque no período compreendido entre meados de 2010 e 2011, na qualidade de Deputado Federal, Ministro da Casa Civil, e membro do Conselho de Administração da Petrobrás, aceitou receber, para si e para outrem, direta e indiretamente, vantagens indevidas oferecidas por **Marcelo Odebrecht**, interferindo para o que o grupo empresarial representado por Marcelo obtivesse a contratação de 21 navios-sondas com a Petrobras, de acordo com os interesses do grupo Odebrecht (os detalhes acerca dessa intervenção são melhor explicitados na denúncia, não juntada pelos impetrantes).

Narra também que embora a planilha “Programa Especial Italiano” tenha registrado a realização de repasses de propina no valor aproximando de 128 milhões de reais entre os anos de 2008 a 2013, a denúncia contra o Paciente refere-se à corrupção e respectiva lavagem de dinheiro no valor de U\$ 10.219.691,08 (dez milhões, duzentos e dezenove mil, seiscentos e noventa e um dólares). Segundo a acusação, como pagamento de parte da propina destinada ao PT, **Antonio Palocci** determinou que tal quantia fosse transferida a **Mônica Moura** e **João Santana**, os quais foram responsáveis pelo trabalho de marketing da campanha eleitoral de **Dilma Rousseff**. Esclarece o Ministério Público, inclusive, que **Antonio Palocci** foi coordenador da campanha eleitoral de **Dilma**.

Ao receberem esses recursos (numa conta secreta na Suíça, denominada *Shellbill*, entre o período de 19.07.2011 a 18.07.2012), **Mônica Moura** e **João Santana** tinham plena ciência de que os recursos que lhes estavam sendo transferidos no exterior eram provenientes de crime de corrupção praticado por **Antonio Palocci**.

Além disso, o Paciente é acusado do crime de lavagem de dinheiro porque teria ocultado e dissimulado a origem dos valores obtidos criminalmente, através de contas secretas no exterior, tendo como beneficiários terceiros (**Mônica Moura** e **João Santana**).

Os detalhes de toda a acusação constam, como dito, na extensa Denúncia que foi oferecida. Nesta decisão, foi mencionado o resumo da acusação.

Quanto aos fatos relacionados ao Paciente, a denúncia abrangeu ainda *Branislav Kontic* (assessor de confiança de *Palocci*, que teria auxiliado o Paciente na arrecadação e destinação das propinas obtidas ilicitamente), *Marcelo Odebrecht* (ex-diretor da Odebrecht, que teria oferecido as vantagens indevidas), *Mônica Moura* e *João Santana* (casal de publicitários que teria recebido vantagens indevidas, com o aval do Paciente).

Por tais fatos, o Paciente foi acusado da prática dos crimes de corrupção (por uma vez) e lavagem de dinheiro (por 19 vezes), descritos respectivamente nos arts. 317, caput e § 1º, c/c 327, § 2º do Código Penal e 1º da Lei n. 9.613/1998.

O crime de lavagem de dinheiro teria sido praticado por 19 vezes porque houve transferências fracionadas (num total de 19) do valor obtido a título de propina, no período de 19.07.2011 a 18.07.2012.

3. Dos fundamentos para o recebimento da Denúncia

Em relação aos fatos imputados ao Paciente, assim se manifestou o magistrado de primeiro grau quando da análise acerca do recebimento da Denúncia:

“(…).

No que se refere à justa causa para a denúncia, entendo que os fundamentos já exarados por este Juízo na decisão datada de 30.09.2016 (evento 73) do processo 5043559-60.2016.4.04.7000, na qual deferi pedido de prisão preventiva de Antônio Palocci Filho e de Branislav Kontic, são suficientes, nessa fase, para o recebimento da denúncia.

Conforme exposto cumpridamente naquelas decisões, há razões fundadas para identificar Antônio Palocci Filho como a pessoa identificada pelo codinome “Italiano” no Setor de Operações Estruturadas da Odebrecht. Entre elas, a referida planilha apreendida que retrata, sob o título “Posição Programa Especial Italiano”, os pagamentos e compromissos de pagamentos de vantagem indevida pelo referido grupo empresarial a agentes do Partido dos Trabalhadores entre 2008 a 2013, as mensagens eletrônicas nas quais executivos do Grupo Odebrecht discutem a respeito da interferência de “Italiano” em seu favor junto ao Governo Federal e os registros na contabilidade subreptícia de pagamentos de valores a “Italiano”.

Por outro lado, apesar da dificuldade do rastreamento dos pagamentos, há, em cognição sumária, prova documental de pagamentos no exterior efetuados pelo Grupo Odebrecht e subrepticamente em benefício de João Cerqueira de Santana Filho e

Mônica Regina Cunha Moura e que é consistente com o lançamento a esse título na referida planilha, sem olvidar que ambos prestavam serviços de publicidade eleitoral em diversas campanhas do Partido dos Trabalhadores.

Agregue-se a referência feita pelo MPF na denúncia às mensagens eletrônica, datadas de 19.08.2009, trocadas entre executivos do Grupo Odebrecht e nas quais, com o assunto “Palocci acaba de ligar”, o contexto mais uma vez indica que “Italiano” seria o interlocutor e que estaria, Italiano/Palocci, na reunião com o então Ministro da Fazenda Guido Mantega e o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva para defender os interesses do Grupo Odebrecht (fls. 50-51).

(...).

Presente, portanto, justa causa para a imputação.

Evidentemente, a questão da presença ou não do elemento subjetivo deve ser aferida após a instrução, sendo inviável resolver o ponto nessa fase processual.

Também evidentemente, a avaliação das questões de fato e de direito ora feita se faz em cognição sumária e é meramente provisória.

Questões mais complexas a respeito do enquadramento jurídico dos fatos, com a configuração ou não, por exemplo, de crime de corrupção e de lavagem, o que depende de profunda avaliação e valoração das provas, devem ser deixados ao julgamento, após a instrução e o devido processo.

(...).

3. Presentes indícios suficientes de autoria e materialidade, recebo a denúncia contra os acusados acima nominados.’

Como se verifica, além de expor sucintamente os fundamentos que justificaram o recebimento da Denúncia em relação ao Paciente, o magistrado mencionou que a motivação feita pelo Juízo quando da decretação da prisão preventiva também é suficiente para o recebimento da Denúncia. Assim, os fundamentos expostos em tal decisão também fazem parte da fundamentação feita para o recebimento de denúncia.

Na decisão pela qual foi decretada a prisão preventiva (fls. 484/508), o magistrado menciona que surgiram provas, em cognição sumária, de que o Paciente recebia e era responsável pela coordenação dos recebimentos por parte de seu grupo político (PT) de pagamentos subreptícios pelo grupo Odebrecht.

Refere também que houve a apreensão de uma planilha denominada “Programa Especial Italiano”, contendo indícios de pagamento de propina. Aduz que

houve a apreensão de planilha semelhante no celular de *Marcelo Odebrecht*, com indícios de pagamento de propina até outubro de 2013.

Há menção de identificação de transferências bancárias no exterior, em contas secretas controladas por *João Cerqueira de Santana Filho*, que prestou serviços eleitorais ao PT em campanhas eleitorais.

Menciona o magistrado que entre 2008 e 2013, segundo referida planilha apreendida, teriam sido pagos 128 milhões de reais pela Odebrecht ao PT, havendo ainda um saldo de cerca de 71 milhões de reais a pagar, havendo fundada suspeita sobre a licitude desses pagamentos.

Também é mencionado que *Antonio Palocci* reunia-se com frequência com *Marcelo Odebrecht*.

É referido que a conclusão de que “italiano” seria Palocci foi feita após análise de mensagens eletrônicas trocadas entre Marcelo Odebrecht e outros executivos da Odebrecht, da própria planilha e de outras anotações e encontros registrados no celular de Marcelo Odebrecht.

Segundo o magistrado, inicialmente “italiano” teria sido atribuído pela autoridade policial a Guido Mantega, que possui nacionalidade italiana, mas a hipótese foi posteriormente descartada, pois o próprio *Marcelo Odebrecht*, numa mensagem eletrônica remetida a executivos do grupo Odebrecht, fez referência a *Guido Mantega* e a “italiano” como sendo pessoas distintas.

Dois fatos constituem indícios de que Italiano seria Palocci: *Marcelo Odebrecht*, em troca de mensagens com executivos da Odebrecht, mencionou “deputado” e “Brani” (que seria o diminutivo do assessor de Palocci Branislav). *Palocci*, por sua vez, era deputado.

Posteriormente, em outra mensagem, *Marcelo Odebrecht*, em mensagem datada de 13.8.2009, mencionou textualmente *Palocci*, ao dizer “Veja com Brani que horas posso me encontrar amanhã com o Palocci (qq horário – eh prioridade)”.

A identificação de “Brani” como sendo “*Branislav*” decorreu de própria mensagem de *Marcelo Odebrecht* enviada a Branislav, dirigindo-se a ele como “*Brani*”: “Brani, favor encaminhar para o Chefe. Abraços. Marcelo”.

Outra mensagem, enviada pela secretária de *Marcelo Odebrecht*, reforça a identificação de “Italiano” como sendo um deputado: “*Dr. Marcelo, procurou pelo Sr. 13h50 – Deputado (Italiano)*”.

Na decisão, o magistrado mencionou ainda outros fatos que levam a crer que “Italiano” seria o Paciente, como por exemplo no item 150 da referida decisão.

Depreende-se ainda da referida decisão que segundo troca de mensagens por celular e e-mail descobertas com a investigação, o grupo Odebrecht recorria com frequência a *Palocci* para que este intercedesse junto ao Governo Federal em favor de seus interesses.

Os interesses do grupo Odebrecht são citados na decisão pela qual foi decretada a prisão preventiva do Paciente nos itens 74 a 129.

Na mencionada decisão, o magistrado refere ainda que restou comprovado, tanto pelos documentos enviados pela Suíça como pela própria confissão de *João Santana* e *Mônica Moura*, que eles são controladores da conta em nome da offshore *Shelbill* no *Banco Heritage*, em Genebra, na Suíça, conta esta que recebeu transferências por parte da *Odebrecht*.

Na planilha “*Programa Especial Italiano*”, os registros e anotações de pagamentos a “*Feira*” (*identificados como sendo o casal João e Mônica*) corresponde com os valores que foram encontrados na conta secreta mencionada. Por outro lado, segundo o magistrado, ante o teor da planilha, *esses pagamentos foram coordenados pelo “Italiano”, ou seja, por Antonio Palocci, ora Paciente do presente Habeas Corpus.*

Enfim, verifica-se que foram apontados *a prova da materialidade e os indícios de autoria a justificar o recebimento da Denúncia.*

4. Os fundamentos da prisão preventiva

Como já mencionado, a decisão pela qual se decretou a prisão preventiva do Paciente consta às fls. 484-508 dos autos. Constata-se que a prisão foi decretada para a garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal, e também por conveniência da instrução criminal.

Cumpra analisar separadamente cada um dos fundamentos.

4.1. A garantia da ordem pública

Nos itens 180 a 194 da referida decisão, foram expostos os respectivos fundamentos para a decretação da prisão preventiva com a finalidade de assegurar a ordem pública.

Em suma, verifica-se que *quanto à ordem pública a prisão foi motivada: a)* para debelar a corrupção sistêmica, sob pena de agravamento progressivo do quadro criminoso, com comprometimento inclusive da própria qualidade da democracia, já que segundo as investigações os desvios tem sido utilizados para pagamento de propinas a dezenas de parlamentares; *b)* por conta da dimensão em concreto dos crimes (cerca de 128 milhões de reais recebidos pelo PT sob o comando do Paciente, com saldo a receber, ainda, de cerca de 71 milhões de reais) e do caráter serial dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro (praticados por vários anos, de maneira reiterada, profissional e sofisticada, com realizações de pagamentos subreptícios em conta secreta de terceiro no exterior); *c)* para prevenir o envolvimento do Paciente em outros esquemas criminosos, bem como para prevenir o recebimento do saldo da propina ainda pendente, e prevenir ainda novos crimes de lavagem de dinheiro através de novas condutas de ocultação ou dissimulação do produto do crime.

4.2. A aplicação da lei penal

Verifica-se da decisão constante às fls. 484/508 dos autos que a prisão preventiva foi também motivada *para assegurar a aplicação da lei penal (itens 195 a 198)*, ao argumento de que: *a)* não foi possível ainda rastrear parcela considerável dos 128 milhões de reais pagos, havendo indícios de que tais valores estão em contas secretas no exterior ainda não identificadas e bloqueadas, de modo que enquanto não houver rastreamento do dinheiro e a identificação de sua localização atual, há risco de dissipação do produto do crime, o que inviabilizará a sua recuperação; *b)* enquanto não afastado o risco de dissipação do produto do crime, presente igualmente um risco maior de fuga ao exterior, uma vez que os investigados poderiam se valer de recursos ilícitos ali mantidos para facilitar fuga e refúgio no exterior.

4.3. A conveniência da instrução processual

Constata-se, ainda, que a prisão preventiva foi motivada, por fim, *para prevenir risco à investigação ou a à instrução. Tal fundamentação constou dos itens 200 a 206 da decisão:*

“200. Informa a autoridade policial que, quando da realização das diligências de busca e apreensão no dia 26.09.2016, na sede da empresa Projeto Consultoria, de Antônio Palocci Filho e Branislav Kontic, foi constatada a ausência dos ‘gabinetes dos computadores’ na diversas estações de trabalho da empresa (fl. 85 da representação,

evento 54). Reporta-se o MPF a este mesmo fato (fs. 8-10 da manifestação do evento 63).

201. A informação da equipe que realizou as buscas no escritório de Antônio Palocci Filho confirma o fato. Transcreve-se (evento 54, anexo7):

“Informo que, durante o cumprimento do mandado de busca (...) na empresa Projeto - Consultoria Empresarial e Financeira Ltda., (...), constatei a existência de monitores, teclados e mouses sem os correspondentes computadores (gabinetes - desktop).

Segundo fotos abaixo, produzidas no interior do escritório, os monitores, teclados e mouse todavia encontravam-se nas mesas de trabalho, inclusive com os fios que os deveriam conectar aos respectivos gabinetes.

Diante de tal fato, entrei em contato com o responsável pelo cumprimento do mandado de prisão (...), que questionou Branislav Kontic sobre os motivos dos monitores estarem sem gabinetes. Por tal motivo, o investigado em tela afirmou que os monitores eram antigos e, portanto, de computadores velhos. Ademais, alegou que estaria usando notebooks. Entretanto, causa espécie a suposta substituição dos computadores velhos por notebooks sem a retirada dos monitores das bancadas, assim como teclados, mouse e fios, fato que mereceria esclarecimentos.”

202. Na informação, constam fotos que confirmam o relato, nas quais visualizam-se pelo menos duas estações de trabalho, com monitor, mouse e teclado ali presentes, desconectados e desacompanhados do gabinete do computador.

203. A explicação colhida pelo agente policial com o investigado Branislav Kontic, de que estariam utilizando notebooks no escritório, **não parece ser muito consistente com a manutenção no local dos monitores, mouses e especialmente dos teclados desconectados.**

204. Já a explicação apresentada pela Defesa de Antônio Palocci Filho, de que os gabinetes teriam sido retirados temporariamente por empregados da empresa que estariam trabalhando em outros locais (evento 68), além de carente de prova, causa estranheza não só pela manutenção do restante do equipamento no local, mas igualmente por **não convergir com a explicação já dada pelo próprio Branislav Kontic.**

205. Há, portanto, indícios de que, previamente à busca e apreensão, foram retirados do local os gabinetes com os arquivos eletrônicos dos computadores mantidos no escritório profissional de Antônio Palocci Filho e Branislav Kontic, o que talvez seja explicado pelo fato de que, mesmo antes da busca, já havia

especulações acerca da realização de diligências, na Operação LavaJato, em relação ao ex-Ministro.

206. *Embora o fato demande ser completamente esclarecido, inclusive quanto aos alibis apresentados, é, nesse momento, indicativo de supressão e ocultação de material probatório, a caracterizar risco à investigação e à instrução*” (destacou-se).

Ao final, o magistrado *concluiu dizendo que no caso não se mostra possível a substituição, de maneira eficaz, da prisão por medidas cautelares diversas*, dizendo que nem o afastamento do Paciente de cargos ou mandatos eletivos previniu a continuidade delitiva, e que os crimes foram praticados no “mundo das sombras”, através de transações subreptícias, tornando inviável a aplicação de medidas cautelares diversas para prevenir a continuidade da prática delitiva, *inclusive o recebimento do saldo da propina*, novas operações de lavagem de dinheiro, e a dissipação dos ativos criminosos ou supressão de provas.

5. *A decisão do Tribunal Regional Federal no HC n. 5045442-90.2016.4.04.0000/PR*

Em julgamento realizado no dia 14.12.2016, o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, denegou a ordem, aduzindo que havendo prova da materialidade e indícios de autoria, e sendo necessária a prisão preventiva, bem como sendo inviável a substituição por medidas cautelares alternativas, deve ser mantida na íntegra a decisão de primeiro grau pela qual foi decretada a prisão preventiva do Paciente.

A ementa do acórdão já foi transcrita no relatório da presente decisão. Eis novamente a síntese:

“(…).

1. *A prisão provisória é medida rigorosa que, no entanto, se justifica nas hipóteses em que presente a necessidade, real e concreta, para tanto.*

2. *Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a presença do fumus commissi delicti, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como do periculum libertatis, risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.*

3. *A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada ‘Operação Lava-Jato’, os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal,*

bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos.

4. *Em grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato, como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa.*

5. *Havendo fortes indícios da participação do paciente em 'organização criminosa', em crimes de 'corrupção passiva' e de 'lavagem de capitais', todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública (STJ/HC n. 302.604/RP, Rel. Ministro Newton Trisotto, Quinta Turma, julg. 24.11.2014).*

6. *A teor do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, é indevida a aplicação de medidas cautelares diversas, quando a segregação encontra-se justificada na periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 23.10.2014).*

7. *Ordem de habeas corpus denegada."*

Do corpo do acórdão, extrai-se que para a denegação da ordem, foi considerado: *a) que a operação LavaJato desbaratou um esquema de corrupção e de saques aos cofres da Petrobras, maior estatal brasileira, de proporções amazônicas, jamais visto antes; b) que a prática de crimes de lavagem de dinheiro também representa risco à ordem pública, pois podem ser tão ou mais danosos à sociedade ou a terceiros do que os crimes praticados nas ruas com violência; c) que a singularidade e a dimensão do caso estão a exigir que se compreenda os nefastos efeitos, pretéritos, presentes e futuros, que condutas como as investigadas encerram; d) que os delitos financeiros e contra a administração pública atingem toda a coletividade; e) que o Paciente exercia papel proeminente nos crimes de corrupção praticados contra a Administração Pública Federal, sendo que em casos análogos (de grupo criminoso complexo e de grandes dimensões) a jurisprudência da 8ª Turma do TRF tem assentado o entendimento de que prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato, como é o caso do Paciente, de modo que a prisão é*

necessária para preservar a ordem pública, já que tem-se um quadro de corrupção sistêmica e de reiteração delitiva; f) que a prisão justifica-se também para *prevenir o envolvimento do investigado em outros esquemas criminosos, bem como para impedir ou dificultar novas condutas de ocultação e dissimulação do produto do crime, já que este ainda não foi integralmente rastreado e recuperado*; g) que há prova da materialidade dos crimes e indícios de autoria em relação ao Paciente; h) *que há risco à aplicação da lei penal caso o Paciente seja solto, pois enquanto não rastreada e bloqueada a integralidade dos valores originários de propinas e depositados em contas no exterior, não se pode descartar a possibilidade de que sejam realizadas novas e sucessivas transferências dos valores existentes com a finalidade de tornar mais dificultosa a recuperação do produto do crime*; i) *há risco à investigação e à instrução criminal, pois há suspeita de que os equipamentos tenham sido retirados da empresa do Paciente com a finalidade de dificultar a investigação*; j) que as medidas cautelares diversas da prisão não seriam suficientes.

6. Análise do alegado constrangimento ilegal

Como dito no começo da fundamentação da decisão, o presente *Habeas Corpus* não deve ser conhecido, pois foi impetrado em substituição ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, que era o recurso cabível ante a decisão denegatória de *Habeas Corpus* originário perante o Tribunal Regional Federal.

Neste sentido, eventual concessão da ordem caberia apenas de ofício, caso constatado, de plano, que o Paciente sobre coação ilegal (art. 654, § 2º, do CPP).

Analisando-se os fundamentos expostos pelo magistrado de primeiro grau e validados pelo Tribunal Regional Federal, não vislumbro ilegalidade a justificar a concessão de ofício da ordem, pois as decisões, tanto do magistrado de primeiro grau como do TRF, foram devidamente fundamentadas.

De todo modo, a fim de que não se alegue omissão, cabe analisar, por fim, *os argumentos dos impetrantes que estariam a evidenciar a ilegalidade do ato apontado como coator*. Tais argumentos já foram mencionados no relatório da presente decisão e serão examinados a seguir. Em resumo, são os seguintes: a) *ausência de justa causa*; b) *falta dos requisitos para a prisão preventiva*.

A par de tais argumentos, *os impetrantes solicitaram também*: a) *que o teor da resposta à acusação faça parte da impetração*; b) *que passe a constar como fundamento da impetração o excesso de prazo* (fls. 1.486-1.594).

Em relação ao pedido no sentido de que o teor da resposta à acusação faça parte da presente impetração, há uma questão processual que está a impedir tal análise:

a resposta à acusação não fez parte da impetração dirigida ao Tribunal Regional Federal, pois não houve o enfrentamento das questões ventiladas em tal peça no acórdão proferido pelo TRF. Prova de que tal peça não foi analisada pelo TRF nos autos do HC lá impetrado é o próprio teor do relatório de tal acórdão, no qual consta que a autoridade apontada como coatora (juiz de primeiro grau) prestou informações dando conta do oferecimento de denúncia em desfavor do Paciente, recebida em 3.10.2016. Ora, se não houve informações por parte da autoridade então apontada como coatora de que foi oferecida resposta à acusação, é porque quando da impetração do HC no TRF tal peça ainda não havia sido oferecida nos autos da Ação Penal. Assim, caso esta Corte de Justiça analise os motivos expostos em tal peça, haveria supressão de instância. Por tais razões, não conheço de tal pedido.

O mesmo ocorre *em relação ao alegado excesso de prazo*: tal alegação de excesso de prazo deveria ter sido aventada primeiramente perante o egrégio Tribunal Regional Federal, sob pena de supressão de instância. Analisando o teor do acórdão, verifica-se que essa questão não foi ventilada. Portanto, não cabe a esta Corte de Justiça analisar eventual excesso de prazo sem que antes o TRF sobre isso se manifeste.

Ainda que assim não fosse, tenho que no caso não há motivos para se reconhecer, de ofício, o alegado excesso de prazo, pois não há ilegalidade manifesta.

Alegam os impetrantes que estando o Paciente preso desde 26.9.2016 (ou seja, há mais de 6 meses), há evidente excesso de prazo para a formação da culpa na Ação Penal a que está respondendo no Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba.

Ocorre que a *Ação Penal é complexa, envolvendo 15 denunciados*, a oitiva de várias testemunhas residentes inclusive fora dos limites territoriais do Juízo competente, além de cooperação jurídica internacional devido aos supostos crimes de lavagem de dinheiro praticados no exterior.

