



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 127.902-SP (2009/0021646-9)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz
Impetrante: Silvio Rogério do Prado Araújo
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Alexsandro de Souza Barbosa (preso)

EMENTA

Penal. Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Autodefesa. Ausência do réu nas oitivas da vítima e das testemunhas de acusação. Nulidade relativa. Jurisprudência das Cortes Superiores. Reconhecimento pessoal realizado na fase inquisitorial. Inconsistências na descrição física do autor dos fatos. Necessidade da presença do acusado em juízo. Arguição em momento oportuno. Comprovação de prejuízo à defesa. Direito ao silêncio (CF, art. 5º, inc. LXIII). Inidoneidade para fundamentar a condenação. Existência de coação ilegal. Ordem concedida de ofício.

1. Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

2. A autodefesa desdobra-se em “direito de audiência” e em “direito de presença”, é dizer, tem o acusado o direito de ser ouvido e falar durante os atos processuais (e não apenas, como se verifica no direito brasileiro, em seu interrogatório judicial), bem assim o direito de assistir à realização dos atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado se encontre preso, impossibilitado de livremente deslocar-se ao fórum.

3. Não se trata, contudo, de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica – conforme positivado no art. 261

do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 –, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato, sendo imprescindível a comprovação de prejuízo e a sua arguição no momento oportuno (precedentes do STF e do STJ).

4. Na espécie, porém, a partir dos relatos, soa claro que a descrição física do acusado não foi uníssonas a ponto de se menosprezar a importância da efetiva presença do réu em juízo, com o fim de realizar o seu reconhecimento sob o crivo do contraditório, consoante pondera a impetração.

5. É de ser ver, também, à míngua de qualquer outro dado probatório, que apenas a palavra da vítima e de testemunha ocular do delito, a respeito da identidade física do acusado, respaldam a condenação do paciente, termos em que, dadas as particularidades da hipótese vertente, a ausência do réu para acompanhar a oitiva da vítima e das testemunhas caracteriza dano à defesa, não se podendo falar em ratificação do ato de reconhecimento em juízo, como se presente estivesse o réu em audiência.

6. Da mesma forma, a consideração do silêncio do réu como dado idôneo a fundamentar a condenação – ou a tendenciar a apreciação das provas em desfavor do acusado, consoante veda o parágrafo único do art. 186 do CPP – refoge à garantia constitucional, imanente ao devido processo legal, disposta ao art. 5º, inciso LXIII, da CF.

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para anular a ação penal desde a audiência de instrução, determinando-se ao juízo de origem a realização de nova oitiva da vítima e das testemunhas de acusação com a presença do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Maria

Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 5.5.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Alexsandro de Souza Barbosa*, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo constrangimento ilegal, em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que conheceu parcialmente o HC n. 990.08.100727-4, para, nessa parte, denegar a ordem, nos termos da ementa abaixo transcrita:

Processo Penal. Alegação de cerceamento de defesa. Ausência do réu em audiência de inquirição de testemunhas. Arguição examinada e afastada pela r. sentença. Possibilidade de reexame em sede de recurso próprio - (apelação). Não conhecimento da impetração nesta parte. Processo Penal alegação de excesso de prazo para o término da instrução criminal. Processo já sentenciado. Ordem denegada nesta parte.

A impetração informa que o paciente não participou das audiências de oitiva das testemunhas de acusação e da vítima, circunstância apta a ensejar, consoante pondera, a ocorrência de nulidade absoluta, ante a inobservância ao exercício de autodefesa.

Aduz que o constrangimento ilegal foi arguido na fase de alegações finais e no *writ* impetrado na origem, cujo conhecimento, nessa parte, restou afastado pelo Tribunal estadual, não obstante a obrigatoriedade da análise do pedido.

Assevera também que o paciente não foi submetido a reconhecimento pessoal na fase judicial, uma vez que não participou de ato de instrução, à exceção do interrogatório realizado mediante carta precatória, pois o Estado não lhe conduziu à audiência.

Pleiteia, assim, a concessão da ordem “a fim de que seja anulado o Processo n. 1.586/2006, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Barueri - SP, a partir da instrução criminal” (fl. 12).

Distribuída a ação mandamental ao Ministro Nilson Naves, por prevenção do HC n. 78.524-SP, a liminar requerida não foi apreciada (fl. 76).

O parecer do Ministério Público Federal pugnou pela concessão, de ofício, da ordem (fls. 78-86).

No dia 4 de maio de 2011, o feito foi atribuído ao Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), que, em 2 de setembro do mesmo ano, solicitou informações à indigitada autoridade coatora, o que restou atendido às fls. 98-235.

Nova atribuição do *mandamus* foi realizada no dia 23 de agosto de 2012 à Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) (fl. 240).

Posteriormente foi recebido, nesta Corte, o Ofício n. 2.461/2013 do Supremo Tribunal Federal, comunicando o deferimento de liminar na Medida Cautelar no HC n. 115.764-SP, da relatoria do Ministro Luiz Fux, no sentido de determinar o julgamento imediato deste feito (fls. 251-265).

Diante do tempo decorrido, a Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) requereu ao Tribunal *a quo* o envio de informações atualizadas, as quais foram juntadas no dia 4 de abril de 2013 (fls. 271-276).

Houve a reiteração da determinação do Supremo Tribunal Federal pelos Ofícios n. 4.260/2013 e 9.155/2013 (fls. 278-293 e 321-339).

Em 29 de agosto de 2013, os autos vieram atribuídos à minha relatoria (fl. 178).

Novo ofício do STF (n. 14.088/2013) às fls. 361-362.

Habeas corpus concluso para análise em 13 de dezembro de 2013.

VOTO

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz (Relator): Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da

liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob essas premissas, passo à análise do *writ*.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado nas penas do art. 157, § 3º c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, a 17 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Barueri - SP.

A impetração de *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo buscava o relaxamento da prisão, em virtude de alegado excesso de prazo na instrução criminal, além do reconhecimento do cerceamento de defesa, dada a ausência do acusado na audiência de oitiva da vítima e das testemunhas de acusação, o que impediu a realização do seu reconhecimento pessoal sob o crivo do contraditório.

Este último pedido não foi conhecido pelo Tribunal estadual, sob o argumento da idoneidade da via eleita para tratar da matéria, porém verificou-se que o Colegiado *a quo* assentiu com o argumento esposado na sentença condenatória. Veja-se, no ponto, o acórdão:

Em relação ao alegado cerceamento de defesa do paciente, que teria ocorrido na audiência, realizada em 6.8.2007 sem a presença do mesmo paciente, tem-se que tal argüição fora feita perante a d. autoridade impetrada, foi reiterada nas alegações finais da defesa; e é certo que tal nulidade foi afastada pela r. sentença condenatória proferida.

Desta maneira, não é caso de conhecimento da impetração nesta parte, tendo em conta a possibilidade de interposição de recurso próprio (apelação).

Destarte, é da r. sentença: "(...) A defesa argüiu em preliminar nulidade do feito por suposta ofensa à ampla defesa ocorrido em virtude da ausência do réu na audiência para a oitiva das testemunhas de acusação. O fato é que o réu, devidamente requisitado, conforme certidão de fls. 120, não compareceu à audiência". "Por outro lado, seu defensor não só esteve presente como participou ativamente do ato processual. Requereu em deliberação (fls. 129), inclusive, a concessão de liberdade provisória. Todavia, não se manifestou sobre suposto prejuízo causado pela ausência do réu na citada audiência. E mais, não o fez durante todo o processo". "A ausência do réu em audiência de instrução, em especial para inquirição de testemunhas de acusação, é causa de nulidade relativa. Ou seja, é necessária a ocorrência e comprovação do efetivo prejuízo à defesa. Nesse sentido, a jurisprudência: 'Roubo qualificado. Audiência de instrução realizada sem a presença do réu preso. Nulidade relativa. Necessidade de demonstração do prejuízo. Audiência acompanhada pelo defensor do acusado. Ordem denegada'. (STJ - HC n. 62.238 - Min. Gilson Dipp - DJ 12.3.2007 - p. 28)".

“Processual Penal Réu preso requisitado, mas não apresentado para participar da audiência de inquirição de testemunhas de acusação. Nulidade relativa, para cujo reconhecimento faz-se necessária a ocorrência de efetivo prejuízo, não demonstrado” (STJ - HC n. 35.160 - Min. José Arnaldo da Fonseca - DJ 28.6.2004 - p. 379). “Uma vez não comprovado efetivo prejuízo rio presente caso, não se verifica a nulidade e portanto, afasto a preliminar em comento”- (v. fls. 51-67). (fl. 69).

A possibilidade de que o próprio acusado intervenha, direta e pessoalmente, na realização dos atos processuais denota a ideia de autodefesa, também chamada defesa privada, material ou pessoal.

Saliente-se que a autodefesa não se resume à participação do acusado no interrogatório judicial, mas há de se estender-se a todos os atos de que o imputado participe. Desse modo, digo-o apenas para ilustrar, é expressão de tal direito a permissão, conferida em alguns ordenamentos – *v.g.* o art. 626.1 da LECR da Espanha e o art. 258.3 da StPO da Alemanha –, de que o acusado intervenha pessoalmente em depoimentos de testemunhas, nos debates orais, no encerramento da causa, etc.

Na verdade, desdobra-se a autodefesa em “direito de audiência” e em “direito de presença”, é dizer, tem o acusado o direito de ser ouvido e falar durante os atos processuais (e não apenas, como se verifica no direito brasileiro, em seu interrogatório judicial), bem assim o direito de assistir à realização dos atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado se encontre preso, impossibilitado de livremente deslocar-se ao fórum.

A autodefesa assim entendida implica, portanto, uma série de possibilidades para o acusado, quais sejam: (a) de presença em juízo; (b) de conhecimento dos argumentos e conclusões da parte contrária; (c) de exteriorização de sua própria argumentação; (d) de demonstração dos elementos de fato e de direito que constituem as suas razões defensivas e, por último, (e) de propulsão processual.

Convém sublinhar que tanto o direito de audiência quanto o direito de presença podem ser exercitados de forma passiva, negativa, sem que isso represente ausência de defesa.

É, portanto, expressão da autodefesa o direito ao silêncio, reconhecido ao acusado como corolário de seu direito de não se autoincriminar (*privilege against selfincrimination*), visto que, de acordo com antigo preceito do Direito Canônico, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si ou a delatar-se (*nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum accusare*).

De igual modo, constitui exercício do direito à ampla defesa a deliberada e voluntária atitude do acusado de não se fazer presente nos atos do processo criminal, ou mesmo em todo ele. Logo, se de um lado o Estado deve facilitar a presença do acusado durante a instrução e o julgamento da causa, notificando-o pessoalmente sobre a data, horário e local das respectivas audiências ou sessões, há de respeitar, a seu turno, eventual escolha do acusado de não comparecer a elas.

Não se trata, pois, de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica – conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 –, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato, sendo imprescindível a comprovação do prejuízo e a sua arguição no momento oportuno.

Nesse sentido: *HC n. 219.551-SP*, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, 6ª T., DJe 28.2.2014, *HC n. 241.571-MS*, Rel. Min. *Laurita Vaz*, 5ª T., DJe 11.3.2014; *HC n. 268.629-SP*, Rel. Min. *Og Fernandes*, 6ª T., DJe 9.10.2013; AgRg no *HC n. 247.979-PE*, Rel. Min. *Moura Ribeiro*, 5ª T., DJe 30.9.2013; AgRg no *REsp 1.288.587-SP*, Rel. Min. *Campos Marques*, 5ª T., DJe 27.5.2013; AgRg no *RHC n. 36.813-SP*, Rel. Min. *Assusete Magalhães*, 6ª T., DJe 27.5.2013, *inter alia*.

Em idêntica diretriz é o pronunciamento de ambas as Turmas da Excelsa Corte:

*Habeas corpus. Processo Penal. Estupro. Recurso especial provido. Requisitos de admissibilidade recursal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Audiência de inquirição de testemunhas sem a presença do acusado preso. Intimação da defesa da data designada para audiência. Nomeação de advogado dativo. Falta de demonstração de prejuízo. Dosimetria pena. Supressão de instância. 1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir sobre a admissibilidade do recurso especial. 2. Não cabe *habeas corpus*, como regra, para rever decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à admissibilidade do recurso especial. 3. A essência do processo penal consiste em permitir ao acusado o direito de defesa. A presença do acusado na audiência judicial está compreendida no direito à ampla defesa protegido constitucionalmente (art. 5º, LV, da Constituição Federal). 4. Como consectário da ampla defesa, de rigor a requisição do acusado preso para participar de audiência de instrução perante o Juízo processante, sob pena de nulidade do ato. 5. Circunstâncias especiais do caso, especialmente a regular intimação do defensor da data designada para a realização do ato, a nomeação de advogado dativo e a ausência de prejuízo efetivo, que não autorizam, como*

exceção, o reconhecimento da nulidade. 6. Inviável a análise da irrisignação relativa à dosimetria da pena, controvérsia não debatida pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância, em afronta às normas constitucionais de competência. Precedentes. 7. Ordem denegada. Determinada a imediata reatuação do feito com a inserção do nome completo do paciente. (HC n. 103.971-RS, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., DJe 24.9.2012).

Habeas Corpus. 2. Alegada nulidade do processo - desde o interrogatório do paciente -, dado que não teria sido respeitado o seu direito de presença à audiência de inquirição de testemunhas. 3. Advogado constituído que esteve presente à audiência. 4. Hipótese de nulidade relativa. Precedentes. Não comprovação do prejuízo pela defesa. 5. Constrangimento não configurado. 6. Ordem denegada. (HC n. 95.654-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 1ª T., DJe 14.10.2010)

Como visto, impõe a orientação emanada das Cortes Superiores a aplicação da regra segundo a qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (CPP, art. 563, *caput*).

Na espécie, desde a fase das alegações finais, a defesa pugna pelo reconhecimento da nulidade absoluta da ação penal, em face da não apresentação do impetrante à audiência, bem como afirma a ocorrência de prejuízo para a defesa ante a impossibilidade da produção da prova do reconhecimento pessoal em juízo.