Por outro lado, verifica-se que a Ação Penal vem tramitando regularmente, já tendo sido inquiridas inclusive as testemunhas arroladas na Denúncia. Assim, a demora não é decorrente de falha imputável ao Juízo, *mas sim da própria complexidade da Ação Penal*.

Além disso, atualmente o processo está na fase da *oitiva das testemunhas arroladas pela defesa*, e a julgar pela tramitação que tem sido dada pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba às ações penais sob sua responsabilidade, tem-se que em poucos meses o processo deve ser sentenciado.

Nada impede nova análise de eventual excesso de prazo caso isto não ocorra em prazo razoável. *Por enquanto, porém, não há excesso de prazo a ser reconhecido.*

Por fim, *em relação ao pedido de extensão da decisão proferida em relação ao corréu **Branislav Kontic** (aplicando medidas cautelares diversas da prisão), argumentam os impetrantes que o Paciente está a merecer o mesmo tratamento conferido ao corréu **Branislav Kontic** porque os motivos que ensejaram a prisão do Paciente foram os mesmos que ensejaram a prisão dele - o qual porém foi solto posteriormente, sendo mantida entretanto a prisão do Paciente.*

Ocorre que o Tribunal Regional Federal considerou que a função de ambos é distinta, pois enquanto ***Branislav Kontic** era assessor do Paciente, não tendo por isso proeminência na interlocução com o Governo Federal nem domínio dos fatos, o Paciente seria justamente o responsável pela arrecadação de propinas ao Partido do Trabalhadores, tendo grande influência junto as mais altas autoridades da república quando da prática dos crimes pelos quais está sendo acusado.*

Feitas estas considerações, passo analisar as demais questões.

6.1. Da ausência de justa causa

Como se sabe, a justa causa, que constitui condição da ação penal (bem como pressuposto para a decretação da prisão preventiva), consubstancia-se no lastro probatório mínimo, indicativo da autoria e da materialidade da infração penal.

Da leitura atenta da inicial do presente HC, verifica-se que os impetrantes sustentam *não haver justa causa pela ausência de indícios mínimos de autoria, seja porque negam veementemente que o Paciente seria o tal “italiano” (referido na planilha intitulada “Programa Especial Italiano”, que foi apreendida no curso das investigações), seja porque não há indício mínimo de participação do Paciente no fluxo financeiro de recebimento das supostas vantagens indevidas.*

Sucedede que, como visto no tópico desta decisão relacionado aos fundamentos para o recebimento da Denúncia, houve fundamentação concreta, baseada em elementos indiciários constantes da Ação Penal, no sentido de que, em cognição sumária, há elemento probatório mínimo a permitir a conclusão de que o Paciente possivelmente seja o “italiano” mencionada na tal planilha. E isto é suficiente para o recebimento da Denúncia.

Em relação à prova indiciária de que o Paciente participou do fluxo financeiro relacionado ao pagamento da propina relacionada aos fatos pelos quais está sendo

acusado (recebimento de vantagem indevida no valor de U\$ 10.219.691,08 – dez milhões, duzentos e dezenove mil, seiscentos e noventa e um dólares, através de depósito em conta secreta no exterior controlada por João Santana e Mônica Moura), o magistrado de primeiro grau disse que tal prova *consiste na correspondência dos valores existentes em tal conta com as anotações constantes na planilha “Programa Especial Italiano”, de pagamentos a “Feira” (identificados como sendo o casal João e Mônica)*. Assim, segundo o magistrado, ante o teor da planilha, esses pagamentos foram coordenados pelo “Italiano”, ou seja, por *Antonio Palocci*, ora Paciente do presente *Habeas Corpus*. Enfim, diante de tal fundamentação, é de se concluir que há lastro probatório mínimo, isto é, justa causa, a permitir o recebimento da Denúncia.

Os impetrantes sustentam também a ausência do *fumus comissi delicti* porque não há comprovação de que os fatos narrados tenham efetivamente se concretizado, já que: o Paciente votou contrariamente à aprovação da famigerada Medida Provisória MP 460; o terreno tratado nos autos nunca recebeu edificação do instituto Lula; o incremento de financiamento do BNDES nunca aconteceu. A respeito dessas questões, verifica-se da análise da Denúncia que embora haja uma narrativa ampla pra contextualizar a acusação, o fato é que o Paciente, na respectiva ação penal, está sendo acusado apenas pela prática do crime de corrupção relacionado ao favorecimento dos interesses do grupo Odebrecht relacionados ao contrato com a Petrobras para o afretamento de 21 navios sondas, e pelos crimes de lavagem de dinheiro decorrentes do pagamento da respectiva vantagem indevida referente ao atendimento de tais interesses da Odebrecht. Assim, a análise de tais argumentos não tem pertinência com o objeto do presente *Habeas Corpus* e por tal razão deixo de analisá-los.

6.2. Da ausência dos requisitos para a prisão preventiva

Conforme já restou exposto, o *magistrado de primeiro grau decretou a prisão preventiva por entender ser necessária para a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, e para assegurar a aplicação da lei penal*. O Tribunal Regional Federal, por sua vez, de forma unânime, manteve a prisão decretada, entendendo que agiu acertadamente o magistrado *a quo*.

6.2.1. Quanto à garantia da ordem pública

Aduzem os impetrantes que a prisão do Paciente foi decretada com confesso caráter de antecipação de pena, com evidente vulgarização da prisão cautelar, decretada sem a presença de seus requisitos.

Verifica-se, porém, que a prisão foi motivada: a) para debelar a corrupção sistêmica, sob pena de agravamento progressivo do quadro criminoso, com comprometimento inclusive da própria qualidade da democracia, já que segundo as investigações os desvios tem sido utilizados para pagamento de propinas a dezenas de parlamentares; b) por conta da dimensão em concreto dos crimes (cerca de 128 milhões de reais recebidos pelo PT sob o comando do Paciente, com saldo a receber, ainda, de 71 milhões de reais) e do caráter serial dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro (praticados por vários anos, de maneira reiterada, profissional e sofisticada, com realizações de pagamentos em conta secreta de terceiro no exterior); c) para prevenir o envolvimento do Paciente em outros esquemas criminosos, bem como para prevenir o recebimento do saldo da propina ainda pendente, e prevenir ainda novos crimes de lavagem de dinheiro através de novas condutas de ocultação ou dissimulação do produto do crime.

Como já mencionado, o Tribunal Regional Federal entendeu que a fundamentação do magistrado foi adequada, pois em relação à garantia da ordem pública, considerou: *a) que a operação LavaJato desbaratou um esquema de corrupção e de saques aos cofres da Petrobras, maior estatal brasileira, de proporções amazônicas, jamais visto antes; b) que a prática de crimes de lavagem de dinheiro também representa risco à ordem pública, pois podem ser tão ou mais danosos à sociedade ou a terceiros do que os crimes praticados nas ruas com violência; c) que a singularidade e a dimensão do caso estão a exigir que se compreenda os nefastos efeitos, pretéritos, presentes e futuros, que condutas como as investigadas encerram; d) que tais delitos financeiros e contra a administração pública atingem toda a coletividade; e) que o Paciente exercia papel proeminente nos crimes de corrupção praticados contra a Administração Pública Federal, sendo que em casos análogos (de grupo criminoso complexo e de grandes dimensões) a jurisprudência da 8ª Turma do TRF tem assentado o entendimento de que prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato, como é o caso do Paciente, de modo que a prisão é necessária para preservar a ordem pública, já que tem-se um quadro de corrupção sistêmica e de reiteração delitiva; f) que a prisão justificase também para prevenir o envolvimento do investigado em outros esquemas criminosos, bem como para impedir ou dificultar novas condutas de ocultação e dissimulação do produto do crime, já que este ainda não foi integralmente rastreado e recuperado.*

De fato, não se pode desconsiderar a dimensão em concreto dos crimes que teriam sido praticados pelo Paciente (prática do crime de corrupção no valor de

mais de 10 milhões de dólares, e prática, por 19 vezes, do crime de lavagem de dinheiro por movimentar de maneira fracionada tal quantia em contas secretas no exterior, utilizando-se de interpostas pessoas).

Além disso, apesar de a Denúncia versar sobre o recebimento de vantagem indevida de “apenas” cerca de 10 milhões de dólares, *consta da fundamentação da decisão que o Paciente, segundo indícios consubstanciados na planilha “Programa Especial Italiano”, teria recebido, em nome do Partido dos Trabalhadores, cerca de 128 milhões de reais, com saldo a receber, ainda, de cerca de 71 milhões de reais.*

Ora, como bem dito pelo egrégio Tribunal Regional Federal, a prática dos citados crimes também representa risco à ordem pública, pois *podem ser tão ou mais danosos à sociedade ou a terceiros do que os crimes praticados nas ruas com violência.*

A propósito disso, parece evidente que embora tais crimes não sejam fisicamente violentos, causam profundos e nefastos danos à sociedade. A corrupção, ainda mais quando praticada com recebimento de elevados valores, também causa mortes e violência, pois hospitais e escolas, por exemplo, deixam de ser bem equipados e construídos, gerando falta de atendimento à saúde da população, falta de educação, além de aumentar ainda mais a desigualdade social, o que gera, por sua vez, mais violência. Neste sentido, quem se dispõe a praticar crimes de tal monta, apresenta *elevada periculosidade social a justificar a prisão preventiva*, pois indica total desprezo ao bem estar da população, na medida em que mesmo ciente dos nefastos efeitos de seus atos, pratica os mencionados crimes. Isso é indicativo de que, estando em liberdade, poderá voltar a praticar crimes, pois como dito, a periculosidade social é acentuada.

Além disso, a prisão para a garantia da ordem pública também foi decretada, adequadamente, para prevenir o envolvimento do Paciente *em outros esquemas criminosos (pois há indícios de que o Paciente era o coordenador geral do “caixa de propinas do PT”, e que há a prática de crimes de corrupção não apenas em relação a Petrobras), bem como para prevenir o recebimento do saldo da propina ainda pendente (há indícios, constantes da planilha “Programa Especial Italiano”, de que há um saldo a pagar pela Odebrecht a “Italiano” de 71 milhões de reais), e prevenir, ainda, novos crimes de lavagem de dinheiro através de novas condutas de ocultação ou dissimulação do produto do crime (vale lembrar que a cada movimentação de quantias em contas secretas no exterior, tem-se, em tese, a prática de novos crimes de lavagem de dinheiro, sendo que a utilização de contas secretas no exterior tem se revelado como de praxe no esquema criminoso perpetrado contra a Petrobrás).*

Enfim, tem-se que houve fundamentação adequada e restou demonstrada a necessidade da prisão cautelar. Os próprios precedentes citados pelo Juiz Sérgio Moro ao decretar a prisão preventiva do Paciente, estão a agasalhar a validade do decreto prisional. A seguir, transcrevo alguns trechos da referida decisão:

“(…).

181. Embora as prisões cautelares decretadas no âmbito da Operação LavaJato recebam pontualmente críticas, o fato é que, se a corrupção é sistêmica e profunda, impõe-se a prisão preventiva para debelá-la, sob pena de agravamento progressivo do quadro criminoso. Se os custos do enfrentamento hoje são grandes, certamente serão maiores no futuro. O país já paga, atualmente, um preço elevado, com várias autoridades públicas denunciadas ou investigadas em esquemas de corrupção, minando a confiança na regra da lei e na democracia.

(…).

183. Assim, excepcional não é a prisão cautelar, mas o grau de deterioração da coisa pública revelada pelos processos na Operação LavaJato, com prejuízos já assumidos de cerca de seis bilhões de reais somente pela Petrobrás e a possibilidade, segundo investigações em curso no Supremo Tribunal Federal, de que os desvios tenham sido utilizados para pagamento de propina a dezenas de parlamentares, comprometendo a própria qualidade de nossa democracia.

184. Embora a prisão cautelar seja um remédio amargo, é melhor do que a contaminação da democracia pela corrupção sistêmica. Em um determinado nível, a corrupção coloca em risco a própria qualidade de democracia, com afetação das eleições livres e do regular funcionamento das instituições. Trata-se de um retrato de uma democracia vendida. É nesse contexto que deve ser compreendido o emprego, na forma da lei e ainda pontual, das prisões preventivas na assim denominada Operação LavaJato.

185. No caso presente, a dimensão e o caráter serial dos crimes, cento e vinte e oito milhões de reais, com um saldo de cerca de setenta e um milhões, estendendo-se por vários anos, é característico do risco à ordem pública.

186. As provas são, em cognição sumária, da prática reiterada, profissional e sofisticada de crimes contra a Administração Pública e de lavagem de dinheiro, com Antônio Palocci Filho vendendo facilidades, durante e depois do exercício de cargo ou mandato público, ao Grupo Odebrecht, e recebendo em contrapartida, direta ou indiretamente, pelo menos cento e vinte e oito milhões de reais, através de subfertúgios sofisticados e que incluem a realização de pagamentos em conta secreta de terceiro no exterior.

187. *A esse respeito, de se destacar os recentes precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em diversos habeas corpus impetrados por presos na Operação LavaJato, com o reconhecimento, por ampla maioria, da necessidade da prisão cautelar em decorrência do risco à ordem pública.*

188. *Destaco, ilustrativamente, o HC 332.586/PR, Relator, o eminente Ministro Felix Fischer. Da ementa:*

“Processual Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Nova orientação jurisprudencial. Artigos 2º, caput e § 4º, incisos II, III, IV e V, c.c. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013, 333, caput e parágrafo único, do Código Penal (106 vezes), e 1º, caput, da Lei n. 9.613/1998 (54 vezes). Operação “Lava Jato”. Alegada ausência de fundamentação do decreto prisional. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Habeas corpus não conhecido.

(...)

III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão realização de preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18.10.2012).

IV - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de se garantir a ordem pública, tendo em vista o modo sistemático, habitual e profissional dos crimes praticados contra a Administração Pública Federal, que indicam verdadeiro modus operandi de realização de negócios com a Administração Pública, gerando grande prejuízo aos cofres públicos.

V - Não se pode olvidar, ademais, o fundado receio de reiteração delitiva, tendo em vista que o paciente seria integrante de organização criminosa voltada para o cometimento de ilícitos de corrupção e lavagem de ativos em contratações realizadas com o Poder Público, o que justifica a imposição da medida extrema no intuito de interromper ou diminuir a atuação das práticas cartelizadas realizadas em prejuízo de grande licitações no país. Neste sentido, já decidiu o eg. Pretório Excelso que

*“A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (HC n. 95.024/SP, Primeira Turma, Rel. **Ministra Cármen Lúcia**, DJe de 20.2.2009).*

VI – Mostra-se insuficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, quando presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, como na hipótese.” (HC 332.586/PR – 5ª Turma do STJ – Rel. Min. Felix Fischer – por maioria – 10.12.2015)

189. Do voto do Relator, após serem apontados os riscos concretos de reiteração delitiva, destaco os seguintes trechos:

“Sob outro prisma, entendo que a maneira pela qual os delitos em apuração ocorreram, e os que eventualmente surgirem no decorrer das investigações, evidenciam a seriedade dos fatos e a efetiva necessidade de intervenção para interrupção das práticas fraudulentas. Trata-se de vultosos prejuízos ocasionados aos cofres públicos, o que, num contexto de dificuldades como as que ora se apresentam no cenário econômico-financeiro do país, apenas denotam ainda mais a expressividade da lesão e a gravidade concreta das condutas, ao contrário do entendimento firmado pelo douto Ministro Relator.

Não por acaso, consignou o em. Desembargador convocado do eg. TJ/SC, Newton Trisotto, por ocasião do julgamento do HC 333.322/PR, que ‘Nos últimos 50 (cinquenta) anos, nenhum fato relacionado à corrupção e à improbidade administrativa, nem mesmo o famigerado “mensalão”, causou tamanha indignação, “repercussão danosa e prejudicial ao meio social”, quanto estes sob investigação na operação ‘Lava-Jato’, investigação que, a cada dia, revela novos escândalos. A sociedade reclama dos políticos, das autoridades policiais, do Ministério Público e do Judiciário ações eficazes para coibir a corrupção e para punir exemplarmente os administradores ímprobos e todos os que estiverem, direta ou indiretamente, a eles associados “ (HC n. 333.322/PR, Quinta Turma, DJe de 25.9.2015).

O em. Ministro Celso de Mello, do col. Pretório Excelso, por sua vez, no julgamento da Medida Cautelar n. 4039, chegou a afirmar que ‘a ausência de bons costumes leva à corrupção e o quadro que está aí é altamente indicativo de que essa patologia se abateu sobre o aparelho de Estado Brasileiro’.

(...)

Assim sendo, assevero que os acontecimentos até aqui revelados pela ‘Operação LavaJato’ reclamam uma atuação firme do Poder Judiciário no sentido de evitar

a reiteração das práticas delitivas, objetivando possibilitar a devida apuração dos fatos praticados contra a Administração Pública e, em última análise, a população brasileira, sendo a prisão preventiva, na hipótese, ainda que excepcional, a única medida cabível para o atingir tais objetivos.” (Grifou-se)

190. *Tal decisão converge com várias outras tomadas mais recentemente por aquela Egrégia Corte Superior de Justiça, como no HC 339.037 (Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma do STJ, por maioria, j. 15.12.2015, acórdão pendente de publicação), no HC 330.283 (Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma do STJ, un. j. 03.12.2015) e no RHC 62.394/PR (Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma do STJ, un., j. 03.12.2015).*

191. *A dimensão em concreta dos fatos delitivos – **jamais a gravidade em abstrato** – pode ser invocada como fundamento para a decretação da prisão preventiva. Não se trata de antecipação de pena, nem medida da espécie é incompatível com um processo penal orientado pela presunção de inocência. Sobre o tema, releve destacar o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal.*

*“Habeas corpus. Prisão cautelar. Grupo criminoso. Presunção de inocência. Crime de extorsão mediante sequestro. Súmula 691. 1. A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. Não constitui um véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória. O mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. **Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam risco de reiteração delitiva e a periculosidade do agente, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria.** 2. Não se pode afirmar a invalidade da decretação de prisão cautelar, em sentença, de condenados que integram grupo criminoso dedicado à prática do crime de extorsão mediante sequestro, pela presença de risco de reiteração delitiva e à ordem pública, fundamentos para a preventiva, conforme art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Habeas corpus que não deveria ser conhecido, pois*

impetrado contra negativa de liminar. Tendo se ingressado no mérito com a concessão da liminar e na discussão havida no julgamento, é o caso de, desde logo, conhecê-lo para denegá-lo, superando excepcionalmente a Súmula 691.’ (HC 101.979/SP – Relatora para o acórdão Ministra Rosa Weber – 1ª Turma do STF – por maioria – j. 15.5.2012).

192. *A esse respeito, merece igualmente lembrança o conhecido precedente do Plenário do Supremo Tribunal no HC 80.717-8/SP, quando mantida a prisão cautelar do então juiz trabalhista Nicolau dos Santos Neto, em acórdão da lavra da eminente Ministra Ellen Gracie Northfleet. Transcrevo a parte pertinente da ementa:*

“(…) Verificados os pressupostos estabelecidos pela norma processual (CPP, art. 312), coadjuvando-os ao disposto no art. 30 da Lei n. 7.492/1986, que reforça os motivos de decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada, não há falar em revogação da medida acautelatória.

A necessidade de se resguardar a ordem pública revela-se em consequência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas.” (HC 80.711-8/SP – Plenário do STF – Rel. para o acórdão Ministra Ellen Gracie Northfleet – por maioria – j. 13.06.2014)

193. *Embora aquele caso se revestisse de circunstâncias excepcionais, o mesmo pode ser dito para o presente, sendo, aliás, os danos decorrentes dos crimes em apuração na Operação Lavajato, inclusive o presente, muito superiores aqueles verificados no precedente citado.*

194. *O apelo à ordem pública, seja para prevenir novos crimes – e há aparentemente um saldo de propina a ser pago–, seja em decorrência de gravidade em concreta dos crimes praticados, é suficiente para justificar a decretação da preventiva” (destacou-se).*

6.2.2. A aplicação da lei penal

No que tange a assegurar a aplicação da lei penal, o magistrado do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba considerou que a prisão preventiva é necessária porque não foi possível ainda rastrear parcela considerável dos 128 milhões de reais pagos a título de propina, havendo indícios (consubstanciados no mesmo *modus operandi* já verificado em outras ações penais) de que tais valores estão em contas secretas no exterior ainda não identificadas (e portanto muito menos bloqueadas), de modo que enquanto não houver rastreamento do dinheiro e

a identificação de sua localização atual, há um risco de dissipação do produto do crime, o que inviabilizará a sua recuperação. Ainda segundo tal decisão, enquanto não afastado o risco de dissipação do produto do crime, presente igualmente um risco maior de fuga ao exterior, uma vez que o Paciente poderia se valer de recursos ilícitos ali mantidos para facilitar fuga e refúgio no exterior.

Analisando tal fundamentação, o Tribunal Regional Federal entendeu que de fato há risco à aplicação da lei penal caso o Paciente seja solto, pois enquanto não rastreada e bloqueada a integralidade dos valores originários de propinas e depositados em contas no exterior, não se pode descartar a possibilidade de que sejam realizadas novas e sucessivas transferências dos valores existentes com a finalidade de tornar mais difícil a recuperação do produto do crime.

No caso, embora a imputação da Ação Penal objeto do presente HC se refira especificamente à propina de cerca de 10 milhões de dólares, há indícios de que o Paciente recebeu em nome do Partido dos Trabalhadores cerca de 128 milhões de reais, havendo ainda um saldo a receber de aproximadamente 71 milhões de dólares.

Assim, considerando-se a dedução dos mais de 10 milhões de dólares já recebidos e identificados na conta secreta de nome *Shelbill*, na Suíça, controlada por *Mônica Moura* e *João Santana*, sob a suposta supervisão do Paciente, tem-se que teria havido o recebimento, ainda, pelo Partido dos Trabalhadores, através da coordenação do Paciente, de mais de 90 milhões de reais que ainda não foram devidamente rastreados e localizados.

Neste sentido, como bem disse o TRF, com a soltura do Paciente, “não se pode descartar a possibilidade de que sejam realizadas novas e sucessivas transferências dos valores existentes com a finalidade de tornar mais difícil a recuperação do produto do crime.”

Aliás, estes mesmos fundamentos foram acolhidos por esta Corte de Justiça ao julgar o RHC de Jorge Luiz Zelada (RHC n. 78.534) e o *Habeas Corpus* de Eduardo Cunha (HC n. 382.493).

Em suma, a decisão está devidamente fundamentada, e por isso deve ser mantida para assegurar a aplicação da lei penal.

Em relação ao *risco de fuga ao exterior*, não há elementos concretos a indicar tal possibilidade. Neste sentido, entendo que tal fundamentação não é suficiente e deve ser considerada, portanto, insubsistente.

6.2.3. Conveniência da instrução processual

Em relação à *conveniência de instrução criminal*, entendeu o juiz de primeiro grau (bem como o TRF) que há risco à investigação e à instrução criminal, pois há suspeita de que os equipamentos tenham sido retirados da empresa do Paciente com a finalidade de dificultar a investigação.

Analisando-se os autos, verifica-se que ocorreu o seguinte: ainda no curso das investigações, foi deferida busca e apreensão na empresa “Projeto Consultoria”, de propriedade do Paciente. Quando do cumprimento da medida, verificou-se a ausência dos computadores nas diversas estações de trabalho da empresa, muito embora tenha sido constatada a existência de mouses, teclados, e monitores.