Nas razões deste *writ*, o impetrante repisa que a presença do paciente àquela audiência era “substancial, não apenas porque um direito seu no exercício da autodefesa, corolário da ampla defesa, mas, também, porque ali seria possível a realização desta prova fundamental para a busca da verdade real, o reconhecimento pessoal” (fl. 6), *ato, que, a meu ver, fazia-se necessário, dadas as peculiaridades do caso concreto*.

Com efeito, a condenação do paciente – que, na delegacia, calou-se e, em juízo, negou a autoria dos fatos – é toda lastreada na palavra da vítima e de duas testemunhas de acusação, uma das quais testemunha ocular do evento criminoso. *Porém, a partir dos relatos, soa claro que a descrição física do acusado não foi uníssona a ponto de se menosprezar a importância da efetiva presença do réu em juízo, com o fim de realizar o seu reconhecimento sob o crivo do contraditório*.

Verifica-se, a partir da própria sentença, que o magistrado procura minimizar as alegadas inconsistências quanto à aparência física do acusado, sob o argumento de normalidade de pequenas variações entre um e outro depoimento. Confira-se às fls. 46-47:

A defesa, em alegações finais, na tentativa de desacreditar os depoimentos testemunhais colhidos, levantou algumas supostas incongruências entre os relatos trazidos.

Primeiramente alega que as testemunhas descreveram duas motocicletas de modelos diferentes. Jhonatas, testemunha presencial disse (fls. 128) tratar-se de uma “Titan”. Geraldo, policial militar que registrou a ocorrência, disse tratar-se de uma CG vermelha, moto encontrada com o réu.

Aduz, ainda, que uma das testemunhas disse tratar-se o assaltante de indivíduo de cor negra, quando o réu, na verdade, é pardo. De fato uma das testemunhas usou esse termo, mas todas as outras disseram que o indivíduo era “moreno”.

Como visto, as inconsistências apontadas pela defesa são mínimas e completamente normais em casos análogos ao presente e não comprometem, de forma alguma, a robustez das provas colhidas.

Por outro lado, as incoincidências eventuais, que porventura possam ter ocorrido, no cotejo dos depoimentos das vítimas e testemunhas, não tem o condão de afastar a verdade dos fatos. Aliás, incoincidências são mais compatíveis com a natureza humana do que depoimentos perfeitos. As vítimas não estavam esperando os fatos. Contaram com o elemento surpresa. Depor na polícia e em Juízo deixa qualquer um nervoso. Portanto não é de se surpreender que, num ou noutro momento, certos detalhes sejam vistos ou apreendidos por cada um dos depoentes, com pequenas variações.

À margem desse aspecto, e ainda com olhar sobre a sentença, constata-se que *o magistrado relevou, também, o resultado negativo do exame residuográfico realizado no acusado após o flagrante, utilizando-se das próprias ressalvas feitas pelo expert, fl. 49:*

No tocante ao exame residuográfico negativo, seu resultado não significa que o réu não tenha cometido o crime. Aliás, o próprio laudo explicita que:

“Cumpre salientar que o fato do resultado do aludido exame ser negativo, não elimina a possibilidade de a pessoa examinada ter efetuado disparo com arma de fogo, pois trata-se de técnica muito sensível e inúmeros fatores durante a coleta podem interferir no mesmo”. (fls. 76)

Resta na sentença, assim, apenas o argumento erigido pelo magistrado de que caracteriza “indício de veracidade das acusações” o silêncio do réu perante a autoridade policial, porquanto “segundo a natureza humana, o inocente brada por sua inocência sempre, em qualquer circunstância” (fl. 41), colacionando, nesse passo, julgados prolatados pelo Tribunal *a quo*.

À evidência, não se pode chancelar tal elemento indiciário apontado no édito de 1º grau, uma vez que a consideração do silêncio do réu como dado

idôneo a fundamentar a condenação – ou a tendenciar a apreciação das provas em desfavor do acusado, consoante veda o parágrafo único do art. 186 do CPP – refoge à garantia constitucional, imanente ao devido processo legal, disposta ao art. 5º, inciso LXIII, da CF, pois, nas palavras da Excelsa Corte:

O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional - além de não importar em confissão - jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. (HC n. 99.289-RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., DJe 3.8.2011).

No mesmo passo, no âmbito deste Superior Tribunal: HC n. 243.812-SP, Rel. Min. Campos Marques (Des. convocado do TJPR), HC n. 178.141-MS, Rel. Min. Jorge Mussi, HC n. 107.285-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, *inter alia*.

É de se ver, portanto, *à míngua de qualquer outro dado probatório, que apenas a palavra da vítima e de testemunha ocular do delito, a respeito da identidade física do acusado, respaldam a sua condenação*, termos em que, dadas as particularidades da hipótese vertente, a ausência do réu para acompanhar a oitiva da vítima e das testemunhas caracteriza dano à defesa, *não se podendo falar em ratificação do ato de reconhecimento em juízo, como se presente estivesse o réu em audiência*.

Cabe, a propósito, colacionar os seguintes precedentes desta Colenda Corte Nacional, nos quais se validou a condenação porque, a despeito da ausência de ratificação do ato de reconhecimento pessoal do réu em juízo, outras provas se mostraram suficientes para fundamentar a decisão:

Roubos circunstanciados. Ausência do réu preso na audiência de uma das vítimas no juízo deprecado. Eiva relativa. Ausência de arguição oportuna. Prejuízo não demonstrado. Constrangimento ilegal não evidenciado.

(...)

3. *Ainda que a vítima não tenha realizado o reconhecimento pessoal do paciente na audiência em que foi inquirido pelo Juízo deprecado, esta não foi a única prova que fundamentou sua condenação, não havendo falar, pois, em prejuízo.*

4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 275.071-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 19.12.2014, grifei).

Reconhecimento pessoal. Ausência de ratificação em juízo. Nulidade não configurada. Existência de outras provas para a condenação.

(...)

O reconhecimento pessoal do Paciente na fase inquisitorial não foi ratificado em Juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa. *Entretanto, ainda que o reconhecimento pessoal do Paciente não tenha sido confirmado em juízo, observa-se dos documentos juntados aos autos que a condenação está devidamente justificada, uma vez que as demais provas produzidas ao longo da instrução criminal foram uníssonas em demonstrar a participação do ora Paciente no delito.*

(...) (HC n. 134.843-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJe 3.11.2011, destaquei).

Reconhecimento fotográfico em juízo e ausência do representante do Ministério Público na audiência de oitiva da vítima. Nulidades relativas. Prejuízo não configurado. Parecer do MPF pela concessão da ordem. *Writ* parcialmente prejudicado e, na parte conhecida, denegado.

(...)

***In casu*, a ausência dos réus na audiência de oitiva da vítima, ato requisitado por meio de carta precatória, não gerou qualquer prejuízo à defesa, pois a condenação dos pacientes embasou-se em outros elementos de convicção, como as provas testemunhais e periciais, distintas do simples reconhecimento fotográfico.** Ademais, ainda que demonstrado o efetivo prejuízo, isso não acarretaria a nulidade processual, mas mera desconsideração do reconhecimento como prova. (HC n. 84.584-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 2.3.2009, negritei)

Destarte, ante a comprovação de prejuízo na espécie, a qual foi arguida em momento oportuno e *cujas causas não podem ser debitadas à defesa, dada a clara deficiência do Estado, que deixou de conduzir o réu (preso) à audiência*, afigura-se cogente a declaração de nulidade da ação penal desde a audiência de oitiva da vítima e das testemunhas, em atendimento ao sistema legal das nulidades.

À vista do exposto, não conheço do *writ* por ser substitutivo de recurso ordinário, e, analisando o seu teor, constato a presença de coação ilegal que implica a concessão da ordem, de ofício, para anular a ação penal desde a audiência de instrução, determinando-se ao juízo de origem a realização de nova audiência de oitiva da vítima e das testemunhas com a presença do paciente.

HABEAS CORPUS N. 182.166-RS (2010/0149326-9)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Mauro Antônio Aldrovandi

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Flavio Volpato

Paciente: Gilmar Baldisserotto

Paciente: Neuri José Soccol

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Tráfico internacional de arma de fogo. Prévio *mandamus* denegado. Presente *writ* substitutivo de recurso ordinário. Inviabilidade. Via inadequada. Trancamento da ação penal. Atipicidade. Crime do estatuto do desarmamento. *Plus* de reprovabilidade. *Abolitio criminis*. Não ocorrência. Averiguação do registro dos artefatos. Exame aprofundado do contexto fático-probatório. Necessidade. Matéria incabível na via eleita. Flagrante ilegalidade. Inexistência. *Habeas corpus* não conhecido.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

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

3. A conduta de tráfico internacional de arma, cujo flagrante ocorreu em 10.2.2009, denota um *plus* de reprovabilidade que afasta a *mens legis* relativamente à *abolitio criminis*.

4. O artigo 30 do Estatuto do Desarmamento, ao abranger a apresentação de nota fiscal e a comprovação lícita da posse como requisitos para a sua incidência, bem como o artigo 31, quanto à aquisição regular, mostra-se incondizente com o tipo penal previsto no artigo 18 da Lei n. 10.826/2003, pois a inexistência de autorização da autoridade competente para a entrada ou saída de artefato belicoso do território nacional conflita com os pressupostos exigidos.

5. A alegação de atipicidade da conduta, mediante análise de suposto registro de armas, não relevada de pronto, demanda inexoravelmente revolvimento de matéria fático-probatória, não condizente com a via angusta do *writ*.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogério Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Néfi Cordeiro.

Brasília (DF), 8 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 24.4.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Flavio Volpato*, *Gilmar Baldisserotto* e *Neuri José Soccol*, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da ^a Região (HC n. 0023137-13.2010.404.0000-RS).

Ressuma dos autos que, por fatos cometidos em 2009, apurados na Operação “Grande Oriente”, os pacientes foram denunciados por infração ao disposto no artigo 18 da Lei n. 10.826/2003 e, quanto à Flávio, também o artigo 71 do Código Penal, pois, segundo a incoativa, negociaram armas e munições provenientes do Uruguai (Processo n. 5000331-27.2010.404.7103-RS, da Vara Federal da Seção Judiciária de Uruguiana-RS).

A defesa pugnou pelo trancamento da ação penal, tendo o Juízo singular indeferido o pleito. Confirmam-se os seguintes trechos do *decisum*, no que interessa (fls. 24-26):

(...)

Grande parte das alegações defensivas acima sintetizadas está sujeita à dilação probatória e, portanto, insuscetível de apreciação no presente momento processual, que visa apenas a verificação da eventual ocorrência de uma das hipóteses que podem levar à absolvição sumária.

Dentre estas alegações pode-se citar a afirmação de equívoco na interpretação dos diálogos interceptados, a alegada utilização fora do território nacional de armas e munições negociadas nos diálogos interceptados, a condição de atirador cadastrado junto aos órgãos competentes de alguns dos acusados, a suposta legalidade dos armamentos e munições apreendidas, requerimento de desclassificação do delito e a negativa de autoria.

Assim, as matérias de mérito alegadas pela defesa merecem aprofundamento pela instrução, e serão reanalisadas após em momento próprio.

III- *Pequena quantidade de munição*

Por outro lado, não há como prosperar a tese de que em face da pequena quantidade de munição apreendida estar-se-ia diante de conduta de caráter bagatelar, uma vez que os princípios da insignificância e adequação social são inaplicáveis nestes casos ante o alto grau de reprovabilidade da conduta e da potencialidade lesiva do objeto.

É que, o ingresso proibido de arma e munição põe em risco a incolumidade pública, a segurança nacional e a paz social, já que um único projétil apto a uso e com perfeito desempenho é capaz de produzir efeitos negativos irreparáveis.

(...)

VII- *Atipicidade da conduta*

Outra tese defensiva que não merece acolhida é a de que a conduta seria atípica em vista da regularização dos armamentos, realizada em virtude da anistia concedida pela Lei n. 10.826/2003, pois o crime imputado aos acusados não é a posse irregular de arma de fogo e sim o contrabando de armamento e munição previsto no art. 18 da referida lei.

Se ocorreu o registro das armas no órgão competente, em princípio, este se deu através de algum artifício fraudulento ou irregular, pois legalmente não poderiam ser registradas armas com origem expúria, ou seja, não é possível ter ocorrido declaração perante a polícia federal de que as armas teriam sido introduzidas em território nacional sem os devidos trâmites legais, pois para a efetivação do registro de arma a norma em questão (Lei n. 10.826/2003), em seu art. 30, além da documentação de identificação pessoal do requerente e comprovante de residência fixa, exige a nota fiscal de compra do armamento ou comprovação da origem lícita da posse.

Assim, o fato de haver registro não afasta a possibilidade de persecução penal no que refere à importação ilegal do armamento e munição apreendidos.

(...)

Ajuizado prévio *mandamus* perante o Tribunal de origem, a ordem foi denegada. Eis a ementa do aresto (fl. 92):

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Excepcionalidade. Não configuração. Denegação da ordem.

1. O trancamento da ação penal, mediante a impetração do remédio heróico, sem necessidade de exame do conjunto probatório, faz-se possível, em caráter excepcional, se vier a ser demonstrada, de plano, a ausência de justa causa, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito, na atipicidade da conduta e na presença de alguma causa excludente da punibilidade ou, ainda, se inepta a denúncia.

2. Não configurada a dita excepcionalidade. Incabível o manejo do *mandamus* para o fim de obstaculizar o andamento processual, devendo prosseguir a *persecutio criminis*.

Colhe-se do acórdão os seguintes excertos (fls. 73-90):

“(...)

A impetração visa ao trancamento da Ação Penal n. 5000331-27.2010.404.7103, em que o paciente foi denunciado pelo cometimento, em tese, do delito previsto no artigo 18 da Lei n. 10.826/2003. A liminar pleiteada restou indeferida nos seguintes termos (fls. 69-75):

‘O trancamento do Inquérito Policial ou da Ação Penal, mediante a impetração do *mandamus*, sem necessidade de exame do conjunto probatório, faz-se possível, em caráter excepcional, se vier a ser demonstrada, de plano, a ausência de justa causa, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito, na atipicidade da conduta e na presença de alguma causa excludente da punibilidade ou, ainda, se inepta a denúncia.