O Juízo entendeu haver indícios de que, previamente à busca e apreensão, foram retirados do local os gabinetes com os arquivos eletrônicos dos computadores mantidos no escritório profissional do Paciente, indicando objetivo de supressão e ocultação de material probatório, a caracterizar risco à investigação e à instrução.

Segundo mencionou o magistrado, de acordo com fotos produzidas no interior do escritório, os monitores, teclados e mouse encontravam-se nas mesas de trabalho, inclusive com os fios que os deveriam conectar aos respectivos gabinetes.

*Ainda segundo ele, o assessor do Paciente, **Branislav Kontic**, afirmou que os monitores eram antigos e, portanto, de computadores velhos. Ademais, alegou que estaria usando notebooks. Já a defesa do Paciente alegou que os gabinetes teriam sido retirados temporariamente por empregados da empresa que estariam trabalhando em outros locais.*

O magistrado não achou consistente a explicação, pois “*causa espécie a suposta substituição dos computadores velhos por notebooks sem a retirada dos monitores das bancadas, assim como teclados, mouse e fios, fato que mereceria esclarecimentos.*”

*Além disso, considerou que a explicação da defesa do Paciente, além de carente de prova, “causa estranheza não só pela manutenção do restante do equipamento no local, mas igualmente por não convergir com a explicação já dada pelo próprio **Branislav Kontic**.”*

Assim, consignou o Juízo que “*Embora o fato demande ser completamente esclarecido, inclusive quanto aos alibis apresentados, é, nesse momento, indicativo de*

supressão e ocultação de material probatório, a caracterizar risco à investigação e à instrução.”

Já o TRF, ante o teor da fundamentação do Juízo, considerou que há suspeita de que os equipamentos tenham sido retirados da empresa do Paciente com a finalidade de dificultar a investigação.

De fato, ante as contradições apontadas, não se pode dizer que a fundamentação do Juiz de primeiro grau para decretar a prisão preventiva com base na conveniência da instrução está dissociada da realidade, pois *foram mencionados elementos concretos a justificar tal entendimento.*

Neste sentido, havendo elemento indicativo de que houve *tentativa de prejudicar a investigação*, a prisão encontra-se devidamente justificada.

No mais, embora os impetrantes mencionem que já foi produzida a prova acusatória (oitiva das testemunhas arroladas pela acusação nos autos da ação penal), o fato é que a instrução ainda não se encerrou, estando pendente a inquirição das testemunhas arroladas pela Defesa, e podendo inclusive haver a necessidade de diligências na fase do art. 402 do CPP. Neste sentido, a soltura do Paciente pode representar risco à instrução, já que aparentemente houve tentativa anterior de prejudicar as investigações.

Vale lembrar que as testemunhas, embora arroladas pela Defesa, não são propriamente da “defesa”, e sim do processo, tanto é que o depoimento de testemunha arrolada pela defesa pode servir de base à condenação, e de testemunha arrolada pela acusação pode ensejar a absolvição do réu. Neste sentido, as testemunhas arroladas pelo Paciente vão depor sob compromisso de dizer a verdade, e suas declarações também integrarão o material cognitivo. Enfim, a instrução ainda está em pleno curso, de modo que ainda se justifica a manutenção da prisão por conveniência da instrução criminal.

Ante o exposto:

a) deixo de analisar o pedido de julgamento conjunto do presente HC com os HC n. 374.357 e 377.755, pois tem objetos distintos e já houve o julgamento deles, sendo portanto inviável o pedido;

b) voto pelo não conhecimento do presente *Habeas Corpus*, ficando, no mais, mantida a prisão preventiva decretada em desfavor do Paciente, eis que não verificada ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

HABEAS CORPUS N. 388.051-RJ (2017/0028552-0)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik
Impetrante: Roberto Flavio Cavalcanti
Advogado: Roberto Flávio Cavalcanti - RJ163183
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Tupirani da Hora Lores

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Art. 2, § 2º, Lei n. 7.716/1989. Discriminação religiosa. Racismo. Violação ao princípio da correlação. Inocorrência. Atipicidade da conduta. Ausência de dolo de discriminação. Revisão de contexto fático-probatório. Impossibilidade. Exercício dos direitos de liberdade de culto e de religião. Limites excedidos. Subsunção da conduta ao tipo penal em comento. Caso que diverge do precedente invocado. *Habeas corpus* não conhecido.

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

2. O princípio da congruência, em processo penal, reside na relação entre os fatos imputados na denúncia e os motivos do provimento do pedido de condenação. As instâncias ordinárias após a exauriente análise dos elementos probatórios, chegaram a conclusão de que o fato imputado ao paciente se subsumiu, perfeitamente, ao tipo penal em comento. Assim, não há que se falar em falta de congruência entre denúncia e o *decisum*, quando os fatos imputados ao paciente foram os mesmos que justificaram o édito condenatório.

3. As premissas firmadas pelas instâncias ordinárias dão conta de que não se trata apenas de defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas, sim, de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente a do paciente.

O acórdão impugnado expressamente considerou que o paciente pregava “o fim das Igrejas Assembleia de Deus e igualmente pratica a intolerância religiosa contra judeus”.

4. Pela simples leitura da sentença condenatória, percebe-se que as condutas atribuídas ao paciente e ao corréu eram direcionadas contra várias religiões (católica, judaica, espírita, satânica, *wicca*, islâmica, umbandista e, até mesmo, contra outras denominações da religião evangélica), pregando, inclusive o fim de algumas delas e imputando fatos criminosos e ofensivos aos seus devotos e sacerdotes, como assassinato, homossexualismo, prostituição, roubo, furto, manipulação, *et cetera*.

5. Maiores incursões no sentido de aferir se as palavras proferidas pelo réu, em textos e em vídeos, publicados na internet, possuíam ou não caráter discriminatório, bem como o dolo de incitar a discriminação religiosa, demandaria a aprofundada incursão probatória, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 25 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 4.5.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de *Tupirani da Hora Lorez* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0153479-93.2009.819.0001).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989 (preconceito religioso por intermédio de meios de comunicação social), à pena de 3 anos de reclusão em regime inicial aberto, substituída por penas restritivas de direito.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual proveu o recurso apenas para reduzir a pena pecuniária. O acórdão foi assim ementado:

Apelação criminal. Penal e Processual Penal. Preconceito religioso (Lei n. 7.716/1989). Episódio ocorrido na Comarca da Capital. Dupla de agentes membros da Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo, vindo o imputado Tupirani a exercer a função de pastor da referida congregação, enquanto que Afonso é um dos freqüentadores desta e, assumindo tais papéis, é que ambos passaram a praticar e a incitar a discriminação religiosa, inclusive se utilizando para tanto do manejo de meios de comunicação, porquanto Tupirani mantém na rede mundial de computadores uma página em formato conhecido como "blog vindo nesta a publicar textos com o objetivo de pregar o fim das Igrejas Assembléia de Deus e igualmente a prática da intolerância religiosa contra judeus, enquanto que Afonso, quem se auto intitula membro de uma "nova geração de valentes"; posta vídeos no sítio www.youtube.com, tendo sido um destes disponibilizado no mês de abril de 2009, no qual se vangloriava de haver destruído imagens religiosas que se encontravam no interior do Centro Espírita Cruz de Oxalá, fato este ocorrido no dia 02 de junho de 2008, sem prejuízo de, neste mesmo vídeo, defender explicitamente a discriminação de seguidores de outras religiões, denominando-os de "seguidores do diabo", "adoradores do demônio", bem como associando pejorativamente as figuras de pais de santo à condição de homossexuais, com o intuito de menosprezar a todos que os tem aquele título religioso, e, não satisfeito, ainda ofende, também no ambiente destes mesmos meios de comunicação, a autoridades públicas e a seguidores de outras manifestações de fé espiritual. Irresignação defensiva de ambos os implicados, diante do desenlace condenatório, pretendendo, em sede de preliminar, a decretação da inépcia da denúncia, além da remessa do feito ao Órgão Especial deste Pretório, para decretação da inconstitucionalidade do art. 20, caput e de seu § 2º da Lei n. 7.716 ou ainda, o reconhecimento da preliminar de coisa julgada, porquanto teria havido arquivamento, a pedido do Parquet, dos autos do Inquérito Policial n. 498, o qual alentadamente apuraria os mesmos fatos em questão e atinentes a Tupirani, e, já no que concerne a Afonso, acrescenta a incidência de bis in idem, em razão de ter este respondido a procedimento no J.E.C.R.I.M. por ter destruído imagens religiosas, e, no mérito, a decretação da absolvição por atipicidade das condutas, vindo ainda a colocar sob suspeita o que reputou ser uma sumária investigação, visto que o oferecimento da denúncia se deu na mesma data em que foi lavrada a portaria de instauração do inquérito policial, bem como pretendendo demonstrar a ausência de materialidade da conduta, ao argumento de que a imputação se alicerçou em

peças de jornais, as quais poderiam trazer declarações manipuladas e que não refletiriam exatamente o que foi dito pelos recorrentes, muito embora acrescente que as expressões utilizadas por estes seriam corriqueiras em pregações religiosas, vindo ainda a travar um longo debate religioso, a partir de opiniões pessoais, as quais pretende embasar em um grande elenco de pensadores de diversas áreas de conhecimento e com o que busca demonstrar que os membros da igreja comandada por Tupirani poderiam se utilizar de determinadas expressões, assegurando ainda que os recorrentes estariam somente manifestando seu juízo ético quando se referem à magia negra e outras práticas, ou, alternativamente, pretende a mitigação da sanção privativa de liberdade, bem como da pena de multa, e, por fim, a minoração do quantum imposto como pena alternativa pecuniária. Parcial procedência da pretensão recursal de ambos os imputados. Rejeição das preliminares arguidas pela defesa (...) (fls. 56/58)

No presente *mandamus*, alega incongruência entre a denúncia e a condenação, porquanto as condutas descritas na inicial acusatória são diversas daquelas abordadas pela sentença, a qual deve ser considerada *extra petita*. Sustenta ter sido violado o princípio da correlação.

Afirma que as condutas atribuídas ao paciente são atípicas, uma vez que, embora critique outras religiões, não faz juízo discriminatório contra seus membros. Pondera que o direito à liberdade religiosa estaria engessado diante da impossibilidade do exercício de juízo crítico.

Invoca o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RHC 134.682, pois o conteúdo do livro escrito pelo Padre Jonas Abib se assemelha às críticas feitas pelo paciente. Assevera que a condenação ideológica de outra religião é inerente à prática religiosa.

Aduz ausência do dolo específico de discriminar, de modo que estaria descaracterizada a conduta típica prevista no art. 20 da Lei n. 7.716/1989 segundo entendimento firmado no julgamento do REsp n. 911.183/SC por esta Corte Superior.

Requer, assim, em liminar, a suspensão do andamento do Processo n. 0153479-93.2009.819.0001 e, no mérito, a anulação do mencionado feito até a sentença condenatória. Subsidiariamente, pleiteia o trancamento da ação penal.

Liminar indeferida às fls. 103/106.

Informações prestadas às fls. 115/133 e 135/154.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

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

Passo portanto à análise das teses deduzidas na inicial.

Em relação à violação do princípio da congruência entre a acusação e a sentença, o voto condutor do acórdão no Tribunal de origem destacou:

Destaco e rejeito as preliminares arguidas pela Defesa.

Isto porque se mostra descabida a pretensão de ver reconhecida a inépcia da Denúncia, porquanto se constata que o *Parquet* narrou de forma suficiente as condutas imputadas a ambos os Recorrentes, que se enquadram no tipo penal apontado, permitindo a plena ciência da imputação, bem como o desenvolvimento do mister defensivo, a partir da observância aos princípios do devido processo legal e da amplitude do exercício do direito de defesa e do Contraditório (fl. 67).

A denúncia assim descreveu a conduta dos pacientes:

Como relatado nos autos, o denunciado Tupirani mantém na internet um blog onde prega o fim das Igrejas Assembleia de Deus e igualmente pratica a intolerância religiosa contra judeus, como demonstram as cópias dos posts de sua autoria que instruem os autos.

Já o denunciado Afonso, discípulo fiel de Tupirani, auto-intitulado membro de uma “nova geração de valentes”, em vídeo postado no site www.youtube.com, em data do mês de abril de 2009, vangloria-se de haver destruído imagens religiosas que se encontravam no Centro Espírita Cruz de Oxalá, no dia 2 de junho de 2008.

Além disso, o denunciado Afonso, ainda no famigerado vídeo, defende explicitamente a discriminação de seguidores de outras religiões, denominando-se os seguidores do diabo, adoradores do demônio, bem como associa pejorativamente as figuras de pais de santo à condição de homossexuais, com o intuito de menosprezar.

Como se vê os denunciados, unidos pelo mesmo propósito e congregados na mesma célula religiosa, difundem por meio de comunicação através da internet (vídeos e blogs) suas idéias de discriminação religiosa, além de ofenderem autoridades públicas e seguidores de outras manifestações de fé espiritual (fls. 30/32).

A sentença condenatória, por sua vez, reconheceu a tipicidade das condutas, ao analisar a prova coligida nos autos, nos seguintes termos:

Inicialmente, verifica-se que a denúncia se refere as condutas de postar vídeo no site youtube e publicar textos em blog da internet.

O laudo de exame audiográfico de fls. 287/293 relata o conteúdo de um vídeo no qual o acusado Tupirani exhibe os livros 'guia das ciências ocultas', 'Wicca', 'Feitiçaria Antiga', 'Dogma' e 'Ritual de Alta Magia' e 'São Cipriano, o Bruxo', afirmando que:

- (1) irão para o lixo e que não os rasgaria para não sujar o estúdio.
- (2) aduz que seu ministério é superior às religiões pagãs onde pessoas sofrem, padecem, são estupradas, violentadas, vivem em medo, em angústia, em aflição.
- (3) Acrescenta que satanismo não é religião, que lugares onde as pessoas são destruídas e marionetadas a seguir caminhos de podridão, não são religião.
- (4) Afirma ainda que o conteúdo dos referidos livros ensina enganos, a roubar, a furtar, a dominar o sentimento dos outros.
- (5) Diz, por fim, se tratar de pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina como o Islamismo.

[...]

Na notícia crime que deu origem a instauração do inquérito policial n. 218-00399/2009, foi transcrito texto extraídos do blog www.ogritodameianoite.spaces.live.com, no qual o acusado Tupirani se refere à outra religião como 'prostituta espiritual' e à Igreja Católica como 'prostituta católica'.

O mesmo texto consta da impressão acostada às fls. 38 dos autos e extraído do site <http://geraçãojesusristo.spaces.live.com/blog>, sob o título '*Universal e Graça (Lideranças Assassinas)*'.

No mesmo site da Igreja Geração Jesus Cristo, o acusado Tupirani se apresenta em texto intitulado 'A Trajetória de um Restaurador – um Homem Comum Com objetivos incomuns', no qual narra que 'quando da gravidez da minha mãe, e após estar marcado o dia do parto, no terreiro de macumba foi dada pelo demônio uma fita vermelha, isto com o objetivo de que, na hora do parto, esta fosse amarrada na barriga da minha mãe. Não sei se a intenção de Satanás era matar-me ou aliar-me, mas a questão é que a fita foi esquecida em casa, e assim eu não nasci debaixo daquela maldição e influência satânica'.

Examinados os trechos acima destacados, conclui-se ter restado demonstrada a existência material do delito.

As afirmações em análise, proferidas em vídeos veiculados ou escritas em textos publicados na internet, determinam que outras crenças diversas da Igreja Geração Jesus Cristo não podem ser consideradas religião. Neste sentido é

clara a discriminação. E o preconceito se faz presente na alegação de que seus seguidores “sofrem” e “padecem”, inclusive “estuprados” e “violentados”, sendo “destruídos” e “marionetados a seguir caminhos de podridão”, bem como alguns livros ensinariam a “roubar” e a “furtar”.

Nota-se que não se trata de liberdade de expressão ou de livre manifestação religiosa, eis que não se restringem seus autores a propagar sua crença, mas sim atacam as demais (Católica, Protestante, Espírita, Islâmica, Wicca), exorbitando o direito de crítica, por exemplo, em referências como “religião assassina”, “líderes assassinos”, “prostituta católica”, “prostituta espiritual” e “pilantragem”. Vinculam de forma pejorativa tais religiões à adoração ao Diabo, Demônio ou Satanás, uma vez que o termo satanismo foi utilizado pelas religiões abraâmicas para designar práticas religiosas que consideravam estar em oposição direta do Deus de Abraão (fl. 44/55).

A Lei n. 7.716/1989, em seu art. 20, §2º, com redação dada pela Lei n. 9.459/1997, dispõe:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

[...]

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

O princípio da congruência, em processo penal, reside na relação entre os fatos imputados na denúncia e os motivos do provimento do pedido de condenação. Nesse sentido a lição de Eugênio Pacelli (Curso de Processo Penal, Atlas, 2015. p. 646/647):

O juiz criminal estaria vinculado apenas à imputação dos fatos, atribuindo-lhes, uma vez reconhecidos, a consequência jurídica que lhe parecer adequada, tanto no que respeita à classificação (juízo de tipicidade) quanto à pena e à quantidade de pena a ser imposta.

[...] O réu jamais poderia ser condenado pela prática de fato não constante na denúncia ou queixa, ou ainda, por fato diverso daquele ali mencionado, sem antes se proceda à correção da inicial [...].

Como visto, as instâncias ordinárias após a exauriente análise dos elementos probatórios, chegaram a conclusão de que o fato imputado ao paciente se

subsumiu perfeitamente ao tipo penal em comento. Assim, não há que se falar em falta de congruência entre denúncia e o *decisium*, quando os fatos imputados ao paciente foram os mesmos que justificaram o édito condenatório.

Nesse sentido:

Regimental. Agravo em recurso especial. [...] Posse de arma de fogo. Ausência de correlação entre a denúncia e a sentença. Inocorrência. Recurso improvido.

1. *O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal reconhecida na sentença.*

2. *Na hipótese dos autos, constou expressamente da denúncia que foram encontradas duas armas de fogo e munições na residência da acusada, tendo o juiz sentenciante se adstrito a essa circunstância, não havendo que se falar em violação ao princípio da correlação.*

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 643.303/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 07.11.2016)

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Condenação. Ofensa ao princípio da correlação. Não ocorrência. Agravo regimental improvido.

1. *Nos termos da jurisprudência do STJ, à luz do princípio da correlação ou da congruência, o juiz está adstrito aos limites da acusação, sendo-lhe defeso afastar-se dos fatos descritos na denúncia.*

2. *Sendo o réu pronunciado e condenado pelos mesmos fatos descritos na exordial acusatória, ausente a apontada violação.*

3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 703.853/RO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 19.12.2016)

Aferir, em sede de *habeas corpus*, se as palavras proferidas pelo réu, em textos e em vídeos publicados na internet possuíam ou não caráter discriminatório, bem como o dolo de incitar a discriminação religiosa, demandaria a aprofundada incursão probatória.

A jurisprudência desta Corte, é firme no sentido de não se admitir, em sede de *habeas corpus*, desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise das provas, sobre a ausência de materialidade da conduta do paciente, uma vez que tal providência demandaria o aprofundado reexame do contexto fático-probatório.

Nesse sentido:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Alegação de inidoneidade da segregação cautelar. Decreto fundamentado. Garantia da ordem pública. Aplicação da lei penal. Conveniência da instrução criminal. *Modus operandi*. Organização criminosa. Réu foragido. Recurso desprovido.

I - 'Na via estreita do habeas corpus, é inviável o exame da existência, ou não, de provas de autoria e materialidade quanto ao delito imputado, uma vez que demanda necessário revolvimento fático-probatório, de todo inadmissível' (RHC n. 65.415/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 3.6.2016).

[...] Recurso ordinário desprovido (RHC 79.236/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 02.03.2017)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio tentado e furto qualificado. Código Penal. Prisão cautelar. Ausência de indícios de autoria e materialidade. Análise fático-probatória. Impossibilidade. *Periculum libertatis*. Reiteração delitiva. Gravidade concreta. Periculosidade. Motivação idônea. Ocorrência. Problemas de saúde. Prisão domiciliar. Ausência de comprovação da gravidade e da ausência de estrutura no estabelecimento prisional. Ordem denegada.

1. A aferição da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via do writ, devendo ser a questão dirimida no trâmite da instrução criminal.

[...] 4. Ordem denegada (HC 380.198/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24.02.2017).

No julgamento do REsp n. 911.183/SC, mencionado pelo impetrante na inicial, esta Turma, embora com outra composição, concedeu a ordem para afastar a imputação do crime previsto no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, pois havia prova reconhecida pelas instâncias ordinárias de que a ofensa era dirigida apenas a um grupo, composto por integrantes indígenas, envolvido em disputas por terras indígenas. Naquela oportunidade, não havia indícios de que o dolo de menosprezar ou discriminar atingia a raça indígena como um todo. Vejamos o teor da ementa, apenas no que diz respeito a este ponto:

Processual-Penal. Denúncia. Delitos dos arts. 19, 20 e 21 da Lei de Imprensa. Aditamento. Imputação da prática de racismo. *Mutatio libelli*. [...] Crime do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989. Condenação. Alegada atipicidade da conduta. Matéria fático-probatória. Desnecessidade de incursão. Súmula 7 deste STJ. Não incidência. Tipo penal que exige a presença de dolo específico. Vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar a prática de preconceito ou discriminação

racial. Ausência do elemento subjetivo. Absolvição devida. Exegese do art. 386, III, do CPP. Recurso especial provido.

1. Para a verificação da configuração ou não do crime em questão não há necessidade de incursão na matéria fático-probatória colacionada aos autos, exigindo-se tão-somente examinar se a conduta denunciada enquadra-se no tipo penal em comento ou não. Súmula n. 7 deste STJ que não se aplica na espécie.

2. Na esteira da intenção protecionista da Constituição de 1988, o que a lei penal busca reprimir é a defesa e difusão de idéias preconceituosas e segregacionistas que afrontem a dignidade daqueles pertencentes a toda uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

3. Para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade.

4. Mostra-se de suma importância que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer pré-concepção ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).

5. Para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989, tem-se como imprescindível a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial.

6. O dolo, consistente na intenção de menosprezar ou discriminar a raça indígena como um todo, não se mostra configurado na hipótese, sequer eventualmente, na medida em que o conteúdo das manifestações do recorrente em programa televisivo revelam em verdade simples exteriorização da sua opinião acerca de conflitos que estavam ocorrendo em razão de disputa de terras entre indígenas pertencentes a comunidades específicas e colonos, e não ao povo indígena em sua integralidade, opinião que está amparada pela liberdade de manifestação, assegurada no art. 5º, IV, da Constituição Federal.

7. Ausente o elemento subjetivo do injusto, de ser reconhecida a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei do Racismo, e absolvido o acusado, nos termos do art. 386, III, do CPP.

8. Recurso especial conhecido e provido parcialmente para, acolhendo a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, com fundamento no art. 386, III, do CPP, absolver o recorrente (REsp 911.183/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 08.06.2009).

O caso em análise difere fundamentalmente do precedente invocado pelo impetrante. Da simples leitura da sentença condenatória (fls. 44/55), em especial do trecho acima transcrito, percebe-se que a conduta atribuída ao paciente e ao corréu era voltada contra várias religiões (católica, judaica, espírita, satânica, *wicca*, islâmica, umbadista e, até mesmo, contra outras denominações da religião evangélica), pregando, inclusive o fim de algumas delas e imputando fatos criminosos e ofensivos aos seus devotos e sacerdotes, como assassinato, homossexualismo, prostituição, roubo, furto, manipulação, *et cetera*. Impossível, portanto, aplicar a mesma espécie de provimento ao caso em tela.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 134.682, concedeu ordem para determinar o trancamento de ação penal movida pelo Ministério Público do Estado da Bahia contra sacerdote da igreja católica que, em obra literária, supostamente incitava a discriminação ou preconceito religioso.