Nesse sentido os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Pois bem. Dão conta os autos de suposto tráfico internacional de armamento e munições, desvendado em interceptações telefônicas e buscas e apreensões autorizadas judicialmente, em que o paciente estaria, em teoria, envolvido.

A despeito das razões de impetração, tenho que, nesse momento embrionário, nada há a ser provido no remédio constitucional manejado.

Na origem, a decisão fustigada, *primo ictu oculi*, enfrentou devidamente as questões ora veiculadas, alicerçando-se de concretos fundamentos para respaldar o prosseguimento da persecução penal nesta fase inicial, assim assentando nos pontos relevantes a este *mandamus* (fls. 32-41):

II- Alegações de mérito

Grande parte das alegações defensivas acima sintetizadas está sujeita à dilação probatória e, portanto, insuscetível de apreciação no presente momento processual, que visa apenas a verificação da eventual ocorrência de uma das hipóteses que podem levar à absolvição sumária.

Dentre estas alegações pode-se citar a afirmação de equívoco na interpretação dos diálogos interceptados, a alegada utilização fora do território nacional de armas e munições negociadas nos diálogos interceptados, a condição de atirador cadastrado junto aos órgãos competentes de alguns dos acusados, a suposta legalidade dos armamentos e munições apreendidas, requerimento de desclassificação do delito e a negativa de autoria.

Assim, as matérias de mérito alegadas pela defesa merecem aprofundamento pela instrução, e serão reanalisadas após em momento próprio.

III- Pequena quantidade de munição

Por outro lado, não há como prosperar a tese de que em face da pequena quantidade de munição apreendida estar-se-ia diante de conduta de caráter bagatelar, uma vez que os princípios da insignificância e adequação social são inaplicáveis nestes casos ante o alto grau de reprovabilidade da conduta e da potencialidade lesiva do objeto.

É que o ingresso proibido de arma e munição põe em risco a incolumidade pública, a segurança nacional e a paz social, já que um único projétil apto a uso e com perfeito desempenho é capaz de produzir efeitos negativos irreparáveis.

(...)

VII- Atipicidade da conduta

Outra tese defensiva que não merece acolhida é a de que a conduta seria atípica em vista da regularização dos armamentos, realizada em virtude da anistia concedida pela Lei n. 10.826/2003, pois o crime imputado aos acusados não é a posse irregular de arma de fogo e sim o contrabando de armamento e munição previsto no art. 18 da referida lei.

Se ocorreu o registro das armas no órgão competente. em princípio, este se deu através de algum artifício fraudulento ou irregular, pois legalmente não poderiam ser registradas armas com origem expúria, ou seja, não é possível ter ocorrido declaração perante a polícia federal de que as armas teriam sido introduzidas em território nacional sem os devidos trâmites legais, pois para a efetivação do registro de arma a norma em questão (Lei n. 10.826/2003), em seu art. 30, além da documentação de identificação pessoal do requerente e

comprovante de residência fixa, exige a nota fiscal de compra do armamento ou comprovação da origem lícita da posse.

Assim, o fato de haver registro não afasta a possibilidade de persecução penal no que refere à importação ilegal do armamento e munição apreendidos.

Ante o exposto, não estando presente nenhuma das causas elencadas nos incisos do artigo 397 do Código de Processo Penal, determino o prosseguimento do feito.' (destaques no original e nossos)

O libelo, por sua vez, foi articulado nas seguintes letras, também nos excertos que interessam a este julgamento (fls. 15-31):

'(...)

IV-Dos fatos relativos a Flávio Volpato, Neuri José Socol e Gilmar Baldisserotto

Em data não perfeitamente esclarecida, mas no ano de 2009, *Flavio Volpato* importou arma de fogo, consistente em uma *espingarda*, marca *Hatsan*, calibre 12, modelo *Scort Magnum*, n. 129411, sem autorização da autoridade competente.

Também no ano de 2009, em data incerta, *Flávio Volpato* e *Neuri José Socol* importaram arma de fogo, consistente em uma *espingarda*, marca *Hatsan*, calibre 12, modelo *Scort Magnum*, n. 196463, sem autorização da autoridade competente.

Em data igualmente não precisada, mas certamente entre maio e setembro de 2009, *Gilmar Baldisserotto* importou munições de procedência uruguaia, sem autorização da autoridade competente. Deveras, *Flavio Volpato*, vulgo '*Bigode*', foi outra pessoa a manter inúmeras conversações com *Wilson Goicoa* no fito de adquirir armamentos e munições uruguaias, inclusive intermediando compras por terceiros residentes no Brasil.

Sem se desprezar o relevo das demais conversas, interessam os diálogos do dia 21.9.2009, em que *Flávio* negocia uma *espingarda Scort Magnum* destinada a um terceiro, discutindo a inscrição do modelo na arma. Nos telefonemas, *Goicoa* fornece o número da conta bancária de que se utilizava no Brasil e o denunciado *Flávio* chega a referir que já havia adquirido *espingarda* idêntica anteriormente:

(...)

A *resumo Flávio* quer saber a numeração de uma *Scort magnum*. *Flávio* diz que o homem que comprou a arma esta indo para *Caxias* registrar a arma no Exército. *Flavio* diz que na sua arma veio escrito *Scort Magnum* e na de *Rogério* não.

Em consultas ao seu sistema interno, a Polícia Federal descobriu que a *espingarda Hatsan* de número 196463, acima negociada, encontra-se registrada no Brasil em nome de *Neuri José Socol*, o que já demonstra o sucesso da transação de importação ilegal, com a entrada da arma em território nacional, e a identificação da pessoa que encomendou o artefato.

Outros são os fatos a demonstrar que *Flavio* também atuava na intermediação de alguns negócios de *Goicoa* com brasileiros. Há diálogos em que o denunciado,

por exemplo, fez menção a guias de depósitos que teria efetuado para terceiros na conta do fornecedor uruguaio. Dentre tais pessoas, destaca-se *Gilmar Baldisserotto*, que pessoalmente contatou *Goicoa* em 15.5.2009 para a compra de munições, fazendo depósito na conta brasileira mantida para o comércio ilícito:

(...)

A Resumo Baldisserotto liga dizendo que está mandando o restante do dinheiro. *Pergunta* pelo *Flávio* e *Goicoa* diz que está com ele. *Baldisserotto* pergunta sobre o preço de munições calibres 32 e 22. [... 1 AO fundo *Baldisserotto* conversa com uma MNI que está tentando fazer uma transferência bancária pela internet. Ao conseguir fazer a transação confirma o nome do beneficiário *José Martin Arbiza dos Santos*. Diz que já mandou 400 antes e hoje mandou os 300 que faltavam. Diz que se *Goicoa* conseguir a munição de 32 e de 22 é pra mandar pelo *Flávio*.

Expedidos os competentes Mandados de Busca e Apreensão em face dos denunciados, logrou-se apreender na data de 10.2.2009, na cidade de Bento Gonçalves, em poder de *Flávio Volpato*, pequena quantidade de munição e uma espingarda calibre 12, marca *Hatsan*, n. 0129411, modelo *Escort Magnum* - justamente aquele que referiu *Flávio* já ter adquirido anteriormente de *Goicoa*.

Mais ainda, conforme já referido, a outra espingarda *Hatsan*, número 196463, negociada por *Flávio* para um terceiro em 21.9.2009 (ligação acima transcrita), foi registrada junto à Polícia Federal em nome de *Neuri José Soccol*, comprovando materialmente a entrada da arma uruguaia em solo nacional.

Quanto a *Gilmar Baldisserotto*, foi apreendido com munições estrangeiras de calibres e modelos diversos, o que vai ao encontro dos contatos mantidos pelo indiciado com *Wilson Goicoa*.

Desta forma, os elementos encetados nos autos virtualmente anexos e nesta denúncia, demonstram que *Flávio Volpato*, *Neuri José Soccol*, ao importarem armas do Uruguai, e *Gilmar Baldisserotto*, ao importar munições do mesmo país, praticaram a conduta típica do art. 18 da Lei n. 10.826/2003. Ao primeiro, também aplicável a continuidade delitiva (art. 71, CP). (...) (grifos no original)

Do quanto se vê, e, ao menos para os fins deste perfunctório exame, tenho que a denúncia mostra-se estribada em indícios de autoria e prova de materialidade, conclusão que dimana do seu juízo positivo de admissibilidade.

Ademais, é consabido que a cognição reservada a esta fase processual não se presta a revolver com profundidade a admitida suficiência daqueles pressupostos, diante da vigência do princípio do *in dubio pro societatis*, reservando-se o trancamento da ação criminal, como já referido, e a absolvição sumária, esta nas proposições do artigo 397 do Código de Processo Penal, aos casos de prova incontestada do quanto alegado, inexistente na espécie.

Aliás, esclarecedora é a doutrina de Andrey Borges de Mendonça (*in Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, pp. 267 e 269), a respeito da antecipada absolvição:

'Outra hipótese em que se admite a absolvição sumária ocorre quando o fato narrado evidentemente não constitui crime. Demonstrada a atipicidade *ictu oculi* da conduta, poderá o juiz absolver o acusado. Entendemos que também em outras hipóteses de exclusão da conduta típica - como ausência de dolo, crime impossível por ineficácia absoluta do meio, erro de tipo, entre outras - será possível ao magistrado absolver sumariamente, desde que manifestamente demonstrada a sua ocorrência (...). A decisão de julgamento antecipado deve ser reservada para hipóteses excepcionais, em que existir prova inequívoca quanto à ocorrência de uma das situações indicadas. Na dúvida, deve o magistrado indeferir o julgamento antecipado. Aqui o princípio deve ser *in dubio pro societatis*!' (grifo nosso)

Oportuno colacionar, ainda, ementa de julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

(...)

Não há motivos ou fatos novos que justifiquem a alteração do provimento exarado em juízo de cognição sumária.

Em comunhão de idéias, a manifestação do representante do Ministério Público Federal nesta Corte (fl. 85):

'7. Como resta sedimentado, somente se pode cogitar do trancamento de ação penal via *habeas corpus* quando manifesta - aferível de plano - a suposta ilegalidade que embasa a impetração. Não é o caso dos autos.

8. Ademais, diga-se que na via estreita do *writ* não é possível dilação probatória, como quer o impetrante, uma vez que a análise, especialmente, das alegadas (suposta) atipicidades das condutas demandariam verificação controversa de provas, vedado em sede de *habeas*.

9. Destarte, vale dizer que, no caso dos autos, a denúncia imputa fatos, em tese, que se enquadram na tipicidade apontada e as provas carreadas indicam, nesse âmbito de cognição, a ocorrência delitiva.

10. Afirma-se com isso que é no processo penal que deverão os pacientes comprovarem suas alegações, uma vez que o *writ* só se presta para o trancamento de ação penal em casos restritos, tais como a atipicidade da conduta, a incidência de causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, o que não ocorre no presente caso. (...)

13. Por fim, a despeito da alegação de que a Lei n. 10.826/2003 autoriza a legalização das armas, tem-se que não merece prosperar.

14. A Lei n. 10.826/2003, especialmente em seus arts. 30, 31 e 32 - com as alterações dadas pela Lei n. 11.706/2008 -, possibilitou aos 'possuidores e

proprietários de armas de fogo de uso permitido ainda não registrada' solicitarem o registro - art. 30 - ou, ainda, a entrega - art. 32 - da arma até o dia 31.12.2008. E evidente que a única conduta abarcada pelo período de vacância de que trata a referida norma diz respeito à posse ou propriedade de arma de fogo, do que não se trata o caso em comento, uma vez que os pacientes consubstanciaram as modalidades importar e transportar armas, acessórios e munições não abarcadas pela legislação referida. Nesse sentido colaciona-se entendimento jurisprudencial do e. STJ: (...)’ (Destques no original.)

Como visto, não restou configurada a dita excepcionalidade no caso concreto, de modo que incabível o manejo do *mandamus* para o fim de obstaculizar o andamento processual, devendo prosseguir a *persecutio criminis*.

Nada há a prover, pois, no presente sucedâneo recursal.

Ante o exposto, voto no sentido de de negar a ordem.”

Neste *writ*, sustenta o impetrante que o constrangimento ilegal suportado pelos pacientes reside na inobservância da atipicidade das condutas praticadas em 2009, com a apreensão de armas e munições na posse dos increpados, eis que localizadas em suas residências.

Sublinha que os certificados de registro de arma de fogo junto ao SINARM, dentro do prazo de validade, bem como outras licenças e registros, sendo os réus qualificados como atiradores e caçadores no Ministério da Defesa.

Declina que os pacientes são primários, possuidores de labor lícito e família constituída.

Menciona que a acusação imputa aos acusados que “estariam envolvidos em ‘trafico internacional de arma de fogo’, porque mantinham contato telefônico com um alvo de investigação que tinha o telefone interceptado, desconhecendo os policiais o fato de que os pacientes praticarem a caça desportiva em território Uruguaio, motivo pelo qual realmente mantinham conversação, via telefone com um cidadão Uruguaio que é ‘guia de caça’ naquele país, o qual atende turistas e procede desembarço aduaneiro, fornece e vende munição, armas e acessórios para caçadores utilizarem em território Uruguai” (fl. 3).

Pontua que “foi exclusivamente em vista de interceptações de conversações telefônicas feitas pela Policia Federal no terminal telefônico do cidadão Uruguaio *Wilson Coicoa Trivel*, que os policiais deduziram das conversações escutadas, que os pacientes estariam negociando armamento e, por isso, resolveram representar por expedição de Mandado de busca domiciliar” (fl. 3).

Enaltece que as armas e munições estavam regularizadas, pois devidamente registradas no período de anistia, não obstante a origem estrangeira.

Consigna que a magistrada *a quo* considerou nulos os registros, eis que os acusados deveriam possuir nota fiscal e/ou comprovar a origem lícita das armas para se beneficiarem da anistia prevista no Estatuto do Desarmamento.

Assere que é possível o registro de armas irregulares mediante declaração firmada, na qual conste as características da arma e a sua condição de proprietário.

Destaca que a anistia somente não foi reconhecida por se tratar de tráfico internacional de armas e não de posse de artefactos bélicos.

Alega que os artigos 30, 31 e 32 do Estatuto Repressivo possibilitam até 31.12.2009 a entrega das armas, caso haja impossibilidade de serem regularizadas, ou seja, independentemente da comprovação da origem lícita e/ou nota fiscal - desde 31.1.2008.