Tal julgado ainda não tem acórdão publicado. Contudo, as informações constantes na página na internet do Supremo Tribunal Federal dão conta de que naquele caso, a Primeira Turma do Pretório Excelso, não viu nos termos da denúncia indícios de incitação ao preconceito. Diferente do caso em análise, em que, as instâncias ordinárias, após exauriente exame das provas colhidas nos autos, verificaram sim a existência de fato que se subsume ao crime previsto no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989.

Nesse sentido, é de se destacar que os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade religiosa encontram limitação na criminalização do preconceito das condutas que extrapolam a livre expressão e passam a incitar a discriminação e o preconceito.

As premissas firmadas pelas instâncias ordinárias dão conta de que não se trata apenas de defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas sim de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente a do paciente. O acórdão impugnado expressamente considerou que o paciente pregava “o fim das Igrejas Assembleia de Deus e igualmente pratica a intolerância religiosa contra judeus” (fl. 56).

Desse modo, o *decisium* proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro está em perfeita harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fixada no julgamento do HC n. 82.424/RS (Caso Ellwanger), ao reconhecer que a incitação à discriminação religiosa – no precedente do Supremo Tribunal Federal em relação ao povo judeu – configura o crime previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989. Vejamos a ementa do referido julgado:

Habeas-corpus. Publicação de livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada.

1. *Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei n. 7.716/1989, artigo 20, na redação dada pela Lei n. 8.081/1990) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).*

2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamafobia” e o anti-semitismo.

7. *A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.*

8. *Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.*

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. *Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.*

13. *Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.*

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da

memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada (HC 82.424, Relator(a): Min. Moreira Alves, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2003, DJ 19.03.2004)

Considerando as circunstâncias fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o conteúdo da denúncia, não se mostra possível o acolhimento das teses defensivas de atipicidade por ausência de dolo, exercício do direito à liberdade de culto e de expressão.

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de *habeas corpus* para absolver o paciente.

Ante o exposto, não conheço do presente *writ*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 44.582-CE (2014/0009722-8)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Recorrente: Robério Barbosa Lima

Advogado: Robério Barbosa Lima (em causa própria) - CE017486

Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará

Assistente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Advogados: José Luis Wagner

Priscilla Lisboa Pereira e outro(s) - DF039915

EMENTA

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. 1. Pedido de trancamento da ação penal. Medida de caráter excepcional. 2. Denúncia que imputa os crimes dos arts. 288, 297, § 1º, 312 e 313-A, do CP, 90 da Lei n. 8.666/1993, art. 1º, § 1º, V e VI, da Lei n.

9.613/1998, c/c arts. 29 e 69 do CP. Conduta de emitir parecer em licitação. Vínculo subjetivo com o propósito delitivo. Ausência de descrição. Inépcia da denúncia. 3. Recurso em *habeas corpus* provido, para trancar a ação penal.

1. O trancamento da ação penal, na via estreita do *habeas corpus*, somente é possível em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito. Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em sede mandamental, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível com o rito sumário do *mandamus*.

2. Não obstante a descrição da sucessão de atos que culminaram na prática de vários crimes, no que toca ao paciente, a denúncia apenas aponta que ele emitiu parecer favorável, na qualidade de Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Senador Pompeu/CE, sem nenhuma circunstância que o vincule, subjetivamente, ao propósito delitivo. Tal deficiência, à evidência, prejudica o exercício da defesa, porquanto emitir pareceres faz parte da rotina de um advogado de ente público em âmbito administrativo, de forma que a descrição desse ato, por si só, não é suficiente para a configuração de nenhum dos crimes imputados ao recorrente, o que revela, de forma patente e manifesta, a inépcia da exordial com relação a todos os crimes imputados ao recorrente.

3. Recurso em *habeas corpus* provido, para trancar a Ação Penal n. 5660-03.2012.8.06.0166, apenas com relação recorrente, em virtude da inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja oferecida, em obediência à lei processual.

ACÓRDÃO

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

Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2017 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 24.5.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por *Robério Barbosa Lima*, em benefício próprio, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado como incurso nos arts. 288, 297, § 1º, 312 e 313-A, do Código Penal, no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, no art. 1º, § 1º, incisos V e VI, da Lei n. 9.613/1998, c/c arts. 29 e 69 do Código Penal. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, pugnando pelo trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Contudo, a ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 295):

*Processual Penal. Habeas corpus. Crimes contra a administração pública praticados em concursus delinquentum. Pedido de trancamento de ação penal e delimitação/individualização da tipificação penal. Impossibilidade de aprofundamento no mérito da causa. Writ denegado. Consoante amplo entendimento jurisprudencial, é inviável o trancamento de ação penal, por conduto do *mandamus*, quando se afigura evidente a configuração de crime em tese, que só através de exame aprofundado de todos os fatos e provas levadas à consideração do juízo *a quo*, e do contraditório, poderá delir-se. Ordem denegada.*

No presente recurso, aduz o recorrente, em síntese, que foi denunciado “única e simplesmente pela emissão de parecer jurídico opinativo em licitação”, não tendo o Ministério Público lhe atribuído nenhuma outra conduta. “Com relação ao ora recorrente, então assessor jurídico, o denunciante não individualizou sua conduta, não disse em que consistiria sua ação ilícita, qual crime teria praticado, ou qual seria sua participação, pois é sabido que somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico) à atividade ilícita de outrem cria o vínculo do concurso de pessoas”. Dessarte, conclui ser manifesta a atipicidade da conduta e a ausência de justa causa, cuidando-se de verdadeira responsabilidade objetiva. No mais, aponta a nulidade da decisão que recebeu a denúncia.

Pugna, liminarmente, pela suspensão da ação penal e, no mérito, pelo seu trancamento.

A liminar foi indeferida, à e-STJ fl. 365, e o pedido de reconsideração, às e-STJ fls. 374/375, pelo então Relator, Ministro Sebastião de Reis Júnior, sendo as informações prestadas às e-STJ 379/480, 594/603 e 605/693. Às e-STJ fl. 718, o Ministro Sebastião Reis Júnior determinou a redistribuição do recurso ao Ministro Marco Aurélio Bellizze, em virtude da prevenção decorrente da Medida Cautelar n. 22.126/CE.

Às e-STJ fls. 702/714, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB requereu seu ingresso como assistente do recorrente, o que foi deferido pelo Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP), que sucedeu o Ministro Marco Aurélio Bellizze.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 730/735, pelo não provimento do recurso, nos seguintes termos:

Recurso ordinário em habeas corpus. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Inexistência de constrangimento ilegal. 1. O Ministério Público denunciou o recorrente pela prática dos crimes previstos nos arts. 288, 297-§1º, 312-§1º e 313-A do CP, no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, e no art. 1º-V-VI da Lei n. 9.613/1998, porque, na qualidade de assessor jurídico, emitia pareceres jurídicos favoráveis à contratação de empresas do ramo da construção civil, constituídas por pessoas de um mesmo grupo familiar e por seus empregados, que concorriam simultaneamente em diversos procedimentos licitatórios do município de Senador Pompeu/CE, para fraudar o caráter competitivo dos certames. 2. Não procede a alegação de inépcia da denúncia. O Ministério Público, ao denunciar o recorrente, narrou sua participação nos crimes praticados, apontando indícios suficientes de materialidade e de autoria para justificar a instauração da ação penal. 3. Não é necessário comprovar de modo cabal, no ato de ajuizamento da denúncia, a participação do recorrente no delito e o seu grau de culpabilidade, mas tão somente apresentar indícios suficientes para justificar a abertura da persecução penal. A descaracterização desses indícios, nesta via processual, somente poderia ocorrer mediante revolvimento fático-probatório, o que é inviável na via eleita. 4. No caso dos autos, não ocorre qualquer das hipóteses autorizadoras do trancamento da ação penal. O acórdão recorrido consignou a existência de justa causa a autorizar o prosseguimento da ação penal, em razão da existência de indícios de participação do recorrente. Ademais, a denúncia revela a ocorrência de fatos típicos, porque as condutas do recorrente, em princípio, se ajustam aos elementos dos arts. 288, 297-§1º, 312-§1º e 313-A do CP, do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, e do art. 1º-V-VI da Lei n. 9.613/1998. - Parecer pelo não provimento do recurso.

Por fim, em contato telefônico mantido com a Vara de origem, verifiquei que a Ação Penal ainda se encontra na fase de instrução processual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Como é cediço, o trancamento da ação penal, na via estreita do *habeas corpus*, somente é possível em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que “o trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito” (RHC n. 43.659/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04.12.2014, DJe 15.12.2014).

Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em sede mandamental, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível, como referido alhures, com o rito sumário do *mandamus*.

Nesse sentido:

*Penal e Processual. Sonegação fiscal. PIC no Ministério Público. Trancamento. Atipicidade. Revolvimento fático. Habeas corpus. Via inadequada. 1. O habeas corpus não se apresenta como via adequada ao trancamento de PIC - Procedimento de Investigação Criminal no Ministério Público, por conduta, em tese, tida como sonegação fiscal, à guisa de ausência de tipicidade (dolo), não relevada, *primo oculi*. 2. Intento, em tal caso, que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do *writ*. 3. Impetração não conhecida. (HC 342.272/BA, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15.03.2016, DJe 28.03.2016).*

No caso dos autos, o recorrente aponta a atipicidade das condutas imputadas e a ausência de justa causa para a ação penal, haja vista estar sendo processado “única e simplesmente pela emissão de parecer jurídico opinativo em licitação”. Dessa forma, mister se faz a transcrição da denúncia, a fim de aferir a tipicidade da conduta bem como a existência ou não de justa causa.

Em virtude de serem 32 (trinta e dois) denunciados em 86 (oitenta e seis) laudas (e-STJ fls. 607/691), serão transcritos apenas os trechos necessários à contextualização da investigação e aqueles que se referem às condutas imputadas ao recorrente:

Dos fatos

1. Exatamente no mês de outubro de 2008, o Ministério Público passou a investigar a atuação de empresas envolvidas em esquema criminoso de desvio de verbas públicas municipais e estaduais, instaurando o Procedimento de Investigação Criminal (PIC) n. 003/2009, em tramitação na PROCAP (documentos anexos), derivado de provocação advinda do Promotor de Justiça do comarca de Palmácia, Estado do Ceará, oportunidade em que se desenvolvia a denominada “Operação Antidesmorte” visando coibir a descontinuidade dos serviços essenciais prestados à coletividade após o término do processo eleitoral de 2008.

2. Tais investigações revelaram que as pessoas físicas acima identificadas constituíram empresas nos quais figuravam como sócios ou pessoas de um mesmo núcleo familiar, como é o caso dos promovidos *Rodrigo Coelho Mota* e *Andreza de Abreu Sampaio Coelho Mota*, que são casados entre si, e dos promovidos *Raimundo Moraes Filho* e *Francisco Monte Moraes*, que são irmãos, ou pessoas com fortes vínculos de subordinação, como *Anisiane Dantas de Oliveira*, *Rodrigo Barbosa Menezes*, *Antônio Sérgio Freitas de Castro*, *Francisco Valberto de Oliveira*, *Claudiana Barbosa de Almeida* e *José Roberto Leandro dos Santos*, que são de fato empregados do segundo Requerido, atuando como “laranjas” da organização criminosa.

3. As empresas assim constituídas servem de fachada para a atuação majoritária da empresa *Falcon Construtora e Serviços Ltda*, CNPJ n. 04.327.575/0001-74, de propriedade de *Raimundo Moraes Filho*, mentor intelectual da forma de atuação de todas as empresas que integram o esquema criminoso.

4. Desta forma, a constituição de diversas empresas, em nome de pessoas ligadas diretamente a *Raimundo Moraes Filho*, tinha como objetivo a “concorrência” concomitante em diversos procedimentos licitatórios nos Municípios cearenses e outros órgãos públicos integrantes do estrutura administrativa do Estado do Ceará, fraudando o caráter competitivo dos certames, para, posteriormente, apropriar-se de recursos públicos utilizados para aquisição de bens, ou viabilizar a apropriação por terceiras pessoas, inclusive agentes públicos, o que se denomina tecnicamente de Peculato e “Lavagem de Dinheiro”.

5. A ação do grupo com a finalidade de fraudar procedimentos licitatórios dava-se da seguinte forma: (...)

Da Movimentação Financeira da Quadrilha.

6. No campo financeiro temos que as empresas *Falcon Construções e Serviços Ltda*, *Daruma Construções e Empreendimentos Ltda* e *Exito Construções e Empreendimentos Ltda* mantêm contas bancárias na rnesmc caêncic dc Caixa Econômica Federal - agência n. 668. que são movimentados por *Raimundo Moraes Filho*, líder da organização criminosa, verdade decorrente do relatório fornecido pelo Banco Central do Brasil ao Ministério Público. Estadual, anexo. (...).

Da Atuação da Quadrilha no Município de Senador Pompeu - Exercício de 2008.

Necessário delimitar a atuação da quadrilha que deixou reflexos na administração municipal de *Senador Pompeu*, como em dezenas de outros municípios, o que fazem desde 2004, merecendo destacar os esclarecimentos advindos com o depoimento prestado por *Francisco de Oliveira Sousa*, vereador, que, inicialmente, afirmou: (...).

A conclusão inarredável diante da prova documental acostada é que o ingresso do servidor/denunciado *Eduardo Teixeira Soares de Lima* no serviço público do Município de Senador Pompeu foi decorrência de grave crime praticado em detrimento da administração pública, em conluio com membros da comissão de licitação que agiram com *dolo* intenso.

É impossível que se concretize o julgamento de procedimento licitatório na data de *15 de janeiro de 2007* quando as certidões e outros documentos apresentados pelos licitantes, como especificado acima, foram extraídos de sítios na internet na data de *16 de abril de 2007*, ou seja, *91 (noventa e um) dias após o julgamento do certame*.

Para afastar qualquer possibilidade de questionamento futuro, fruto de algum desentendimento entre os delinquentes, na mesma data, *15 de janeiro de 2007*, providenciaram uma *declaração de renúncia* a qualquer prazo recursal previsto na lei n. 8.666/193, fl. 74 do procedimento licitatório.

Lamentavelmente o crime narrado nesta oportunidade recebeu o aval do assessor jurídico do Município de Senador Pompeu, afirmando no seu parecer de fl. 81, *in verbis*: "Somos favoráveis a Homologação e a adjudicação em favor do(s) licitante(s) *Eduardo Teixeira Soares Lima*, com valor total de R\$ 24.000,00 (Vinte e Quatro Mil Reais). Por ter(em) apresentado(s) a(s) melhor(es) proposto(s) para a administração".

O parecer do denunciado *Robério Barbosa Lima*, OAB.CE n. 17.486, não se caracteriza como mera manifestação para aprovação de minutas de editais e atos formais preliminares inerentes a qualquer procedimento licitatório, como ocorreu na fl. 34. Trata-se, na verdade, sobre questões meritórias que vinculou a administração municipal, lavrado após a feitura da *ata de julgamento*, portanto

quando já acostados aos autos os documentos de habilitação dos “licitantes”, importando em graves e sérios prejuízos ao Município de Senador Pompeu, como restará demonstrado.

Com efeito, a licitação, mesmo realizada com grosseiras fraudes foi homologada através de ato do denunciado *Francisco Tarcido de Lima Baia* que também subscreveu o contrato na qualidade de Secretário de Obras e Urbanismo de Senador Pompeu, nomeado para exercício do cargo através de ato formal do Prefeito Municipal *Antônio Teixeira de Oliveira* (Portaria n. 101-A/2005 - GAPRE, anexa).

Trata-se, então, de fraude direcionada para beneficiar *Eduardo Teixeira Soares de Lima*, exatamente a pessoa que será, doravante, o elo entre a administração municipal de Senador Pompeu e a quadrilha liderada por Raimundo Moraes Filho, tudo com conhecimento prévio do Prefeito Municipal **Antônio Teixeira de Oliveira** e participação direta dos membros da comissão de licitação, Secretários e servidores municipais, todos irmanados no cometimento reiterado de crimes.

Por último, no dia 26 de dezembro de 2007, não satisfeito com a prática do delito acima descrito, *Francisco Tarcido de Lima Baia* autoriza a prorrogação do contrato até 31 de dezembro de 2008, fl. 100, vulnerando a administração municipal, obviamente, também se beneficiando com os atos imorais.

Resumindo, a administração responsável pelos destinos do Município de Senador Pompeu e seu povo assegurou, por meio criminoso, a permanência até 31 de dezembro de 2008 daquele que é o elo indispensável para prática de dezenas de crimes contra o patrimônio público, exatamente o engenheiro *Eduardo Teixeira Soares de Lima*, sem se descurar de outros crimes perpetrados pelos demais denunciados, mesmo antes de seu ingresso no serviço público municipal.

Mesmo tendo agido antes do ingresso do denunciado *Eduardo Teixeira Soares de Lima* na administração pública de Senador Pompeu, a quadrilha liderada por *Raimundo Moraes Filho*, superou, desta feita, qualquer obstáculo a sua atuação, especialmente quando se fazia necessário fraudar procedimentos licitatórios, alterar planilhas de medição de obras, atestar serviços não executados e administrar os repasses dos valores desviados da administração municipal para agentes públicos e particulares, o que foi feito com maestria através de *Eduardo Teixeira Soares de Lima*, com raríssimas exceções, destacando-se a participação direta, em algumas oportunidades, do Prefeito Municipal *Antônio Teixeira de Oliveira*.

Destarte, para demonstrar o prejuízo causado ao erário municipal faz-se necessário discorrer sobre cada um dos procedimentos licitatório realizados no exercício de 2008, especificamente aqueles que envolvem diretamente as empresas gerenciadas por *Raimundo Moraes Filho* cujos empenhos foram liquidados (pagos) com recurso próprio do Município de Senador Pompeu, deixando claro que a quadrilha saqueou, da mesma forma, os recursos federais que foram destinados ao Município de Senador Pompeu, razão pela qual os órgãos de controle externo (MPE, CGU, PF, MPF e RFB) atuaram conjuntamente.

Agindo da forma acima descrita e considerando-se que as empresas são constituídas por sócios com vínculos familiares e de subordinação entre si, integrando verdadeira *organização criminosa*, o grupo agiu sem obstáculo na administração Municipal de Senador Pompeu.

Para melhor compreensão da atuação da quadrilha o Ministério Público Estadual optou por ajuizar as ações referente a cada exercício financeiro, destacando as empresas vencedoras dos processos licitatórios, como ocorreu cada um dos procedimentos e a real destinação dos recursos públicos desviados, iniciando pela empresa *Falcon Construtora e Serviços Ltda* que supostamente “venceu” as seguintes licitações:

Convite n. 003/2008 - sou - processo licitatório anexo. (...).

Após a *declaração de renúncia* aos prazos recursais firmada pelos “licitantes”, veio o *parecer jurídico de mérito recomendando a HOMOLOGAÇÃO do procedimento, firmado pelo Assessor Jurídico da municipalidade, Bel. ROBÉRIO BARBOSA LIMA. OAB.CE n. 17.486*. A homologação do certame e adjudicação do objeto à empresa *Falcon Construtora e Serviços Ltda*, declarada vencedora do certame licitatório, foram feitas pelo Secretário de Obras e Urbanismo *Tárcido Francisco de Lima Baia*, conforme ato presente às fls. 92 do processo licitatório, anexo.

Celebrado o contrato surge a fase de execução da obra e realização de pagamentos, destacando-se, agora, a atuação do engenheiro da Prefeitura Municipal de Senador Rompeu *Eduardo Teixeira Soares de Lima*, exatamente no que se refere ao real destino dos recursos públicos, uma vez que era do conhecimento público que nenhuma das empresas licitantes jamais realizou qualquer obra no município de Senador Pompeu, conforme, ainda, depoimento prestado pelo vereador *Francisco de Oliveira Sousa*.

(...).

Convite n. 007/2008 - (...).

Convite n. 010/2008 - (...).

Convite n. 015/2008 - (...).

Convite n. 012/2008 - (...).

Convite n. 013/2008 - processo licitatório anexo. (...).

A comissão de licitação considerou a proposta da empresa *Daruma* como sendo da empresa *Êxito*. **A irresponsabilidade recebeu parecer do Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Senador Pompeu. Bel. ROBERIO BARBOSA LIMA, que, a exemplo dos demais criminosos, não percebeu o “equivoco”, recomendando meritoriamente a HOMOLOGAÇÃO e a ADJUDICAÇÃO em favor da licitante PRATIKA INCORPORAÇÕES LTDA.**

A empresa *Êxito* apresentou a documentação de habilitação, no entanto, não apresentou proposta de preços, por outro lado, a empresa *Daruma* não

apresentou a documentação de habilitação, mas apresentou proposta de preços. Consequentemente, a comissão de licitação considerou os valores apresentados na proposta da *Daruma* como sendo da empresa *Êxito*. Desta forma, resta caracterizada a frustração do caráter competitivo e a demonstração inequívoca de que o processo licitatório não passou de grosseira “montagem”, onde a comissão de licitação sequer observou os procedimentos mínimos necessários para existência formal do certame. (...).

Convite n. 017/2008 - (...).

Convite n. 002/2008 - (...).

Convite n.010/2008 - (...).

Convite n. 007/2008 - (...).

Convite n. 020/2008 - processo licitatório anexo. (...).

A homologação do certame e adjudicação do objeto à empresa *Daruma Construções e Empreendimentos Ltda*, declarada vencedora do certame licitatório, foram feitas pelo Secretário de Obras e Urbanismo *Tarcisio de Souza Cavalcante* conforme ato presente às fls. 112 do processo, **o que se deu após a convalidação das ilegalidades através de parecer jurídico da lavra do Bel. ROBERIO BARBOSA LIMA, OAB.CE n. 17.486, fl. 110, também denunciado**. Os processos de pagamento anexos revelam que a administração municipal realizou dois pagamentos supostamente à empresa *Daruma Construções e Empreendimentos Ltda*, distribuídos da seguinte forma: (...).

Dos Demais Elementos de Prova. (...).

Observa-se a gravidade da situação quando o Prefeito Municipal Antônio Teixeira de Oliveira, ao invés de proteger o patrimônio do povo, optou por considerar como verdade absoluta um relatório firmado por servidores subalternos, obviamente porque favorável aos integrantes da quadrilha instalada no seio da administração de Senador Pompeu, nomeados por ato seu (Prefeito), além de alterar a verdade dos fatos e documentos que estão sob sua guarda em razão do cargo, sem se descurar que tal relatório é um alibi utilizado em seu proveito pessoal.

E mais, vários dos agentes públicos ora denunciados figuram como *doadores da campanha eleitoral* do Prefeito Antônio Teixeira de Oliveira, eleição de 2008, época do cometimento do saque aos cofres públicos narrados nesta denúncia, destacando-se: *Aila Maria Jorge Holanda, Francisco Adriano Costa Souza, Ligia Gardenia Magalhaes de Brito, Luiz Flavio Mendes de Carvalho, Luzia Lucelia R. de Carvalho, Miguel Alves de Almeida* e **Roberio Barbosa de Lima**, como consta do sítio do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), com cópia anexa. (...).