Afirma que, “se o importador, pessoa física ou jurídica, (registrados junto ao Exército), cometer eventual infração ao Regulamento ao efetuar a importação de armas e munições, os fatos serão levados à autoridade policial, para efeitos criminais após a apuração em Processo Administrativo” (fl. 9).

Aduz que, pendente o processo administrativo, não há falar em responsabilização criminal.

Salienta que os pacientes negam que as armas eram importadas pelos próprios e que não restou comprovada a introdução ilegal do armamento no Brasil.

Registra a pequena quantidade de munição apreendida e invoca o princípio da razoabilidade a fim de afastar a imputação por tráfico internacional.

Obtempera que as armas e munições seriam utilizadas em solo uruguaio e não revendidas em território brasileiro.

Defende que, “também nos termos do Art. 215 do CP, excluída está a potencial consciência da ilicitude, posto que apesar dos defendentes não puder alegar o desconhecimento da lei, o desconhecimento da lei mostrou-se inevitável em face das circunstâncias acima mencionadas, posto que a norma indicava a possibilidade de registro de armas irregulares até o término do prazo da anistia” (fl. 16).

Pretende, liminarmente e no mérito, o trancamento da ação penal em apreço.

Distribuído presente *mandamus* para a relatoria do Desembargador convocado Haroldo Rodrigues (fl. 99), o pedido liminar foi indeferido à fl. 100.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Ana Maria (fls. 105-111), pela denegação da ordem.

O feito foi redistribuído à relatoria: da Desembargadora convocada Alderita Ramos (fl. 113), da Ministra Assusete Magalhães (fl. 115) e, finalmente, desta Relatora (fl. 118).

Notícias colhidas no sítio do Tribunal de origem dão conta de que sobreveio sentença, na qual os pacientes restaram condenados às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, no regime aberto, mais 10 (dez) dias-multa, sendo substituídas as sanções privativas de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária; exceto Flávio Volpato, cuja pena imposta foi no patamar de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime semiaberto, mais 15 (quinze) dias-multa, (fls. 136-210). Interposto recurso de apelação defensivo, pendente o seu julgamento (fls. 119-120).

Da sentença colhem-se estes excertos (fls. 136-210):

(...)

B.5) *Condutas imputadas a Flávio Volpato e Neuri José Soccol:*

(...)

Inicialmente, tem-se que a espingarda, marca *Hatsan*, calibre 12, modelo *Scort Magnum*, n. 129411, foi apreendida em poder de *Flávio Volpato* (evento 01 - *Apreensão 10*), sendo a origem estrangeira e a efetividade para disparos atestada no Laudo Pericial do evento 185.

Por sua vez, a espingarda, marca *Hatsan*, calibre 12, modelo *Scort Magnum*, n. 196463, está registrada em nome de *Neuri José Soccol* (evento 18), sendo a origem estrangeira e a efetividade para disparos atestada no Laudo Pericial do evento 161.

Flávio Volpato, em seu interrogatório judicial, afirmou que a espingarda, marca *Hatsan*, calibre 12, modelo *Scort Magnum*, n. 129411, recebeu em garantia de uma dívida no ano de 2007, estando consigo desde então. Referiu que os diálogos mantidos com *Wilson Goicoa* em que *Wilson* passa o número de uma arma (da arma apreendida na posse de *Neuri*) trata-se, em verdade, de trâmites de registro dela junto ao Exército. Quanto à espingarda, marca *Hatsan*, calibre 12, modelo *Scort Magnum*, n. 196463, apreendida em poder de *Neuri*, afirmou que *Neuri* lhe deu a arma para que levasse ao Uruguai para registrá-la para fins de uso em

caçadas, sendo que depois disso *Neuri* resolvei fazer o registro dela e incluí-la no mapa de armas do Exército, necessitando, por isso, dos dados dela. Por essa razão, argumenta, *Wilson Goicoa* estava passando os dados da espingarda em um dos diálogos interceptados mencionados na Denúncia.

Neuri José Soccol, interrogado em juízo, referiu que adquiriu a *espingarda*, marca *Hatsan*, calibre 12, modelo *Scort Magnum*, n. 196463, de um caçador que encontrou em um hotel em que estava hospedado em virtude de trabalho, o qual conhece apenas pelo nome de *Adão*, sendo que a comprou como se de procedência brasileira fosse, e, embora imaginasse que era importada, acreditava que poderia regularizá-la sem ter de comprovar a origem, conforme o “estatuto do desarmamento”. Negou tenha sido *Flávio Volpato* a lhe vender a arma, mas admitiu que o conhecia e sabia que ele caçava no Uruguai, tendo, por isso, emprestado a arma pra ele.

No entanto, *Wilson Goicoa* admitiu em interrogatório judicial que efetivamente vendeu a *Flávio Volpato* 01 espingarda, marca *Hatsan*, calibre 12, a qual seria destinada a *Neuri José Soccol*, conforme lhe teria dito o próprio *Flávio Volpato*, sendo que *Neuri* não chegou a conhecer pessoalmente.

Além disso, os elementos coligidos bem demonstram que *Flávio Volpato* adquiriu duas *espingardas*, marca *Hatsan*, calibre 12, modelo *Scort Magnum*, sendo que a de número 129411 adquiriu em proveito próprio, e a de número 196463, adquiriu em proveito de *Neuri Soccol*.

(...)

O teor dos diálogos retira qualquer crédito das versões defensivas trazidas pelos réus.

Tendo dito *Flávio* a *Wilson Goicoa*, no diálogo do dia 21.9.2009, que “as últimas não vieram inscrito **Scort Magnum** que nem a minha”, e, no diálogo do dia 22.9.2009, que uma vez que “na minha veio escrito **Scort Magnum** e na do Rogério não”, fica evidente que não a recebeu em pagamento ou garantia de nenhuma dívida, mas adquiriu junto a *Wilson Goicoa*.

Ademais, tendo a arma sido apreendida na residência de *Flávio* no território pátrio, fica evidente que ela a introduziu irregularmente no Brasil.

A alegação de *Neuri* para a procedência da arma, além de confrontar com o teor dos diálogos acima sinalados e com o depoimento do próprio *Wilson Goicoa*, é por demais fantasiosa para que mereça credibilidade.

Seria mesmo de espantar que alguém adquirisse uma espingarda de pessoa que não conhece, não sabendo a procedência, e pudesse acreditar que tal conduta era lícita.

A par disso, conectando-se o fato de *Wilson* referiu ter vendido uma espingarda, marca *Hatsan*, para *Flávio*, a qual se destinava a *Neuri Soccol*, com o fato de a arma cujo número foi referida por *Wilson Goicoa* a *Flávio Volpato* estar registrada em

nome de *Neuri*, se descortina, em verdade, que tal espingarda foi adquirida junto a *Wilson Goicoa*, em Artigas/Uruguai, através de *Flávio Volpato*.

A alegação de *Flávio Volpato* no sentido de que o diálogo do dia 21.9.2009, travado entre ele e *Wilson Goicoa*, no qual *Wilson* transmite o número da arma a *Flávio*, na verdade consistiria um ato do trâmite de regularização da arma no Uruguai para que *Neuri* pudesse utilizá-la em caçadas posteriores não encontra respaldo no próprio contexto dos diálogos.