A atitude acima reproduzida se caracteriza como mais uma agressão ao patrimônio do povo e se reveste de verdadeiro símbolo à *impunidade*, não fosse o desiderato de interferir de forma gravosa na apuração isenta da verdade dos fatos

e produzir provas em proveito próprio e de terceiros investigados, falseando ou ignorando a realidade posta.

Ademais, é prova inequívoca de que, no exercício do cargo de Prefeito Municipal e mantendo como seus assessores diretos (Secretários) pessoas envolvidas nos crimes descritos. Antônio Teixeira de Oliveira interfere nos atos investigatórios, conseqüentemente altera verdade documental e contábil da administração pública, dificultando sobremaneira a instrução processual a ser protegida com a urgência que o caso reclama.

Destarte, Excelência, ocorrendo pagamentos a empresas na forma acima descrita e que em alguns casos o próprio gestor autorizou, mesmo sabendo que as obras não eram executadas pelas contratadas, como consta da confissão das pessoas presas temporariamente, significa, como provado, descaso com a administração público municipal, envolvimento com o crime organizado motivando sérios e irreparáveis prejuízos ao erário da coletividade.

Por fim, é oportuno registrar a ousadia da quadrilha liderada por Raimundo Moraes Filho, que expõe até mesmo a segurança dos documentos públicos emitidos através Poder Judiciário e Cartórios do interior do Estado, uma vez que, na sede da empresa *Falcon Construtora e Serviços Ltda*, escritório do crime organizado, e em poder dos promovidos foi apreendida grande quantidade de *Selos de Autenticação e Reconhecimento de Firma*, oriundos de cartórios interioranos, e, assim, os integrantes da quadrilha autenticavam documentos, reconheciam assinaturas ideologicamente falsas, o que é possível ter ocorrido quando da alteração feita no quadro societário da empresa *Exito Construções. e Empreendimentos Ltda*, como explicitado no depoimento prestado por *Tania Cleia de Sousa Damasceno*, na sede do PROCAP. (...).

Da Individualização das Condutas

Formado o grupo que agiria no seio das administrações municipais, teve início o processo de apropriação e desvio de valores públicos, tudo com o participação direto dos denunciados, fatos comprovados através de farta prova documental.

Com efeito, a prova acostada aponta para prática de crimes contra a administração pública, com dolo intenso, em face dos denunciados *Raimundo Moraes Filho, Francisco Monte Moraes, Rodrigo Coelho Mota, Andreza de Abreu Sampaio Coelho Mota, Rodrigo Barbosa Menezes, José Roberto Leandro dos Santos, Anisiane Dantas de Oliveira, Antônio Sérgio Freitas de Castro e Luana Silva Braga*, que concorreram diretamente para que servidores e terceiros incorporassem ao patrimônio particular valores integrantes do acervo patrimonial do Município de Senador Pompeu/CE, mediante fraude em procedimentos licitatórios, falsidade ideológica, peculato, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, com celebração de contratos ilegais, tudo isso com importante e significativa participação de servidores públicos municipais e estaduais.

De igual modo, os servidores públicos de Senador Pompeu *Luis Flavio Mendes de Carvalho, Tarcido Francisco de Lima Baia, Miguel Alves de Almeida, Jose Dalvanir Bezerra de Almeida, Tarcisio de Souza Cavalcante, Luzia Luicélia Saraiva Ribeiro, Maria Lindalva de Oliveira Alencar, Francisco Adriano Costa Sousa, Ligia Gardénia Magalhães de Brito e Antônia Eremita Teixeira de Oliveira*, que exercendo funções relevantes na administração municipal, concorreram diretamente para concretização das condutas delituosas, assinando contratos e procedendo a lançamentos contábeis falsos, ilegais e criminosos, certificando e inserindo declaração falsa sobre fato juridicamente relevante, concorrendo diretamente para cometimento dos crimes de peculato, falsidade ideológica, inserção de dados falsos no banco de dados da administração pública, fraude ao processo licitatório e favorecendo a lavagem de dinheiro, e viabilizando o enriquecimento ilícito próprio e de terceiros, todos agindo com *dolo intenso*, pois conhecedores da ilicitude de suas condutas, *Aila Maria Jorge Holanda, Paulo Antonio Nogueira Júnior, Antônio Marcos Holanda Neri e José Cristiano Vitoriano Costa*, integrantes da comissão de licitação à época dos fatos figuram como responsáveis diretos pelas fraudes perpetradas contra a administração pública, violando frontalmente os termos da Lei n. 8.666/1993, sem se descurar de que suas ações viabilizaram ou permitiram a prática dos demais delitos.

Os engenheiros *Elmo Roberto Belchior Aguiar*, CREA n. CE0890/D e *Francisco Morais e Silva Filho*, CREA n. 618D, *Antônio Clodoaldo Batista da Cruz*, CREA n. 8970/D - CE e *Raimundo Nonato Cordeiro Moreira*, CREA n. 13.1971D, atestaram falsamente fato relevante para administração pública, fazendo constar nos propostas de preços das obras públicas dados absolutamente inverídicos, especialmente no que se refere à execução dos serviços através das empresas "contratadas", sendo importante esclarecer que suas condutas são determinantes para efetivação do desvio de recursos públicos. Sobre tal aspecto da ilicitude destacamos que todos são integrantes da organização criminosa, razão pela qual suas condutas não se restringiram ao Município de Senador Pompeu, como resta provado.

Eduardo Teixeira Soares de Lima, como repisado, e peça fundamental na prática dos crimes acima descritas, figurando como elo entre o grupo organizado liderado por Raimundo Morais Filho e a administração de Senador Pompeu, participando ativamente da fraude nos procedimentos licitatórios, utilizando sua conta corrente para fins de lavagem de dinheiro, locupletando-se com recursos públicos desviados, atestando falsamente a execução de obras públicas, enfim, vilipendiando o patrimônio público.

Seu ingresso no serviço público do município de Senador Pompeu foi decorrência de fraude (crime) que se perpetuou de maneira a contaminar vários setores da administração, uma vez que atua como engenheiro responsável pela elaboração dos projetos de engenharia e pela fiscalização das obras públicas.

Figura como elemento de confiança do Prefeito Municipal a ponto de superar a comissão de licitação, Secretários Municipais e o próprio Prefeito Municipal, fato revelado através dos e-mails trocados com os integrantes do grupo liderado por Raimundo Morais, afirmando, em algumas oportunidades, o seguinte: “preciso das notas fiscais para empenhar...” Os e-mails extraídos dos computadores da empresa *Falcon* através de perícia realizada pela Polícia Federal, ora acostados, demonstra a veracidade da acusação.

Por fim, é necessário repetir, Eduardo Teixeira Soares de Lima é engenheiro responsável pela construção da residência particular do Prefeito de Senador Pompeu, Antônio Teixeira de Oliveira, “mistura” de caráter criminoso e absurdamente prejudicial aos interesses da administração.

Antônio Teixeira de Oliveira, Prefeito Municipal de Senador Pompeu, praticou diretamente fatos rotulados como crimes, assinando cheques destinados a empresas inidôneas, viabilizando o desvio de recursos públicos através do engenheiro da Prefeitura Municipal *Eduardo Teixeira Soares de Lima*, utilizando, inclusive, os serviços deste servidor público na construção de sua residência particular, fatos confessados sem cerimônia quando de seu interrogatório na sede da Procuradoria dos Crimes Contra a Administração Pública – PROCAP, além de se beneficiar financeiramente, segundo prova acostada aos autos.

A promiscuidade do Gestor Municipal vai além e alcança a elaboração de prova em proveito próprio e dos demais integrantes da quadrilha, a exemplo do relatório elaborado pela “Comissão Processante”, encaminhado ao Ministério Público e ora anexado, sempre agindo de maneira a dificultar a investigação e inocular, na via administrativa, servidores corruptos e ímprobos, fato que justifica o decreto de sua custódia preventiva e afastamento do cargo, única forma de proteger o patrimônio público e a administração processual, ambos severamente maculados.

Com efeito, em face da materialidade e indícios de autoria recolhidos à exaustão nos autos, os denunciados violaram, na forma das condutas individualizadas, de forma livre e consciente, os tipos previstos no artigo 288 (*formação de quadrilha*), artigo 297, § 1º, (*falsificação de documento público*), Art. 312, § 1º (*peculato*) e 313-A (*inserção de dados falsos em sistema de informações*), todos do Código Penal, Art. 90 da Lei n. 8.666/1993 e no artigo 1º, § 1º, incisos V e VI da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, (*lavagem de dinheiro*) todos combinados com os artigos 29 e 69, do Código Penal:

- por terem se associado de maneira estável para fraudar o caráter competitivo de licitações, falsificarem documentos, desviar recursos públicos e ocultar e dissimular o destino dos recursos originados dos crimes já citados, incidem no art. 288 do Código Penal;

- por terem frustrado e fraudado o caráter competitivo de procedimentos licitatórios de maneira reiterada no Município de Senador Pompeu, incidem no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 c/c com art. 71 do Código Penal;

- por terem desviado e se apropriado de recursos públicos estaduais através de variadas condutas acima descritas, incidem no art. 312 do Código Penal (Art. 1º, incisos I e II, do Dec. Lei n. 201/1967 - Antônio Teixeira de Oliveira) na forma do art. 29, aqueles que não são servidores públicos c/c art. 71;

- por falsificarem, materialmente e ideologicamente, e usarem de maneira reiterada vários documentos públicos e privados falsos como notas fiscais, recibos, contratos sociais, selos de autenticação, documentos de procedimentos licitatórios, dentre outros, incidem nos arts. 297, 298, 299 e 304 do Código Penal c/c art. 71:

- por utilizarem-se de organização criminosa para reiteradamente ocultarem e dissimularem a natureza e a origem de valores e bens provenientes de crimes contra a Administração Pública, incidem no art. 10, V e VII, da Lei n. 9.613/1998, *in verbis*: (...).

Os fatos aqui narrados justificam pronto enfrentamento por parte do Poder Judiciário Estadual, como único capaz de restabelecer a normalidade administrativa no Município de Senador Pompeu/CE.

Da Culpabilidade

A culpabilidade dos agentes pode ser aferida pela intenção, ou pelo menosprezo dos denunciados em vulnerar a administração pública municipal de Senador Pompeu, apropriando-se de dinheiro público em proveito próprio ou alheio, ordenando o pagamento de despesas fora das regras financeiras pertinentes, inserindo informação falsa em documentos oficiais para criar obrigação e alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, inserindo dados falsos no banco de dados da administração pública, ocultando a origem, localização e movimentação de bens e valores provenientes de crimes contra a Administração Pública, fraudando processos licitatórios, tudo isso em verdadeira *societas sceleris*.

(...).

Após a leitura atenta da inicial acusatória, por mais de uma vez, verifico que, em 86 (oitenta e seis) laudas de denúncia, o nome do recorrente apareceu 5 (cinco) vezes. Em um primeiro momento, ao se tecer esclarecimentos sobre a atuação da quadrilha no Município de Senador Pompeu/CE, considerou-se que (e-STJ fls. 17/18):

O parecer do denunciado *Robério Barbosa Lima*, OAB.CE n. 17.486, não se caracteriza como mera manifestação para aprovação de minutas de editais e atos formais preliminares inerentes a qualquer procedimento licitatório, como ocorreu na fl. 34. Trata-se, na verdade, sobre questões meritórias que vinculou a administração municipal, lavrado após a feitura da *ata de julgamento*, portanto quando já acostados aos autos os documentos de habilitação dos "licitantes",

importando em graves e sérios prejuízos ao Município de Senador Pompeu, como restará demonstrado.

Dessarte, passou-se a descrever as atuações do recorrente.

No Processo licitatório Convite n. 3/2008, o recorrente, como assessor jurídico da municipalidade, apresentou parecer jurídico de mérito recomendando a homologação do procedimento (e-STJ fl. 20).

No processo licitatório Convite n. 13/2008, o recorrente, como assessor jurídico da Prefeitura Municipal de Senador Pompeu,/CE “a exemplo dos demais criminosos, não percebeu o “equivoco”, recomendando meritoriamente a homologação e a adjudicação em favor da licitante Pratika incorporações Ltda” (e-STJ fl. 43).

No processo licitatório Convite n. 20/2008, o recorrente, como assessor jurídico da municipalidade, apresentou parecer jurídico a favor da “homologação do certame e adjudicação do objeto à empresa Daruma construções e empreendimentos Ltda, declarada vencedora do certame licitatório” (e-STJ fl. 65).

Consignou-se, ainda, que o recorrente aparece como doador da “campanha eleitoral do Prefeito Antônio Teixeira de Oliveira, eleição de 2008, época do cometimento do saque aos cofres públicos narrados nesta denúncia”, conforme consta do sítio do Tribunal Superior Eleitoral (e-STJ fl. 73).

Por fim, ao se individualizar as condutas de todos os denunciados, às e-STJ fl. 78, *o nome do recorrente não foi citado*, sendo, no entanto, denunciado como incurso nos arts. 288, 297, § 1º, 312 e 313-A, do Código Penal, no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, no art. 1º, § 1º, incisos V e VI, da Lei n. 9.613/1998, c/c arts. 29 e 69 do Código Penal.

Dessa forma, revela-se manifesta a inépcia da inicial acusatória. Com efeito, não obstante a descrição da sucessão de atos que culminaram na prática dos vários crimes trazidos na exordial, no que toca ao paciente, a denúncia apenas aponta que ele emitiu parecer favorável, na qualidade de Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Senador Pompeu/CE, sem nenhuma circunstância que o vincule, subjetivamente, ao propósito delitivo.

Tal deficiência, à evidência, prejudica o exercício da defesa, porquanto emitir pareceres faz parte da rotina de um advogado de ente público em âmbito administrativo, de forma que a descrição desse ato, por si só, não é suficiente para a configuração de nenhum dos crimes imputados ao recorrente, o que

revela, de forma patente e manifesta, a inépcia da exordial com relação a todos os crimes imputados ao recorrente.

Nesse sentido, são inúmeros os precedentes desta Corte:

Habeas corpus. Questão preliminar. Pedido de assistência formulado pelo Conselho Federal da OAB. Indeferimento. Mérito da impetração. Ação penal originária no Tribunal de Justiça. Crime de dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Elemento subjetivo. Dolo específico de lesar o patrimônio público. Denúncia que apenas afirma que os pacientes emitiram parecer no procedimento que culminou na dispensa de licitação. Inépcia da inicial reconhecida. Constrangimento ilegal configurado. Trancamento da ação penal em relação aos pacientes. Ordem concedida. 1. A pretendida intervenção, em sede de *habeas corpus*, seja na qualidade de assistente ou de *amicus curiae*, além de não possuir amparo legal, é refutada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Assim, não obstante a impetração tenha por escopo o trancamento da ação penal em relação a dois advogados inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, por ter sido formulado em sede de *habeas corpus*, a hipótese é de indeferimento do pedido de ingresso do Conselho Federal da OAB na qualidade de assistente dos pacientes. 2. É assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que o trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, a inexistência de indícios da autoria ou prova da materialidade delitiva, ou ainda, a inépcia da exordial acusatória. 3. Não obstante a ausência de disposição legal expressa, a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o tipo penal inscrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige “o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica - INQ 2.616, relator min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014” (AP 683/MA, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, DJe 6.3.2017). Dessa forma, a denúncia deve especificar, ao menos de forma sucinta, atos ou circunstâncias concretas que denotem a intenção dos agentes em elidir o procedimento licitatório em prejuízo do erário. 4. Hipótese em que a exordial acusatória, embora descreva a sucessão de atos que culminaram na dispensa de licitação, no que toca aos pacientes, apenas aponta que eles emitiram pareceres na qualidade de Procurador-Geral e Consultor Jurídico municipal, sem nenhuma circunstância que os vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo, revelando-se inepta a denúncia. 5. Em denúncia similar à presente, em outra ação penal proposta contra os mesmos pacientes, decorrente de outro contrato com suposta dispensa irregular de licitação, a Sexta Turma desta Corte determinou o trancamento da ação por inépcia da denúncia (HC 377.430/RJ, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, DJe 19.12.2016). 6. Ordem de *habeas corpus* concedida para cassar a decisão que recebeu a denúncia, apenas em relação aos pacientes, ante o

reconhecimento da inépcia da inicial acusatória, sem prejuízo de que outra seja apresentada em obediência à lei processual. (HC 377.453/RJ, da minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 05.04.2017)

Recurso em habeas corpus. Dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Elemento subjetivo especial. Intenção de lesar o patrimônio público. Efetivo prejuízo ao erário. Dolo específico não indicado. Recurso provido. 1. Consoante o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da APn n. 480, para a imputação do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é necessária a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público. 2. Conforme disposto no art. 133 da Carta Magna, "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei", sendo possível sua responsabilização penal apenas se indicadas circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo. 3. Na espécie, o Ministério Público estadual, em sua peça acusatória, imputou aos recorrentes a conduta delitiva em análise, alicerçado tão somente no desempenho tópico da função pública por eles exercida - ao elaborarem parecer acerca da possibilidade de não realização de processo licitatório - sem demonstrar a vontade de provocar lesão ao erário, tampouco a ocorrência de prejuízo. 4. Recurso provido para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelos recorrentes e trancar, *ab initio*, o processo movido contra ambos. (RHC 46.102/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25.10.2016, DJe 10.11.2016)

Habeas corpus. Dispensa indevida de licitação (art. 89, caput, c/c o art. 84, § 2º, da Lei n. 8.666/1993). Writ substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Conhecimento. Impossibilidade. Pretensão de trancamento da ação penal. Excepcionalidade na via eleita. Alegação de inépcia da denúncia, atipicidade da conduta e ausência de justa causa. Pacientes responsáveis pela emissão do parecer favorável à dispensa de licitação. Descrição do indispensável nexos causal entre a conduta imputada e a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Ausência. Demonstração do vínculo entre os denunciados e os demais corréus que procederam de forma indevida. Inexistência. Óbice ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Descrição da intenção dos agentes em lesar o erário e o efetivo prejuízo. Ausência. Constrangimento ilegal evidenciado. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso próprio ou mesmo a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Precedentes. 2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso cabível, este Superior Tribunal analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar

eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial. 3. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria. 4. *No caso, o Ministério Público Federal atribuiu aos acusados a conduta de colaborar para a dispensa indevida de licitação, fora das hipóteses legais, apenas pelo fato de eles serem os Procuradores Federais responsáveis pela emissão do parecer favorável à dispensa de licitação reputada ilegal, deixando-se de se descrever o necessário nexos causal entre a conduta atribuída e a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.* 5. Sem a mínima menção à atuação ou contribuição dos acusados na empreitada criminosa, imputou-se-lhes a ocorrência do fato delituoso, consubstanciando-se exclusivamente na função exercida por eles, situação que impossibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa. 6. Não se demonstrou também de que forma a dispensa da licitação configurou o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Não ficou nítida na inicial acusatória a intenção dos agentes em lesar os cofres públicos, tampouco a ocorrência de prejuízo. Em outras palavras, não há na inicial ofertada pelo *Parquet* menção à ocorrência de dolo específico ou de dano ao erário. 7. Conforme entendimento pacificado nesta Corte, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, devem ficar demonstradas a intenção dos agentes em lesionar os cofres públicos e a existência de dano ao erário (APn n. 480/MG, Relator p/ o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 15.6.2012). 8. Impetração não conhecida. Concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, para declarar a inépcia da inicial acusatória e, por conseguinte, a nulidade de todo o processo em relação aos pacientes, ressalvada a possibilidade de oferecimento de nova denúncia com a correta individualização das ações a eles atribuídas que efetivamente possam ter contribuído para a prática delituosa, ensejando, desse modo, o exercício da ampla defesa. (HC 233.619/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05.06.2014, DJe 27.06.2014)

Recurso ordinário em habeas corpus. Denúncia. Art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Procuradores municipais. Simples emissão e aprovação de parecer jurídico opinando pela dispensa de procedimento licitatório. Imunidade do advogado. Atipicidade da conduta. Ausência de qualquer elemento indiciário válido. Trancamento. Recurso provido. 1. Recorrentes denunciados juntamente com outros 10 corréus como incurso no art. 89, caput, da Lei n. 8.666/1993, pois teriam colaborado com dispensa indevida de licitação para realização de obra pública, beneficiando a empresa contratada em R\$ 21.607.812,96 (vinte e um milhões, seiscentos e sete mil, oitocentos e doze reais e noventa e seis centavos). 2. Resta evidenciada a atipicidade das condutas dos Recorrentes, uma vez que foram denunciados apenas pela simples emissão e suposta aprovação de parecer jurídico, sem demonstração da presença de nexos de causalidade entre a conduta a eles imputada e a realização do fato típico. 3. O regular exercício da ação penal - que

já traz consigo uma agressão ao *status dignitatis* do acusado - exige um lastro probatório mínimo para subsidiar a acusação. Não basta mera afirmação de ter havido uma conduta criminoso. A denúncia deve, ainda, apontar elementos, mínimos que sejam, capazes de respaldar o início da persecução criminal, sob pena de subversão do dever estatal em inaceitável arbítrio. Ausente o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal. 4. Recurso provido para trancar a ação penal em tela somente em relação aos ora Recorrentes. (RHC 39.644/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.10.2013, DJe 29.10.2013)

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso em *habeas corpus*, para trancar a Ação Penal n. 5660-03.2012.8.06.0166, apenas com relação recorrente, em virtude da inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja oferecida, em obediência à lei processual.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 70.222-SP (2016/0112312-2)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Hamilton Lorençatto

Recorrente: Antonio Enes Júnior

Advogados: Ralph Tortima Stettinger Filho e outro(s) - SP126739

Thiago Amaral Lorena de Mello - SP240428

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. *Quadrilha* e admissão de modificação contratual em favor do adjudicatário durante a execução do contrato sem autorização em lei. Inépcia da denúncia. Ausência de descrição das condutas dos acusados. Ampla defesa prejudicada. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. O devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao acusado o

exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.

2. No caso dos autos, da leitura da exordial constata-se que o Ministério Público deixou de descrever qualquer conduta comissiva ou omissiva atribuível aos recorrentes apta a configurar a sua responsabilidade criminal pelos crimes de quadrilha e de admissão de vantagem em favor do adjudicatário durante a execução do contrato celebrado com o Poder Público.

3. No tocante à quadrilha, depreende-se que o órgão ministerial limitou-se a asseverar que os acusados, agindo em concurso de pessoas caracterizado pela divisão de tarefas e atuação conjunta visando ao fim comum, associaram-se para a prática de crimes, deixando de demonstrar a estabilidade ou a permanência do vínculo entre eles, ou mesmo o papel de cada um deles no grupo criminoso.

4. Quanto ao crime contra a Lei de Licitações, tem-se que a acusação apenas afirmou que um dos recorrentes autorizou a substituição de alguns produtos da cesta natalina objeto do contrato, não mencionando, em momento algum, os prejuízos causados aos cofres públicos, ou mesmo a intenção dos increpados em danificar o erário municipal.

5. Se a denúncia é natimorta, preferível que se passe desde logo o competente atestado de óbito, porque não há lugar maior para o extravasamento dos ódios e dos rancores do que a deflagração de uma *actio poenalis* contra pessoa reconhecidamente inocente.

6. Com o reconhecimento da inaptidão da peça vestibular em tela, resta prejudicado o exame da alegada falta de justa causa para a persecução penal.

7. Recurso provido para declarar a inépcia da denúncia ofertada contra os recorrentes nos autos da Ação Penal n. 1006671-34.2015.8.26.0604, estendendo-se os efeitos da decisão ao corréu em idêntica situação no tocante ao crime de quadrilha.



ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 14 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 20.9.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto por *Hamilton Lorençatto e Antonio Enes Júnior* contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2237346-45.2015.8.26.0000.

Noticiam os autos que os recorrentes foram denunciados pela suposta prática dos delitos descritos nos artigos 92, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 e 288, *caput*, do Código Penal.

Buscando o trancamento da ação penal, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustentam os patronos dos recorrentes que a denúncia seria inepta quanto ao delito de associação criminosa, ao argumento de que não teria descrito adequadamente as suas elementares.

Alegam que para a caracterização do crime em questão seria necessária a união de mais de duas pessoas, além da prática de mais de um fato ilícito, o que não estaria narrado na inicial acusatória.

Ressaltam que a incoativa conteria um texto padrão, limitando-se a transcrever o tipo penal do artigo 288 do Estatuto Repressivo, impossibilitando a ampla defesa dos réus.

Asseveram que a persecução penal careceria de justa causa quanto ao ilícito disposto no artigo 92 da Lei de Licitações, pois não haveria comprovação do prejuízo causado ao erário, o dolo específico dos agentes e o proveito por eles auferido, inexistindo indícios de que teriam praticado a mencionada infração penal.

Argumentam que, em atenção ao princípio da subsidiariedade, uma conduta considerada lícita nas esferas administrativa e cível não poderia caracterizar um delito no âmbito penal.

Requerem o provimento da insurgência para que a ação penal seja trancada por inépcia da denúncia quanto ao artigo 288 do Código Penal, bem como pela falta de justa causa quanto ao crime previsto no artigo 92 da Lei de Licitações.

Contra-arrazoado o reclamo (e-STJ fls. 709/716), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo a liminar sido indeferida, nos termos da decisão de fls. 725/726.

O Ministério Público Federal, à fl. 734, ratificou as contrarrazões do Ministério Público Estadual, manifestando-se pelo desprovimento do inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional, pretende-se, em síntese, que o processo criminal em exame seja trancado.

Segundo consta da denúncia, com o término do convênio celebrado entre a Associação dos Servidores Públicos de Sumaré e o Município, foi necessário proceder à aquisição de cestas natalinas, em atenção ao disposto na Lei Municipal 5.474/2013.

Visando a garantir que a empresa *Golden Food Comércio e Exportação de Alimentos Eireli*, pessoa jurídica de direito privado pertencente ao corréu Thiago Bertti sagra-se vencedora do certame, todos os acusados se associaram para cometer crimes contra a Lei de Licitações (e-STJ fl. 38).

Após a vitória da *Golden Food Comércio e Exportação de Alimentos Eireli* no pregão presencial realizado, do qual participaram apenas 2 (duas) empresas, sobreveio a análise da amostra dos produtos contidos na proposta vencedora, tendo a comissão de licitação aprovado os alimentos apresentados na mesma data, qual seja, 1.12.2014 (e-STJ fls. 38/39).

No dia 3.12.2014 o resultado do pregão foi homologado, tendo o corréu Thiago Bertti peticionado nos autos do procedimento licitatório requerendo a substituição de determinados itens da cesta natalina, sob o argumento de que a

sua produção estaria suspensa por questões técnicas, o que foi autorizado pelo recorrente *Antonio* (e-STJ fls. 39/40).

Os recorrentes afirmaram que checaram a informação trazida pelo corréu Thiago, obtendo a confirmação, por meio de e-mails, que o rocambole não estava mais na linha de produção, ao passo que os demais produtos estavam em falta no mercado (e-STJ fl. 40).

Contudo, os fabricantes dos produtos substituídos asseveraram não possuir relações comerciais com a empresa *Golden Food*, não tendo recebido qualquer pedido de compra de seus alimentos (e-STJ fl. 40).

A empresa *Lua Nova Indústria e Comércio Alimentício Ltda*, fabricante do rocambole da marca *Panco*, noticiou que o seu produto saiu de produção no final do ano de 2012, com a última colocação no mercado consumidor aos 13.3.2013, advertindo que a data de validade era de 10 (dez) dias, ou seja, até o dia 23.3.2013 (e-STJ fl. 41).

O órgão ministerial consignou que o corréu Thiago Berti apresentou, em sua proposta, o rocambole da marca *Bauducco*, e não *Panco*, que sequer estava no mercado, tendo a primeira, por meio de sua fabricante *Pandurata Alimentos*, aduzido não possuir relações comerciais com o acusado, “*o que implica dizer que a fraude está consubstanciada em prova documental*” (e-STJ fl. 41).

Por tais razões, o Ministério Público imputou aos recorrentes a prática dos crimes previstos no artigo 288 do Código Penal e 92 da Lei n. 8.666/1993.

Feitos tais esclarecimentos, sabe-se que o devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao réu o exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.

É dever do órgão acusatório, portanto, narrar de forma satisfatória a conduta delituosa atribuída ao agente, descrevendo todas as suas circunstâncias, conforme a norma disposta no artigo 41 do Código de Processo Penal, para que seja viável o contraditório a ser instituído em juízo.

A doutrina e jurisprudência alinham-se ao apontar os requisitos mínimos de uma peça acusatória, podendo-se citar, por todos, as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), isto é, “não só a ação transitiva, como a pessoa

que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que a determinaram a isso (*cur*), a maneira por que a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (quando)” (João Mendes Jr.). (*As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90-91.)

No caso dos autos, da leitura da exordial em tela, constata-se que o Ministério Público deixou de descrever qualquer conduta comissiva ou omissiva atribuível aos recorrentes apta a configurar a sua responsabilidade criminal pelos crimes de quadrilha e de admissão de vantagem em favor do adjudicatário durante a execução do contrato celebrado com o Poder Público.

Com efeito, no tocante à quadrilha, depreende-se que o órgão ministerial limitou-se a asseverar que os acusados, agindo em concurso de pessoas caracterizado pela divisão de tarefas e atuação conjunta visando ao fim comum, associaram-se para a prática de crimes, deixando de demonstrar a estabilidade ou a permanência do vínculo entre eles, ou mesmo o papel de cada um deles no grupo criminoso.

Quanto ao crime contra a Lei de Licitações, tem-se que a acusação apenas afirmou que o recorrente *Antônio* autorizou a substituição de alguns produtos da cesta natalina objeto do contrato, não mencionando, em momento algum, os prejuízos causados aos cofres públicos, ou mesmo a intenção dos increpados em danificar o erário municipal.

Por conseguinte, não constando da peça vestibular a necessária descrição do nexos de causalidade entre a conduta atribuída aos recorrentes e os fatos típicos nela descritos, verifica-se a sua inaptidão para a deflagração da ação penal.

Nesse sentido:

Processual Penal. Denúncia. Requisitos. Art. 41 do CPP. Governador. Foro por prerrogativa de função. STJ. Desmembramento. Concurso de agentes. Descrição individualizada das condutas. Ausência. Prejuízo a ampla defesa. Inépcia. Rejeição. Art. 395, I, do CPP.

(...)

3. No concurso de agentes, a denúncia deve apontar individualizadamente a conduta de cada coautor ou partícipe, salvo se todos tiverem participado igualmente da ação criminosa ou se suas condutas tiverem sido difusas, não sendo possível distinguir a atuação de cada um. 4. Ocorre a inépcia da denúncia ou queixa quando não descrever fato criminoso, não imputar fatos determinados

ou se da sua exposição não resultar logicamente a conclusão. 5. Na presente hipótese, a denúncia não delimita a modalidade de contribuição do acusado para a suposta prática dos crimes dos arts. 288 e 312 do CP, 90 e 92 da Lei n. 8.666/1993, tampouco demonstra a correspondência concreta entre suas condutas e as dos demais agentes, o prejudica a adequada representação dos supostos fatos criminosos e impede a compreensão da acusação que se lhe imputa, causando, por consequência, prejuízo a seu direito de ampla defesa.

6. Denúncia rejeitada, por inépcia.

(APn 823/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 16.08.2017, DJe 22.08.2017)

Registre-se, por oportuno, que se a denúncia é natimorta, preferível que se passe desde logo o competente atestado de óbito, porque não há lugar maior para o extravasamento dos ódios e dos rancores do que a deflagração de uma *actio poenalis* contra pessoa reconhecidamente inocente.

Finalmente, com o reconhecimento da inaptidão da peça vestibular em tela, resta prejudicado o exame da alegada falta de justa causa para a persecução penal.

Em arremate, tendo em vista que o corréu *Thiago Bertti* se encontra na mesma situação processual dos recorrentes no que diz respeito ao crime de quadrilha, os efeitos desta decisão devem ser-lhe estendidos, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, *dá-se provimento* ao recurso para declarar a inépcia da denúncia ofertada contra os recorrentes, estendendo-se os efeitos da decisão ao corréu em idêntica situação no tocante ao crime de quadrilha.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 72.678-BA (2016/0172370-2)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: F C

Advogados: Marcos Alves Santana dos Santos - BA020827

Ana Cristina Santana dos Santos - BA015781

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, VI, da Lei n. 9.613/1998, antes da alteração da Lei n. 12.638/2012). Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Atipicidade da conduta. Inviabilidade. Alterações da Lei n. 12.638/2012. Manutenção da tipicidade com maior alcance. Hipótese de aplicação da lei antes da alteração. Autonomia da infração antecedente e do crime de lavagem de dinheiro. Entendimento sedimentado. Prescrição. Não ocorrência. Recurso ordinário não provido.

I - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, *de plano*, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a *atipicidade da conduta*, a presença de *causa de extinção de punibilidade*, ou a *ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade*.

II - O acolhimento da tese defensiva - inexistência de conduta típica por serem legítimas as transações, ausência de indícios mínimos de autoria ou negativa de autoria - demandaria, necessariamente, amplo reexame da matéria fático-probatória, procedimento a toda evidência incompatível com a via do *habeas corpus* e do seu recurso ordinário.

III - A Lei n. 12.683/2012 revogou o rol taxativo de crimes antecedentes, porém manteve a tipicidade da conduta de lavagem de dinheiro que passou a alcançar qualquer “infração penal” para sua configuração.

IV - Na hipótese, os fatos devem ser analisados de acordo com a redação anterior à Lei n. 12.683/2012, uma vez que as condutas imputadas ao recorrente foram em tese praticadas antes da alteração legislativa.

V - O crime de “lavagem” de dinheiro é apurado de forma autônoma em relação ao crime antecedente, até porque são distintos os bens jurídicos protegidos. É o que se depreende da leitura do art. 2º, II, da Lei n. 9.613/1998, razão pela qual, a simples existência de indícios da prática de “infração penal” já autoriza o processo para apurar a ocorrência do delito de lavagem de dinheiro (*precedentes do STF e do STJ*).

VI - Não há que se falar em prescrição quando a exordial acusatória noticia a existência de valores em tese provenientes do crime de “gestão fraudulenta”, depositados em contas bancárias na Suíça no de 2011.

VII - A regra do art. 115 do CP, somente será verificada quando da prolação da sentença.

VIII - Nos termos da Súmula n. 438 desta Corte, “*é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal*”.

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 21.8.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por F C, em face de v. acórdão proferido pelo eg. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado na ação penal n. 2003.33.00.021346-0, que tramitou perante a 17ª Vara Federal de Salvador/BA, nas sanções do artigo 4º, *caput*, da Lei n. 7.492/1986, por crimes praticados quando fora liquidante do Banco Econômico S/A.

O Ministério Público ofereceu nova denúncia, desta feita imputando ao paciente e ao corréu, a prática do delito de lavagem de dinheiro, porquanto, no intuito de dissimular a natureza ilícita dos valores desviados em gestão fraudulenta, o ora recorrente e/ou Francisco de Assis Vaz Guimarães, transferiram valores para contas abertas em nome de Josefa Pereira da Silva, doméstica da casa do ora recorrente, com ensino fundamental incompleto, que percebia remuneração mensal de R\$500,00. Posteriormente, segundo a denúncia, as importâncias eram movimentadas novamente para a conta pessoal do corréu.

Inconformada com o recebimento da denúncia, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o eg. Tribunal de origem, o qual denegou a ordem, em acórdão cuja ementa transcrevo a seguir:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Art. 1º, VI, da Lei n. 9.613/1998. Lavagem de dinheiro. Crime antecedente. Sentença não transitada em julgado. Irrelevância. Atipicidade da conduta. Revogação do inciso VI do art. 1º da Lei n. 9.613/1998. Impossibilidade. Inépcia da denúncia. Falta de descrição da conduta. Não ocorrência. Ausência de comprovação da origem ilícita dos recursos financeiros e prescrição da pretensão punitiva. Objeto da instrução criminal. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

1. A instauração de ação penal com o objetivo de apurar a eventual prática do delito de lavagem de capitais não só prescinde do trânsito em julgado da sentença que condenou o denunciado pela prática do delito antecedente, mas da própria existência de processo tendente a apurar a sua ocorrência.

2. A revogação do inciso VI do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 pela Lei n. 12.683/2012 não resulta em superveniente atipicidade da conduta do paciente, uma vez que a mudança teve caráter ampliativo, passando a considerar como crime antecedente qualquer delito que resulte na obtenção de recursos financeiros posteriormente submetidos a “branqueamento”, não só aqueles capitulados nos revogados incisos do art. 1º da Lei n. 9.613/1998.

3. Não se mostra inepta a denúncia que descreve suficientemente a conduta imputada ao paciente, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol das testemunhas, bem atendendo ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal.

4. É tarefa inerente à instrução criminal dirimir questões que remetam à profunda análise dos elementos de fato e de direito contidos nos autos da ação penal de fundo, tal como ocorre com relação ao argumento de falta de provas e da ocorrência da prescrição.

5. O trancamento de ação penal pela via restrita do *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma

inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade (RHC 119.607, Rel. Min. Luiz Fux, STF).

6. Ordem denegada (fls. 1.678-1.679).

Os embargos de declaração opostos contra o julgado não foram acolhidos, por decisão assim ementada:

Processual Civil. Embargos de declaração em *habeas corpus*. Contradição e omissão inexistentes. Prequestionamento. Rejeição dos declaratórios.

1. Os embargos declaratórios, conforme determina do art. 619 do Código de Processo Penal, restringem-se a sanar vícios de obscuridade, omissão, contradição ou ambigüidade.

2. A ausência dos vícios previstos no art. 619 do CPP implica a rejeição dos embargos, assim como o não prequestionamento da matéria.

3. Os fundamentos que levaram à rejeição dos embargos de declaração anteriormente opostos foram deduzidos no voto condutor do acórdão embargado, que tratou expressamente da matéria de mérito abordada nestes embargos.

4. Mesmo para fins de prequestionamento os embargos de declaração devem se enquadrar em uma das hipóteses previstas no art. 535 do Código de Processo Civil.

5. Embargos de declaração rejeitados (fl. 1.702).

Daí o presente recurso ordinário, no qual o recorrente pede o trancamento da ação penal. Alega, para tanto, não existir lastro probatório mínimo, devendo ser reconhecida ausência de justa causa. Entende, outrossim, inexistir conduta penal típica, sob o argumento, primeiro, de que está sendo denunciado com base em “*texto legal não mais vigente*”. Em segundo, argumenta que as transações financeiras eram lícitas, na medida em que advieram de regular pagamento de honorários advocatícios. Sustenta que a persecução penal pelo crime de lavagem de dinheiro somente poderá ser deflagrada após reconhecimento, por sentença penal transitada em julgado, da ilicitude da conduta antecedente. Por fim, pede o reconhecimento da prescrição, considerando a natureza do crime de lavagem de dinheiro (instantâneo), a data do suposto cometimento (1999), bem como a atual idade do paciente (78 anos).

A d. SubProcuradoria-Geral da República, às fls. 1.771-1.775, manifestou-se pelo desprovimento do recurso, em parecer com a seguinte ementa:

Penal. Processo Penal. Denúncia por crime de ocultação de ativos patrimoniais. Artigo 1º da Lei n. 9.613/1998. Condenação pelo delito antecedente (contra o

sistema financeiro nacional) ainda não transitada em julgado. Irrelevância para o prosseguimento da ação penal por crime consequente. Inteligência do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/1998. Requisitos do artigo 41 do CPP atendidos, em ordem a justificar manutenção do recebimento da denúncia. Paciente com mais de 70 anos de idade. Fator que não denota prescrição, contado o prazo por metade, haja vista narrativa no sentido de manutenção de depósitos em conta no exterior até o ano de 2011. Necessário manutenção do acórdão profligado. Parecer por desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Pretende o recorrente o trancamento da ação penal arguindo, para tanto, inexistência de conduta típica, por entender lícitas as operações financeiras e por ausência de justa causa.

Cumpra destacar, outrossim, que o trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, *de plano*, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a *atipicidade da conduta*, a presença de *causa de extinção de punibilidade*, ou a *ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade*.

A liquidez dos fatos, cumpre ressaltar, *constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa*, pois o exame aprofundado de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus* ou de seu recurso ordinário, uma vez que seu manejo pressupõe ilegalidade ou abuso de poder *flagrante a ponto de ser demonstrada de plano*.

Neste sentido, trago à colação os seguintes precedentes do col. *Pretório Excelso* e desta eg. Corte de Justiça:

Habeas corpus. Constitucional. Penal. Processual Penal. Corrupção passiva. Formação de quadrilha. Trancamento de ação penal. Alegação de falta de justa causa. Necessidade de exame das provas dos autos. Precedentes. Ordem denegada.

1. O trancamento de ação penal em *habeas corpus* constitui medida excepcional, que só se justifica nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade ou de ausência, demonstrada de plano, de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. 2. Não se admite no *habeas corpus* a análise aprofundada de fatos e provas, a fim de se verificar a inocência do Paciente. 3. O trancamento da ação penal em relação a outros corréus não permite, por si

só, a conclusão de que estaria o Paciente sofrendo constrangimento ilegal, não se inferindo dos autos que exista uma identidade entre a situação deles e a do Paciente. 4. *Habeas corpus* denegado (HC n. 115.116/RJ, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Carmen Lúcia*, DJe de 17.11.2014, grifei).

Habeas corpus originário. Peculato-furto. Crime militar. Munições de uso restrito das Forças Armadas. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Denúncia que permite ao acusado o exercício da ampla defesa. Princípio da insignificância. Inviabilidade. Relevância penal da conduta.

1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “o trancamento da ação penal pela via restrita do *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade” (RHC 119.607, Rel. Min. *Luiz Fux*). 2. A denúncia descreve suficientemente os fatos, ao menos em tese, caracterizadores do crime de peculato-furto (art. 303, § 2º, do Código Penal Militar) e está embasada em elementos concretos colhidos no curso do inquérito policial militar. Peça inaugural que permite ao acusado o pleno exercício do direito de defesa. 3. A subtração de munições de uso restrito, de propriedade das Forças Armadas, não permite a aplicação do princípio da insignificância penal. 4. *Habeas Corpus* indeferido (HC n. 108.168/PE, *Primeira Turma*, Rel. Min. *Roberto Barroso*, DJe de 3.9.2014 - grifei).

Habeas corpus. 2. Art. 334, § 1º, “c” e “d”, do Código Penal (contrabando de máquinas caça-níqueis). Absolvição durante a suspensão condicional do processo. 3. Pedido de trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Não ocorrência. 4. Satisfeitos os requisitos do art. 41, do CPP e não comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa extintiva de punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e materialidade, inviável trancar-se a ação penal. Precedentes. 5. Ordem denegada (HC n. 115.730/ES, *Segunda Turma*, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, DJe de 3.6.2014 - grifei).

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Apropriação indébita majorada. Trancamento de processo-crime. Carência de justa causa para a persecução penal. Flagrante ilegalidade não evidenciada. Exercício regular de direito. Óbice ao revolvimento fático-comprobatório dos autos. Recurso desprovido.

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

2. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal.

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

4. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal pela incidência de excludente de ilicitude exige profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do *writ*.

5. Se as instâncias ordinárias reconheceram não ter sido demonstrada, *ab initio*, a incidência da excludente de ilicitude do exercício regular de direito, para infirmar tal conclusão seria necessário profundo reexame fático-probatório, o que é defeso na via mandamental.

6. Recurso ordinário desprovido (RHC n. 80.477/PR, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Ribeiro Dantas*, DJe de 28.6.2017, grifei).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Apropriação indébita. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Ausência de dolo do acusado. Inexistência de provas de que teria se apropriado indevidamente de quantias pertencentes a seu cliente. Necessidade de revolvimento do conjunto probatório. Via inadequada. Acórdão objurgado em consonância com a jurisprudência deste Sodalício.

1. *Em sede de habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.*

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há falar que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente *mandamus*, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

3. Recurso desprovido (RHC n 55.471/SP, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe de 7.5.2015, grifei).

Destaca-se, ainda, que o acolhimento da tese defensiva - ausência de indícios mínimos de autoria ou mesmo negativa de autoria, por considerar o

recorrente que as transações foram legítimas - demandaria, necessariamente, amplo reexame da matéria fático-probatória, procedimento a toda evidência incompatível com a via do *habeas corpus* e do recurso ordinário em *habeas corpus*.

Nesse sentido os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

Penal e Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. *Homicídio qualificado tentado*. Inépcia da denúncia não verificada. *Justa causa para persecução penal*. Óbice ao revolvimento fático-comprobatório na via eleita. Recurso desprovido.

1. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitativa e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas acerca da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despídos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*.

2. Na hipótese, não há falar em inépcia da denúncia, porque a peça acusatória expôs os fatos delituosos em sua essência, de maneira a individualizar o quanto possível os delitos imputados aos acusados, tendo procedido à devida tipificação das condutas, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelos réus.

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

4. Se as instâncias ordinárias, com base nas provas colacionadas aos autos, concluíram pela tipicidade da conduta imputada ao réu, sem que tenha sido demonstrada a alegada ausência de justa causa para persecução penal, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-comprobatório, o que não se admite na via do writ.

5. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou-se o entendimento da inexigibilidade de fundamentação complexa no recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX, da Constituição Federal.

6. Recurso desprovido (RHC n. 65.200/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 27.3.2017, grifei).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Falta de justa causa para a persecução criminal. Entorpecente destinado ao consumo próprio. Ausência

de dolo do acusado. Necessidade de revolvimento do conjunto probatório. Via inadequada. Coação ilegal não configurada.

1. Em sede de *habeas corpus* e de recurso ordinário em *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, *de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.*

3. Recurso desprovido (RHC n. 83.724/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 23.6.2017, grifei).

Processual Penal e Penal. Recurso em *habeas corpus*. Medidas cautelares diversas de prisão. Homicídio qualificado. Fundamentação inidônea das medidas cautelares. Ilegalidade. Constrangimento ilegal reconhecido. *Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Reexame fático-probatório. Impossibilidade.* Recurso parcialmente provido.

[...]

2. *Conforme consignado pelo Tribunal a quo, a denúncia está lastreada em indícios mínimos de autoria e materialidade, corroborados pelo laudo cadavérico e principalmente pelas declarações de testemunha, as quais evidenciam indícios necessários à demonstração da possível autoria.*

3. *Infirmar a constatação das instâncias ordinárias para concluir pela ausência de indícios de autoria ou pela desqualificação do depoimento da referida testemunha demanda reexame fático-probatório vedado na via estreita do writ.*

4. Recurso em *habeas corpus* parcialmente provido, para cassar as medidas cautelares impostas ao recorrente *João Freires Junior*, o que não impede a fixação de novas medidas cautelares, pelo juízo de piso, por decisão fundamentada, inclusive menos graves que a prisão processual, esta última fundamentada exclusivamente por fatos novos (RHC n. 78.294/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4.4.2017, grifei).

No presente caso, para melhor esclarecer a quaestio, transcrevo os seguintes trechos da exordial acusatória:

“No aludido processo criminal restou comprovado, sobretudo por meio do procedimento desenvolvido pelo Banco Central do Brasil-BACEN (PT/BACEN

n. 0001017998, cópias acostadas na forma de fls. 1.171/1.259 do apenso 01, vol. VIII), que **FLÁVIO CUNHA**, então na qualidade de liquidante do Banco Econômico S/A – em liquidação extrajudicial – juntamente com seu assistente de liquidação **Edésio de Castro Alves**, utilizando-se de meios ardilosos e enganosos ante o Banco Central do Brasil, firmaram, na condição de responsáveis pela gestão da massa liquidanda, contrato detrimetoso entre o Banco Econômico e **VAZ GUIMARÃES ADVOGADOS ASSOCIADOS**, sociedade advocatícia constituída por **FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES**, sócio majoritário e representante legal do aludido escritório, além de ex-assistente da massa, **Sebastiana Lúcia Filadelfo de Oliveira** e **José Carlos Zanforun**.

Aproveitando-se e fazendo uso ilícito das posições e funções que detinham na gestão da massa Banco Econômico S/A – em liquidação extrajudicial, FLÁVIO CUNHA e Edésio de Castro Alves, em conjunto com o primeiro acusado, engendraram, arquetetaram e executaram esquema delituoso, mediante ação fraudulenta e ardilosa, levando a engano o Banco Central do Brasil, e possibilitando o desvio de altas somas de dinheiro da massa, por meio de contrato de prestação de serviços advocatícios firmado entre o BESA, em Liquidação Extrajudicial, e a VAZ GUIMARÃES ADVOGADOS ASSOCIADOS, com cláusulas extremamente detrimetosas para a massa liquidanda, gerando prejuízos financeiros de grande monta para a mesma.

[...]

Por certo, em decorrência do detrimetoso contrato de prestação de serviços advocatícios, que caracterizou o crime de gestão fraudulenta, o Banco Econômico, no período de março/99 a Dezembro/99, portanto em apenas 10 (dez meses, procedeu a remessa, através de DOC, da importância de R\$ 12.513.899,97 para VAZ GUIMARÃES ADVOGADOS ASSOCIADOS, a título de pagamento de honorários, em sua conta corrente n. 51.0595-05, junto ao BankBoston, Agência 2824, nesta Capital.

Após a realização de tais pagamentos, grande parcela dos recursos foi transferida para as contas tituladas pelo denunciado FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES, cerca de R\$ 6.248.419, 04.

Ato contínuo, o citado ACUSADO, por si ou por meio da VAZ GUIMARÃES ADVOGADOS ASSOCIADOS, transferiu parte dos valores oriundos do contrato em foco para a conta de terceiros com o fito de ocultar e dissimular a natureza ilícita do dinheiro.

Nestes termos, entre os meses de junho/99 a dezembro/99, foram realizadas transferências para a conta corrente n. 13856-8, titulada por JOSEFA PEREIRA DA SILVA, junto ao Banco do Brasil, Agência 1531-8, Pacaembu/SP, no importe total de R\$ 2.484.000,00, com remessa efetivada via DOC, originário das contas correntes tituladas pela Vaz Guimarães Advogados Associados, no valor de R\$ 1.840.000,00, e pelo primeiro DENUNCIADO, no valor de R\$ 644.000,00, junto ao BankBoston, Agência 028, nesta Capital, conforme atestam o documento de fl. 259 dos autos principais e extratos bancários de fls. 53/79 do apenso 02, vol. I.

O referido montante, após permanecer aplicado em CDB/RDB, Fundos de investimentos e operações de SWAP, foi resgatado em 02.06.2000, já no importe total de R\$2.748.761,30, e transferido, por meio de DOC, à conta corrente 518379-02 titulada pelo primeiro ACUSADO, no BANKBOSTON, Agência 028, nesta Cidade (fl. 266 dos autos principais e fls. 94/95 do apenso 02, vol. I).

Ocorre que, em relação a essa operação engendrada, é de se enfatizar que a referida conta corrente cadastrada em nome de JOSEFA PEREIRA DA SILVA, junto ao Banco do Brasil, Agência Pacaembu, foi aberta em junho/99, estando registrado no respectivo cadastro que a mesma ocupava a função de Agente Administrativo junto ao setor privado, com percepção de remuneração mensal de R\$ 500,00, bem como comprovado que não foi declarado rendimentos a Receita Federal no exercício de 2000 (fls. 325/326 e 448/450 dos autos principais).

Outrossim, os documentos de fls. 405/413 dos autos principais evidenciam recolhimentos de JOSEFA como contribuinte individual do INSS, no período de abril de 1996 a abril de 2006, na condição de empregada doméstica.

Desta forma, evidente a incompatibilidade entre os valores movimentados no Banco do Brasil, nos anos de 1999 e 2000, e a capacidade econômico-financeira de JOSEFA, principalmente se observado o seu baixo grau de instrução, primeiro grau incompleto, e a ocupação de empregada doméstica.

Tais elementos demonstram que Josefa não era a verdadeira proprietária dos elevados recursos movimentados na citada conta corrente do Banco do Brasil, bem como esclarecem a sua condição de isenta/omissa na entrega das declarações perante a Receita Federal.

Acrescente-se, ainda, que quando FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES realizou as transferências financeiras para a conta corrente em nome de JOSEFA, a mesma trabalhava como empregada doméstica na residência de FLÁVIO CUNHA.

Corroborando o quanto ora posto, ao prestar depoimento às fls. 590/591 dos autos principais, JOSEFA informou que não sabia da existência de uma conta corrente em seu nome no Banco do Brasil, no ano de 1999, e muito menos da movimentação de tão expressivos valores.

[...]

Verifica-se, pois, que o primeiro denunciado, na condição de representante legal da Vaz Guimarães Advogados Associados, e o segundo denunciado, na qualidade de liquidante do Banco Econômico S/A, após lograrem êxito na percepção dos pagamentos oriundos do detrimetoso contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado entre o BESA e o citado escritório de advocacia, agiram em conjunto buscando “lavar” os recursos ilicitamente recebidos.

Nessa linha, FLÁVIO CUNHA providenciou uma “laranja”, no caso sua empregada doméstica, para que FRANCISCO GUIMARÃES repassasse o dinheiro recebido por força do aludido contrato, com o objetivo de ocultar e dissimular a sua origem, com o retorno dos valores para a conta pessoal de FRANCISCO.

[...]” (fls. 32-41).

Nos termos já consignados acima, o eg. Tribunal de origem manteve a decisão que recebeu a inicial acusatória, ao entender evidenciada a justa causa para a persecução penal. Confira-se, a propósito, o seguinte excerto da decisão vergastada:

“Quanto à alegada falta de comprovação da correlação entre os recursos financeiros de titularidade do paciente encontrados depositados em instituições financeiras suíças, no importe de US\$ 10.000.000,00 (dez milhões de dólares norte-americanos), com os recursos supostamente desviados da massa do Banco Econômico S/A, somente a instrução criminal na ação penal de fundo será capaz de esclarecer tal situação, tendo em vista que o impetrante não procurou demonstrar objetivamente a origem dos recursos financeiros bloqueados na Suíça.

Inclusive, não foi dedicada uma linha sequer alusiva ao depósito efetuado pelo paciente na conta corrente de Josefa Pereira da Silva, no importe de R\$ 644.000,00 (seiscentos e quarenta e quatro mil reais) que posteriormente foi transferido para a conta corrente do denunciado Francisco de Assis Vaz Guimarães.” (fl. 1.669).

Verifica-se, pois, que há indícios suficientes de autoria, não havendo que se falar, portanto, em trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

No que concerne à alegação de que a denúncia se lastreia em texto legal não vigente, cumpre esclarecer que antes da alteração trazida pela Lei n. 12.683/2012, o crime de lavagem de dinheiro estava adstrito a determinadas infrações penais, segundo o rol taxativo do então art. 1º da Lei n. 9.613/1998, *in verbis*:

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

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

II - de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - de extorsão mediante sequestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, e -Código Penal).

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.”

A Lei n. 12.683/2012, entretanto, revogou o rol taxativos de crimes antecedentes, porém manteve a tipicidade da conduta que passou a alcançar qualquer “*infração penal*” antecedente. O texto legal, à toda evidência, ainda vige no ordenamento jurídico.

Na hipótese dos autos, entretanto, os fatos devem ser analisados de acordo com a redação anterior à Lei n. 12.683/2012, uma vez que as condutas imputadas ao recorrente foram praticadas antes da alteração legislativa.

Nesse sentido:

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. 1. Impetração substitutiva do recurso próprio. Não cabimento. 2. Investigação realizada pelo Ministério Público. Constitucionalidade. RE n. 593.727/MG. 3. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Não verificação. Fraude entre prefeitura e posto de gasolina. Negativa de autoria. Necessidade de revolvimento de fatos e provas. Inviabilidade na via eleita. 4. Crime de lavagem de capitais. Alegada *abolitio criminis*. Não

ocorrência. Continuidade típico-normativa. Mera revogação do rol de crimes antecedentes. 5. Incidência do art. 327, § 2º, do CP. Alegado *bis in idem*. Agente político. Ex-prefeito. Causa que não pode incidir. Analogia *in malam partem*. 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para decotar da denúncia a causa de aumento do art. 327, § 2º, do CP.

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

2. Não há se falar em nulidade da investigação conduzida pelo Ministério Público, uma vez que o Pleno do STF, no julgamento do RE n. 593.727/MG, firmou entendimento no sentido de que “os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público”.

3. O trancamento da ação penal somente é possível, na via estreita do *habeas corpus*, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito. A alegação no sentido de que o responsável pelas irregularidades seria o secretário de transportes, a revelar a negativa de autoria do paciente, se trata de afirmação que depende da devida instrução probatória, não sendo comprovável de plano. Nesse contexto, cuida-se de constatação que depende, via de regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível com o rito sumário do *mandamus*. Portanto, temerário o trancamento da ação penal sob referida alegação, uma vez que a inicial acusatória se encontra subsidiada por prévia investigação e, para se chegar a conclusão diversa, imprescindível se proceder à regular instrução processual. 4. Quanto à alegação de que o paciente não poderia ser denunciado pelo crime de lavagem, em virtude de alegada *abolitio criminis*, tem-se que a alteração da redação trazida na Lei n. 9.613/1998 não representou *abolitio criminis*, haja vista a continuidade normativa. De fato, o crime de lavagem de dinheiro continua a existir no ordenamento jurídico, tendo apenas se tornado mais ampla sua tipificação, uma vez que não precisa que o crime antecedente esteja previsto em rol taxativo antes trazido na lei. Nada obstante, tendo o crime sido praticado antes da alteração legislativa, a denúncia teve o cuidado de imputar ao paciente a conduta conforme previsão legal à época dos fatos.

5. No que concerne à incidência da causa de aumento trazida no art. 327, § 2º, do Código Penal, verifico que assiste razão ao impetrante. De fato, “a norma penal incriminadora não admite a analogia *in malam partem*. Se o dispositivo não incluiu, no rol daqueles que terão suas penas majoradas em 1/3, os ocupantes de

cargos político-eletivos, como o de vereador, não é possível fazer incidir a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal tão só em função de o delito ter sido praticado no exercício da função” (REsp 1.244.377/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03.04.2014, DJe 15.04.2014).

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para decotar da denúncia a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal (HC n. 276.245/MG, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe de 20.6.2017).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Lavagem de dinheiro, quadrilha e fraude à execução. Trancamento de ação penal. Fatos ocorridos antes da alteração da Lei n. 9.613/1998 pela Lei n. 12.683/2012. Rol taxativo dos crimes antecedentes à lavagem. Ausência de definição jurídica do delito de organização criminosa à época. Impossibilidade de consideração do mencionado ilícito para fins de configuração do crime tipificado no artigo 1º da Lei n. 9.613/1998. Manifesta atipicidade da conduta. Provimento do recurso.

1. O trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. O tipo penal do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, na redação anterior à Lei n. 12.683/2012, vinculava a conduta de ocultação ou dissimulação de bens, valores ou direitos aos delitos mencionados nos incisos I a VIII, sendo certo que, caso a lavagem de dinheiro decorresse da prática de outras infrações penais nele não listadas, a conduta não configurava crime, pois se tratava de rol taxativo.

3. No que se refere especificamente ao inciso VII, tem-se que, quando da edição da Lei n. 9.613/1998, não havia no ordenamento jurídico pátrio a definição do crime de organização criminosa, o que só veio a ocorrer com o advento da Lei n. 12.850/2013, razão pela qual se passou a questionar se ocultação ou dissimulação de bens, valores ou direitos decorrente da prática de delitos por qualquer associação poderia configurar o crime de lavagem de dinheiro, ou mesmo se a regulamentação contida em diplomas internacionais, como a Convenção de Palermo, seria suficiente para a incidência do dispositivo legal em exame.

4. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, em razão do princípio da reserva legal, somente a legislação interna pode definir o crime de organização criminosa, que não pode ser equiparado ao de quadrilha.

5. No caso dos autos, os recorrentes foram acusados de ocultar e dissimular a natureza, a origem e a propriedade de bens e valores provenientes diretamente de crimes de fraude à execução praticados por organização criminosa entre os anos de 2007 e 2011, período em que não havia no ordenamento jurídico pátrio a

definição do delito de organização criminosa, que só passou a constituir infração penal após a Lei n. 12.850/2013, razão pela qual, excluído o aludido ilícito, e não estando os crimes de fraude à execução e de quadrilha listados no rol taxativo do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, na redação anterior à Lei n. 12.683/2012, afigura-se manifestamente atípica a conduta que lhes foi assestada. Precedentes do STJ.

6. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal deflagrada contra os recorrentes apenas quanto ao crime de lavagem de dinheiro (RHC n. 69.338/SP, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe de 29.3.2017).

De outra sorte, não há que se falar em necessidade do trânsito do julgado de sentença condenatória acerca da infração anterior, para que seja deflagrada a ação penal pelo crime de lavagem de dinheiro.

Com efeito, o entendimento sedimentado nesta eg. Corte é de que o crime de lavagem de dinheiro é apurado de forma autônoma em relação ao crime antecedente (no caso, crime contra o sistema financeiro nacional), até porque são distintos os bens jurídicos protegidos. É o que se depreende da leitura do art. 2º, II, da Lei n. 9.613/1998:

“Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

[...]

II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;” (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012).”

Desse modo, a simples existência de indícios da prática de “infração penal” já autoriza abertura de processo para apurar a ocorrência do delito de lavagem de dinheiro, não sendo necessária a prévia punição dos autores, sem que isso configure afronta à presunção de inocência.

Sobre o tema, cito o seguinte julgado do eg. Supremo Tribunal Federal:

Penal. Ausência de intimação dos defensores para a sessão de julgamento do habeas corpus. Nulidade. Não ocorrência. Lavagem de dinheiro. Art. 1º, VI, da Lei n. 9.613/1998 (redação anterior à Lei n. 12.683/2012). Extinção prematura da ação penal. Questões de mérito que devem ser decididas pelo juiz natural da causa. [...] 2. A denúncia descreve de forma individualizada e objetiva as condutas atribuídas ao recorrente, adequando-as, em tese, ao tipo de lavagem de dinheiro (art. 1º, VI, da Lei n. 9.613/1996), na medida em que expõe a suposta utilização de subterfúgio autônomo com o objetivo de conferir aparência lícita a valores, em tese, provenientes de crime. Assim, por não se cuidar de mera utilização do produto do delito dito

'antecedente', as ações descritas possuem relevo para a esfera penal e, portanto, não cabe a esta Corte suprimir do Ministério Público a produção de prova dirigida à demonstração de suas alegações. 3. Ademais, não há como avançar nas alegações postas no recurso sobre a licitude do recebimento dos valores ou a veracidade das acusações, pretensões, aliás, que demandariam o revolvimento de fatos e provas. Caberá ao juízo natural da causa, com observância ao princípio do contraditório, proceder ao exame dos elementos de prova colhidos e conferir a definição jurídica adequada para o caso. 4. Recurso ordinário improvido (RHC n. 124.313/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 15.5.2015).

E, ainda, precedentes deste eg. Superior Tribunal de Justiça:

Processual Penal. Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra ato judicial. Sequestro e arresto de bens. Ausência de teratologia. Recurso ordinário desprovido.

I - Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, a teor do disposto no art. 5º, inciso II, da Lei n. 12.016/2009 (Súmula 267/STF).

II - A jurisprudência desta eg. Corte, contudo, tem afastado, em hipóteses excepcionais, essa orientação, em casos de decisões judiciais teratológicas ou flagrantemente ilegais.

III - Ausência de teratologia da r. decisão que mantém a indisponibilidade de contas bancárias que, segundo a denúncia, seriam destinadas ao depósito de valores advindos do crime de lavagem de dinheiro. (Precedentes).

IV - Indisponibilidade de bens que encontra amparo no art. 4º, caput e § 2º, da Lei n. 9.613/1998, com as alterações da Lei n. 12.683/2012.

V - Ademais, a questão alusiva ao alcance da constrição já foi apreciada em outro writ, sendo que, naquela oportunidade, a segurança foi parcialmente concedida, "para determinar a liberação dos ativos que não se inserem nos itens da denúncia".

VI - O crime de lavagem de dinheiro é apurado de forma autônoma em relação ao crime antecedente (no caso, fraude em licitação), não sendo a hipótese de se quantificar o proveito econômico obtido no que diz respeito aos fatos apurados no processo antecessor (art. 2º, II, da Lei n. 9.613/1998).

Recurso ordinário desprovido (RMS n. 43.231/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 6.3.2015).

Em relação ao pedido de que seja declarada a prescrição, colaciono o seguinte trecho do v. acórdão vergastado, ao afastar a tese de prescrição da pretensão punitiva estatal, bem como da redução do prazo prescricional, *ex vi*, do art. 115 do CP, *verbis*:

“[...]”

Ante tal panorama, os impetrantes sustentam que a consumação do suposto crime dera-se entre os meses de junho a dezembro de 1999, pois o último ato ocorrera quando o escritório de advocacia do paciente teria transferido valores financeiros para a conta corrente pertencente a Josefa Pereira da Silva. Assim, considerando que a denúncia somente fora recebida em 13.01.2011, até a data mencionada já teria decorrido prazo superior a 8 (oito) anos.

Ocorre, em primeiro lugar, que o exame da prescrição da pretensão punitiva, de forma retroativa, só pode acontecer após o trânsito em julgado de sentença condenatória (art. 110, caput e §§ 1º e 2º do CPB), o que não é o caso, vez que sequer houve ainda prolação da sentença. Observe-se que na data do recebimento da denúncia (13.01.2011), em que houve a interrupção da prescrição, o paciente ainda não completara setenta anos. E o momento de reconhecimento da redução do prazo, pela idade avançada (maior de setenta anos) é o da sentença, nos exatos termos do art. 115 do CPB. Portanto, nesse passo o juiz não praticou qualquer ilegalidade ou abusividade ao deixar de reconhecer a prescrição no momento indicado, mesmo adotando a tese de crime instantâneo, cessado em 1999, não lhe sendo lícito raciocinar em termos de pena em perspectiva ou projetada, com base em condenação hipotética, termos da Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, a tese de que o crime de lavagem de dinheiro é instantâneo é, no mínimo, questionável

[...]” (fls. 1.224-1.225).

De fato, não se verifica a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, pois, como bem aduziu o d. Ministério Público Federal, em parecer exarado às fls. 1.771-1.775:

“Por último, no que se refere à alegação de prescrição, ainda que se parta do pressupostos de que a idade do paciente implique contagem de prazo de prescrição por metade, isto é, 8 anos, nos termos do artigo 109, inciso II⁵, combinado com o artigo 115⁶, do Código Penal, extrai-se da inicial acusatória terem sido detectados ativos financeiros oriundos do Banco Econômico S/A e possivelmente referentes ao contexto fático narrados na denúncia de se origina este feito, depositados em instituições financeiras da Suíça até o ano de 2011, o que afasta a tese de extinção de punibilidade por fluência do prazo de prescrição, não verificado in casu” (fls. 1.774-1.775).

Com efeito, verifica-se da exordial acusatória a existência de valores provenientes da gestão fraudulenta depositados em favor do recorrente em

contas bancárias na Suíça até o ano de 2011, o que afasta a tese de que o prazo prescricional se iniciou em 1999.

De outra sorte, a regra do art. 115 do Código Penal somente será verificada quando da prolação da sentença.

Por fim, nos termos da Súmula n. 438 desta Corte, *“é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”*.

Neste sentido:

Agravo regimental. Estelionato qualificado. Pleito de reconhecimento da prescrição em perspectiva. Inviabilidade. Óbice da Súmula 438/STJ.

1. A prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, utilizando como base de cálculo suposta pena a ser concretizada numa possível e eventual sentença condenatória, também conhecida por virtual, antecipada ou hipotética, não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, o qual prevê apenas que a referida causa extintiva se regula pelo máximo da pena abstratamente cominada ou, ainda, pela sanção concretamente aplicada.

2. Inteligência do enunciado 438 da Súmula do STJ: *“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”*.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp n. 565.277/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 2.2.2015).

Ademais, em relação à natureza jurídica do crime de lavagem de capitais, o v. acórdão reprochado consignou acertadamente que *“[...] há dissenso doutrinário a respeito, entre outros, a opinião de Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo C. Bottini (Lavagem de Dinheiro - Aspectos Penais e processuais penais - Comentários à Lei n. 9.613/1998, com as alterações da Lei n. 12.683/2012, SP, RT, 2012, p. 77) para os quais se trata de crime instantâneo de efeitos permanentes”*.

Portanto, ao contrário do que alude a defesa, ainda não há, na seara jurisprudencial, entendimento sobre a natureza jurídica do crime de lavagem de capitais, não havendo como afirmar, de modo inequívoco, que se trata de delito instantâneo de efeitos permanentes ou de delito permanente. O col. STF, ao se debruçar sobre caso análogo, assentou que *“não fixada ainda pelo Supremo Tribunal Federal a natureza do crime de lavagem de dinheiro, se instantâneo com efeitos permanentes ou se crime permanente, não há que falar-se em*

prescrição neste instante processual inaugural" (Inq. n. 2.471/SP, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 29.2.2012).

Em razão disso, não há como perquirir, *primo ictu oculi*, o *dies a quo* da fluência do prazo prescricional.

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

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 75.532-SP (2016/0232656-6)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Recorrente: Hwu Su Chiu Law

Recorrente: Law Kin Chong

Advogados: Miguel Pereira Neto - SP105701

Flavia Guimarães Leardini - SP256932

Roberto Portugal de Biazzi - SP357005

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

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

1. A Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, reconhecida a repercussão geral da matéria, firmou entendimento no sentido de que a requisição de informações pela Receita Federal às instituições financeiras prescinde

de autorização judicial. Dessa forma, para fins de constituição de crédito tributário, não há que se falar em ilegalidade no compartilhamento de informações entre instituição bancária e fisco.

2. Por outro lado, permanece incólume o entendimento segundo o qual, uma vez obtidas as informações pela Receita Federal, seu encaminhamento ao Ministério Público ou autoridade policial para fins de instauração de ação penal ou inquérito constitui violação do princípio da reserva de jurisdição.

In casu, o envio das informações pela Receita Federal à Autoridade Policial decorreu exclusivamente de obrigação legal, tendo em vista o esgotamento da via administrativa e constituição definitiva de crédito tributário, constatada a existência de ilícito penal. Precedentes.

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

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

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

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

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

Sustentaram oralmente na sessão de 21.03.2017: Dr. Miguel Pereira Neto (p/rectes) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 09 de maio de 2017 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 17.5.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por *Hwu Su Chiu Law* e *Law Kin Chong* contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (HC n. 0008523-20.2016.4.03.0000/SP).

Infere-se dos autos que o Juízo da 1ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Campinas/SP recebeu denúncia em desfavor dos recorrentes que, na qualidade de proprietários e administradores de fato da empresa “*Elemis Actif do Brasil Ltda.*”, suprimiram e reduziram tributos federais, consistentes em IRPJ e seus reflexos, dos anos calendários de 2002 e 2003, exercícios de 2003 e 2004.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* originário, cuja ordem foi parcialmente concedida para determinar à autoridade apontada coatora que aprecie específicos questionamentos preliminares suscitados pela defesa. É esta a ementa do aresto:

Habeas corpus. Crime tributário. Preliminares aduzidas na resposta a acusação. Exceção de incompetência. Teses de absolvição sumária. Prova ilícita. Indevida quebra de sigilo bancário. Inépcia da denúncia. Confirmação do recebimento da denúncia. Decisão não fundamentada. Liminar concedida. Prolação de nova decisão. Devida fundamentação. Inépcia da denúncia. Ilícitude da prova que embasou a acusação. Trancamento de ação penal. Não cabimento. Ordem parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado.

1. Resposta à acusação. Preliminares: incompetência do juízo em razão da conexão probatória ou instrumental em relação aos fatos apurados na ação penal n. 2004.61.81.006004-3; prova ilícita em razão da quebra de sigilo bancário realizada diretamente pela Receita Federal; e inépcia da denúncia por ser descabida a responsabilização penal objetiva, já que a acusação contra os réus repousa exclusivamente em presunções.

2. Decisão impugnada: confirmação do recebimento da denúncia. Decisão não fundamentada.

3. Concedida liminar: determinação de prolação de decisão fundamentada a respeito das questões preliminares formuladas pela defesa.

4. Embargos de declaração em face da liminar conhecidos como pedido de reconsideração. Alegada omissão por não ter sido feita nenhuma menção à necessidade de serem apreciadas pelo Juízo a quo as teses de absolvição sumária. Ausência de omissão. Manutenção da decisão liminar.

5. Agravo regimental. Pedido de revisão e reforma da decisão para sobrestar a ação penal n. 0004291-95.2006.4.03.6181 até o julgamento final do *habeas corpus*, com suspensão da audiência designada para o dia 04.08.2016.

6. Prolação de decisão pelo juízo de origem Preliminares rejeitadas. Devida fundamentação. Ratificado o recebimento da denúncia. Manutenção da audiência designada.

7. Anulação da ação penal. Não cabimento. Vícios sanados. Agravo regimental - perda de objeto.

8. O Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram no sentido da excepcionalidade do trancamento da ação penal.

9. Alegação de ilicitude das provas que embasaram a denúncia - quebra de sigilo bancário, sem prévia autorização judicial, diretamente pelo Fisco.

10. Autoridade fazendária legalmente autorizada a acessar os dados bancários da empresa. Tese de que não poderia ter embasado a denúncia - ausência de amparo legal. Precedentes do STF.

11. Inépcia da denúncia não evidenciada de plano.

12. Constatada presença de elementos suficientes para a instauração da ação penal. Negativa de autoria - questão controvertida. Inviável apreciação no *writ*.

13. Discussão de materialidade, autoria e culpabilidade deve ser exercida ao longo da instrução criminal No início da ação penal incide o princípio *in dubio pro societate*.

14. Ordem parcialmente concedida para determinar à autoridade coatora que aprecie os questionamentos preliminares suscitados pela defesa, relativos à incompetência do juízo em razão da conexão probatória ou instrumental em relação aos fatos apurados na ação penal n. 2004.61.81.006004-3; prova ilícita em razão da quebra de sigilo bancário realizada diretamente pela Receita Federal e inépcia da denúncia por ser descabida a responsabilização penal objetiva, já que a acusação contra os réus repousa exclusivamente em presunções, nos termos em que concedida a liminar. Agravo regimental prejudicado (fls. 2.804/2.805).

No presente *writ*, o impetrante afirma que as provas que lastreiam a Ação Penal n. 0004291-95.2006.4.03.6181 são ilícitas, pois o repasse dos

dados sigilosos relativos à empresa *Elemis Actif do Brasil Ltda* obtidos pela Receita Federal às autoridades responsáveis pela persecução penal prescindiu de autorização judicial, em ofensa ao art. 5º, incisos X e XII, da Constituição da República, motivo pelo qual deverão ser imediatamente desentranhados dos autos de acordo com o art. 157 do Código de Processo Penal. Acrescenta que “não só a prova diretamente ilícita deve ser desentranhada dos autos, como também toda aquela derivada da prova obtida ilicitamente, em atenção à teoria da inadmissão dos frutos da árvore envenenada” (fl. 2.823).

Sustenta ainda que o prosseguimento de ação penal em caso de grande probabilidade de anulação/rejeição da denúncia por ausência de justa causa (inexistência de prova da materialidade delitiva e dos indícios de autoria) a partir do reconhecimento da ilicitude das provas, por si só, acarreta prejuízo aos recorrentes e afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo certo que mantida a audiência de instrução “o juízo originário realizará eivado de vício, com questionamentos amparados em provas ilícitas”, além de dispêndio de tempo e de recursos do Poder Judiciário para ver, provavelmente, anulado o ato praticado.

Requer, assim, o reconhecimento da ilicitude das provas com desentranhamento do Apenso I e trancamento da Ação Penal n. 0004291-95.2006.403.6181.

Indeferido o pedido de liminar (fls. 2.914/2.917) e prestadas as informações solicitadas (fls. 2.926/2.965), o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso em parecer acostado às fls. 3.036/3.043.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Conforme relatado, os recorrentes afirmam que a quebra de sigilo bancário mediante requisição direta da Receita Federal com posterior encaminhamento da documentação à Autoridade Policial sem prévia autorização judicial configura prova ilícita, razão pela qual pleiteia seu desentranhamento dos autos com consequente trancamento da ação penal.

Inicialmente, tem-se que a Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, reconhecida a repercussão geral da

matéria, firmou entendimento no sentido de que a requisição de informações pela Receita Federal às instituições financeiras prescinde de autorização judicial. Destaque-se a ementa do mencionado julgado:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. Direito ao sigilo bancário. Dever de pagar impostos. Requisição de informação da Receita Federal às instituições financeiras. Art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001. Mecanismos fiscalizatórios. Apuração de créditos relativos a tributos distintos da CPMF. Princípio da irretroatividade da norma tributária. Lei n. 10.174/2001.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP n. 2.200-2/2001 de 24/08.2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10414323. Supremo Tribunal Federal Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 174 Ementa e Acórdão RE 601.314/SP uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei n. 10.174/2001 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

6. *Fixação de tese em relação ao item "a" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "O art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001 não ofende o direito*

ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei n. 10.174/2001 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN”.

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE 601.314/SP, Rel. Ministro Edson Fachin, Plenário, publicado em 16.09.2016).

Em que pese o Superior Tribunal de Justiça já haver entendido pela ilicitude das provas requisitadas pela administração fazendária às instituições financeiras sem autorização judicial prévia, diante do acórdão proferido pela Suprema Corte, repito, em sede de repercussão geral, promoveu-se adequação do juízo anteriormente firmado no tocante à possibilidade de constituição de crédito tributário. Dessa forma, são revestidas de legalidade as informações prestadas pelas instituições bancárias diretamente ao fisco.

Por outro lado, permanece incólume o entendimento segundo o qual, uma vez obtidas as informações pela Receita Federal, seu encaminhamento ao Ministério Público ou autoridade policial para fins de instauração de ação penal ou inquérito constitui violação do princípio da reserva de jurisdição.

Nesse sentido:

Processual Penal. Penal. Recurso em *habeas corpus*. Quebra de sigilo bancário. Receita Federal. Prévia autorização judicial. Necessidade. Compartilhamento da prova com o Ministério Público ou autoridade policial. Nulidade da prova. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Existência de outros elementos de prova não baseados na prova ilícita ou dela derivadas.

1. *Este Tribunal Superior não admite que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil sejam por ela repassados ao Ministério Público ou autoridade policial, para uso em ação penal, pois não precedida de autorização judicial a sua obtenção.*

2. O acórdão recorrido expressamente cita que a ação penal não está baseada exclusivamente na prova apontada como ilícita ou em outras dela derivadas; portanto, a alteração do entendimento firmado pela instância ordinária demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável nesta estreita via.

3. Entende esta Corte Superior que o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* ou recurso ordinário é medida excepcional e só se justifica quando exsurge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria e prova

da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não restou demonstrado na espécie, visto que o Tribunal foi categórico em afirmar que existem outros elementos de prova, suficientes, por si sós, a subsidiar a deflagração e o andamento da ação penal.

4. Recurso em *habeas corpus* improvido (RHC 63.440/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 10.10.2016)

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. 1. Crime tributário. Quebra do sigilo bancário pela administração tributária. Ausência de autorização judicial. Possibilidade. Art. 6º da LC n. 105/2001. Reflexos no âmbito penal. Compartilhamento. 2. Entendimento firmado pelo STF em repercussão geral. RE 601.314/SP. Penal. Reserva de jurisdição. Precedentes do STJ e do STF. Juízo de retratação. Art. 1.030 do CPC. 3. Recurso em *habeas corpus* provido, em parte. Manutenção do acórdão.

1. O então Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, deu parcial provimento ao presente RHC, para reconhecer a ilicitude do compartilhamento, para fins penais, de prova requisitada diretamente pela administração fazendária, sem autorização judicial.

2. No julgamento do RE n. 601.314/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida, consignou-se que o “art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. Decidiu-se, portanto, pela desnecessidade de prévia autorização judicial para a quebra de sigilo bancário para fins de constituição de crédito tributário.

3. *Acontece que, para fins penais, as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal, na esteira de orientação do STF (HC 125.218, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24.05.2016, Processo Eletrônico DJe-116 divulg 06.06.2016 public 07.06.2016), não admitem que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil sejam por ela repassados ao Ministério Público ou autoridade policial, para uso em ação penal, pois não precedida de autorização judicial a sua obtenção. Princípio da reserva da jurisdição. Incidência do art. 5º, XII c/c o art. 93, IX, ambos da CF/1988.*

4. Precedentes: RHC 42.332/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13.12.2016, DJe 02.02.2017; RHC 72.074/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06.10.2016, DJe 19.10.2016; AgRg no REsp 1.491.423/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16.08.2016, DJe 01.09.2016; e AgRg no REsp 1.371.042/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25.10.2016, DJe 23.11.2016.

5. Recurso em *habeas corpus* parcialmente provido. Decisão mantida, em juízo de retratação (RHC 47.030/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17.02.2017).

Nesta esteira, imperiosa a verificação acerca da alegação de que as informações foram repassadas pelo fisco diretamente às autoridades responsáveis pela persecução penal. Destaque-se trecho das informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau:

Em relação à preliminar de nulidade das provas acostadas no presente feito, as quais, segundo a defesa, deram arrimo a inauguração desta demanda, tenho que não podem ser consideradas ilícitas. É que, conforme se denota pela análise cronológica dos fatos, temos que esta demanda começou com as investigações proferidas pela “CPI da Pirataria” (fls. 09/19). Após, foi enviado ao MPF/SP o relatório de tal investigação, oportunidade em que se determinou a instauração de Inquérito Policial pela Polícia Federal de São Paulo, o que efetivamente ocorreu no dia 10.03.2006 (fls. 02). No decorrer das investigações, o Delegado de Polícia Federal, no dia 22.08.2006, oficiou a Receita Federal para saber se havia ou não procedimento de fiscalização fiscal em face de Neusa, quem, juntamente com a “Pomac Finance Ltda” (de suposta propriedade dos acusados), seriam donos da empresa Elemis (fls. 23). Em resposta, a Receita federal, afirmou que não, mas que iriam iniciar tal procedimento fiscalizatório, conforme se verifica pelo teor da resposta datada de 19.09.2006 (fls. 49). Às fls. 56, a Polícia Federal procedeu nova emissão de ofício à Receita Federal, solicitando informações atualizadas acerca da fiscalização que seria promovida em face da empresa Elemis, de suposta propriedade dos acusados e de Neusa. Em nova resposta, *a Receita Federal enviou relatório fiscal desenvolvido em razão das apurações realizadas, dando conta, dentre outras coisas, da lavratura do auto de infração (PAF n. 19515.003045/2007-49), em que se apurou crédito tributário em face da referida empresa Elemis Actif do Brasil Ltda, no valor de R\$ 6.299.682,02 (fls. 66/70). Diante de tal informação, o Delegado de Polícia Federal solicitou (fls. 64) e oficiou, em 16.01.2008 (fls. 72), à Receita Federal cópia integral de tal procedimento fiscal, a fim de instruir o presente feito. Somente em 16.06.2010 é que foi juntado aos autos, como apenso, os oito volumes contendo a cópia integral do procedimento investigatório fiscal (PAF n. 19515.003045/2007-49), conforme se verifica pelo despacho de fls. 103. Importante anotar que a referida fiscalização fiscal que foi encaminhada pela Receita Federal e juntada nos autos apenas em 16.06.2010 (PAF n. 19515.003045/2007-49), teve ser término em 16.11.2007, conforme se verifica às fls. 1.541/1.542, vol. VIII, do apenso I, **oportunidade em que se constituiu definitivamente o crédito**, no valor de R\$ 6.299.682,02) em face da empresa Elemis Actif do Brasil Ltda, de propriedade, ao que tudo indica, dos réus. Dessa forma, verifica-se que a ação fiscal mencionada pela defesa, a qual deu origem a quebra dos sigilos fiscais da empresa de suposta propriedade dos réus, somente aportou nos autos em 16.06.2010 (fls. 103), ou seja, foi juntado ao autos somente depois de ter sido concluído o procedimento administrativo fiscal, o qual ocorreu em 16.11.2007, oportunidade em que, ao olhos da Receita Federal, houve constatação de sonegação tributária por parte da empresa Elemis, de suposta propriedade dos acusados (fls. 1.541/1.542, vol. VIII, do apenso*

l). Ora, não poderia proceder de outra maneira as autoridades públicas, tanto a solicitante quanto a remetente, a não ser enviar aos Órgãos competentes para persecução penal o procedimento fiscal, legitimamente instituído, processado e concluído, em que, pelo menos aos olhos da Receita Federal, se identificou a prática criminosa de sonegação fiscal pela empresa Elemis, de suposta propriedade dos réus. Entendo, outrossim, que se tivesse havido troca de informações entre a Receita Federal e a Polícia Federal antes mesmo daquele órgão concluir suas investigações no âmbito fiscal, talvez, aí sim, estaríamos diante de eventual nulidade de provas, por violação à quebra de sigilo bancário e fiscal. Todavia, não é o caso, pois como já dito/ e reitero mais uma vez, Receita Federal somente enviou cópia integral da fiscalização para a Polícia Federal, a qual alude a defesa (PAF n. 19515.00304 5/2007-49), e que contém, sim, a quebra do sigilo de dados bancários da empresa investigada (mas com base legal para tanto: artigo 6º da Lei Complementar n. 105/2001, regulamentado pelo Dec. 3.724/2001), após o término da fiscalização em questão, o que é plenamente válido e correto. Assim, pelo menos sob o ponto de vista até então analisado em relação à legalidade ou não das provas produzidas, tenho que as que foram até então produzidas no presente feito são sim válidas e aptas a produzirem efeitos, notadamente para embasar o recebimento da denúncia, como foi feito, o que afasta a alegação preliminar da defesa em relação a tal ponto (fls. 2.766/2.767).

Por seu turno, consignou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *in verbis*:

No que tange ao pleito de trancamento da ação penal 0004291-95.2006.4.03.6181, ao argumento de que o processo lastreia-se em prova eivada de ilicitude, na medida em que derivadas de dados bancários obtidos pelo Fisco independentemente de prévia autorização judicial, este não merece prosperar.

(...)

Assim, partindo-se da premissa de que, nos termos do art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, a autoridade fazendária estava legalmente autorizada a acessar os dados bancários da pessoa jurídica gerida pelos pacientes a partir da instauração do procedimento administrativo fiscal, carece de plausibilidade a alegada ilicitude das provas que embasaram a denúncia, haja vista que, conforme se depreende das mencionadas disposições legais, **ao concluir o lançamento de crédito tributário constituído mediante circunstâncias que denotem a existência de ilícitos penais, a autoridade fazendária tem o dever de proceder à respectiva comunicação ao Ministério Público para a propositura de ação penal** (fls. 2.796/2.083)

Conclui-se, portanto, que o envio das informações pela Receita Federal à Autoridade Policial decorreu exclusivamente de obrigação legal, tendo em

vista o esgotamento da via administrativa e constituição definitiva de crédito tributário, constatada a existência de ilícito penal.

Tal procedimento atende ao disposto na Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, a qual afirma que o tipo penal descrito no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/1990 somente se configura após lançamento definitivo do crédito tributário, justamente o que ocorreu no caso concreto. Destaco o Informativo de Jurisprudência n. 0584, que salienta entendimento da 2ª Turma acerca do tema:

Direito Constitucional. Obrigação de remessa da representação fiscal para fins penais.

*A Delegacia da Receita Federal **deve** enviar ao Ministério Público Federal os autos das representações fiscais para fins penais relativas aos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/1990 e aos crimes contra a previdência social (arts. 168-A e 337-A do CP), após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente, mesmo quando houver afastamento de multa agravada. Inicialmente, o art. 83 da Lei n. 9.430/1996 determina que a Receita Federal envie ao Ministério Público Federal as representações fiscais para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/1990 e aos crimes contra a previdência social (arts. 168-A e 337-A do CP), após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. Por sua vez, segundo dispõe o art. 2º do Decreto n. 2.730/1998, "Encerrado o processo administrativo-fiscal, os autos da representação fiscal para fins penais serão remetidos ao Ministério Público Federal, se: I - mantida a imputação de multa agravada, o crédito de tributos e contribuições, inclusive acessórios, não for extinto pelo pagamento; II - aplicada, administrativamente, a pena de perdimento de bens, estiver configurado em tese, crime de contrabando ou descaminho." Da leitura dos citados dispositivos depreende-se nitidamente que o ato normativo secundário (isto é, o Decreto n. 2.730/1998) inovou no mundo jurídico, criando mais um obstáculo para o envio das representações fiscais ao Ministério Público, como se fosse preceito normativo originário. Dessa forma, exorbitou da função meramente regulamentar dos Decretos expedidos pelo Poder Executivo, conforme expresso no art. 84, IV, da CF. A propósito, "O ordenamento jurídico pátrio não admite que o decreto regulamentador, no exercício de seu mister, extrapole os limites impostos pela lei" (REsp 729.014-PR, Primeira Turma, DJe, 11.9.2007). (REsp 1.569.429-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5.5.2016, DJe 25.5.2016).*

O Juízo da 1ª Vara Criminal Federal, do Júri e das Execuções Penais da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, ao proferir nova análise da defesa

prévia por determinação do Tribunal *ad quem*, destacou que o procedimento administrativo fiscal fora concluído em 16.11.2007 com a constituição definitiva do crédito tributário e foi acostado aos autos do inquérito apenas em 16.11.2010, não havendo que se falar, portanto, que a ação policial utilizada para posterior oferecimento de denúncia contra os recorrentes pautou-se em informação protegida por sigilo.

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

As conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias até o presente momento acerca da legalidade das provas produzidas somente poderão ser afastadas após profunda incursão fático-probatória, a ser efetuada no bojo da instrução criminal. Nessa linha, confirmam-se os seguintes precedentes:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Desvio de verbas públicas. Legalidade da conduta imputada à recorrente. Inexistência de prejuízos ao erário público. Falta de justa causa. Necessidade de revolvimento do conjunto probatório. Via inadequada. Acórdão objurgado em consonância com a jurisprudência deste Sodalício.

1. Em sede de *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, *não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.*

(...).

Falta de fundamentação da decisão que deu prosseguimento à ação penal, afastando as hipóteses de absolvição sumária do artigo 397 do Código de Processo Penal. Desnecessidade de motivação extensa. Possibilidade de manifestação judicial sucinta. Nulidade não configurada.

1. Após a reforma legislativa operada pela Lei n. 11.719/2008, o momento do recebimento da denúncia se dá, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, após o oferecimento da acusação e antes da apresentação de resposta à acusação, seguindo-se o juízo de absolvição sumária do acusado, tal como disposto no artigo 397 do aludido diploma legal.

2. A alteração criou para o magistrado a possibilidade, em observância ao princípio da duração razoável do processo e do devido processo legal, de absolver sumariamente o acusado ao vislumbrar hipótese de evidente atipicidade da conduta, a ocorrência de causas excludentes da ilicitude ou culpabilidade, ou ainda a extinção da punibilidade, situação em que deverá, por imposição do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, motivadamente fazê-lo, como assim deve ser feito, em regra, em todas as suas decisões.

3. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda. Precedentes.

4. Na espécie, tendo o togado singular atestado que a recorrente foi devidamente citada, que o Ministério Público teria legitimidade para investigar, que a denúncia preencheria os requisitos do artigo 41 da Lei Penal Adjetiva, não havendo nos autos elementos suficientes para a absolvição sumária, o que foi confirmado pelo Tribunal de origem, não há que se falar em falta de fundamentação da decisão e do acórdão que a confirmou, afastando-se, assim, a mácula suscitada na irresignação.

5. Recurso desprovido (RHC 73.917/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 23.11.2016)

Recurso em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Inevidência. Ilícitude das provas não configurada. Quebra do sigilo telefônico. Decisão fundamentada. Prorrogações. Possibilidade. Contagem do prazo a partir do efetivo início da escuta. Juntada tardia da íntegra do procedimento. Questão não enfrentada pelo Tribunal estadual. Prejuízo não demonstrado. Reconhecimento fotográfico. Inobservância do art. 226 do CPP. Nulidade. Ausência. Parecer acolhido.

1. *Não sendo possível atestar, de plano, a falta de justa causa para a ação penal, incabível, nesta via, o seu trancamento.*

2. Estão devidamente fundamentadas as decisões que autorizaram a quebra do sigilo telefônico e respectivas prorrogações, uma vez que adequadamente justificada a necessidade das medidas, com o esclarecimento de serem imprescindíveis às investigações.

3. Não há mais dúvida de que o disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/1996 não limita a prorrogação da interceptação telefônica a um único período, podendo haver sucessivas renovações, e de que o prazo de 15 dias ali previsto começa a correr da data em que a escuta é efetivamente iniciada, e não do despacho judicial.

4. A propósito da alegada juntada tardia das decisões autorizadas do procedimento de quebra de sigilo ao processo, não há manifesta ilegalidade a ser

reparada, pois, além de não ter sido enfrentada a questão pelo Tribunal *a quo*, não ficou demonstrado o prejuízo.

5. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, as disposições constantes do art. 226 do Código de Processo Penal configuram recomendação legal, e não uma exigência, não se configurando nulidade quando o ato processual é praticado de modo diverso.

6. Recurso em *habeas corpus* improvido (RHC 72.706/MT, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25.10.2016)

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.