Melhor explicando, segundo *Flávio*, *Neuri* teria interesse em caçar no Uruguai e desejou registrar a arma no Uruguai, tendo, por isso, entregue a arma a *Flávio* para que a levasse para aquele país. No entanto, após a arma já estar no Uruguai, *Neuri* teria tido interesse em registrá-la concomitantemente no Brasil, razão pela qual necessitaria dos dados da arma, os quais, então, foram passados por telefone por *Wilson Goicoa* a *Flávio*.

Ocorre que nos diálogos acima referidos, a todo o momento *Wilson* refere-se à espingarda, marca *Hatsan*, n. 196463, como estando em Montevideú, reservada ao amigo de *Flávio*. E *Flávio*, por sua vez, mostra constante preocupação com o fato de *Wilson* já ter a arma a pronta entrega ('a mão'), porque o destinatário dela "já teria dinheiro".

É bem verdade que o diálogo do dia 22.9.2009 *Flávio Volpato* faz menção a *Wilson Goicoa* da necessidade dos dados da arma serem absolutamente corretos porque "o cara estaria fazendo os papéis no Exército", mas isso ocorre logo após *Flávio* demonstrar a preocupação de que a arma "reservada ao amigo" estivesse "na mão" de *Wilson*, isto é, a pronta entrega, porque "o amigo" teria dinheiro para pagar por ela.

Assim, extrai-se que a espingarda, na época do diálogo de 21.9.2009, estava sendo adquirida por *Flávio* com destino a *Neuri*, não tendo sido, ainda, entregue ao destinatário. Não é cronologicamente verossímil a versão trazida por *Neuri Socol*.

Pelo mesmo motivo, o fato da arma estar registrada na Polícia Federal, com registro emitido apenas em 17 de dezembro de 2009, conforme documento do evento 18, após os diálogos que retratam a data aproximada da entrega da arma, não infirmam, em nada, a existência da internação irregular da arma.

É de se ressaltar, por pertinente, que *Neuri José Socol* tinha plena ciência de que a arma cuja aquisição foi intermediada por *Flávio Volpato* provinha do exterior, mais especificamente do Uruguai, o que se pode extrair do fato de ter buscado a intermediação do amigo, o qual sabia que era atirador esportivo e praticava caça naquele país, conforme referiu em interrogatório judicial.

Por fim, entendo que os réus tinham absoluta noção da ilicitude das condutas que praticaram, não tendo laborado em erro de proibição.

Em relação a *Flávio Volpato*, a alegação é absolutamente incompatível com o auto-proclamado grande conhecimento no assunto afirmado no decorrer de

todo o feito. Ora, sendo indivíduo que alega possui registro junto ao Ministério da Defesa e Comando do Exército como pessoa autorizada a praticar as atividades de recarga de munição, uso de arma de fogo desportivo atirador, e uso de arma de fogo desportivo caçador, bem como indivíduo que pratica caça há 20 anos, utilizando para tanto armas de fogo, era exigível, plenamente possível e altamente provável que tivesse conhecimento das regras atinentes ao assunto.

Além do mais, e isso se aplica também a *Neuri José Soccol*, conforme ponderou a Des. Federal Maria de Fátima Labarrère, ao apreciar a Apelação Criminal n. 2004.70.03.000812-4, "*nos dias de hoje, em que campanhas de desarmamento são diariamente veiculadas na imprensa, deveria o réu ter investigado e se informado acerca da licitude da conduta de importar munição, sendo perfeitamente possível, nas circunstâncias, ter ou atingir a consciência da ilicitude*".

Poderiam os réus não ter pleno alcance dos detalhes das leis de regência, mas é evidente que tinham ciência de que trazer armas de outro país sem qualquer registro não estava de acordo com o procedimento legal.

Em vista disso, formo convicção de que *Flávio Volpato* incidiu no art. 18 da Lei n. 10.826/2003, em continuidade delitiva, porque com 02 ações praticou dois crimes de mesma espécie, sendo este o número de fatos levado em conta para exasperação da pena.

Da mesma forma, formo convicção de que *Neuri José Soccol* incidiu no art. 18 da Lei n. 10.826/2003, sem continuidade delitiva.

B.6) *Condutas imputadas a Gilmar Baldisserotto:*

(...)

Com efeito, embora não haja prova de que todas as munições apreendidas na posse de *Gilmar* tenham sido internalizadas irregularmente no Brasil, há provas de que, no mínimo, 01 caixa de cartuchos, calibre .22, foi importada sem autorização da autoridade competente.

Aliás, essa caixa de cartuchos foi apreendida, dentre outras munições, em poder de *Gilmar*, conforme Auto de Apreensão do evento 01 - *Apreensão*³⁸, e sua origem estrangeira foi atestada nos Laudos dos eventos 185 e 434.

(...)

A apreensão das munições calibre 22 na posse de *Gilmar* dentro do território pátrio demonstram que tais tratativas foram concretizadas, infirmo a tese defensiva no sentido de que tais munições negociadas nos diálogos acima referidos teriam sido consumidas totalmente dentro do território uruguaio, em caçadas.

Aqui também, sendo o réu atirador registrado e afeto à atividade de caça desportiva, possuindo inclusive registro de armas de fogo nos órgãos competentes (evento 17), entendo que tinha plenas condições de alcançar a ilicitude da conduta praticada, o que afasta a alegação de erro de proibição.

Pelo exposto, formo convicção de que *Gilmar Baldisserotto* incidiu no art. incidiu no art. 18 da Lei n. 10.826/2003, sem continuidade delitiva.

(...)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O objeto da presente impetração cinge-se à verificação da incidência da *abolitio criminis* quanto ao delito previsto no artigo 18 da Lei n. 10.826/2003.

Cumpre, de plano, registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

Habeas corpus. Julgamento por Tribunal Superior. Impugnação. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. *Processo-crime. Diligências. Inadequação.* Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC n. 109.956, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 7.8.2012, processo eletrônico DJe-178 divulg 10.9.2012 public 11.9.2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp, da revisão criminal ou a impetração do *habeas corpus*. Mostra-se imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração. Passa-se, então, à verificação de sua eventual ocorrência.

Mister se faz transcrever a exordial acusatória, que narra a conduta praticada em 10.2.2009. Ei-la (fls. 55-66):

(...)

Entre abril e dezembro de 2009, na fronteira do Brasil com o Uruguai, o denunciado *Wilson* (...), por inúmeras e reiteradas vezes, inclusive nos fatos a serem abordados nos tópicos a seguir, importou exportou, favorecendo a entrada

em território nacional de armas de fogo, acessórios e munições, sem autorização da autoridade competente, ao disponibilizar os meios e condições necessárias para a introdução de tais materiais. Os artefatos eram destinados a inúmeras cidades, inclusive Alegrete-RS.

A operação “Grande Oriente” da Polícia Federal, através do IPL n. 173/2008 e de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente no Processo n. 2009.71.03.000770-3, logrou desvelar, além de outros delitos, um grande número de atos de importação e exportar irregular de armas, acessórios e munições, que eram vendidos por *Wilson Goicoa*, que então residia no Uruguai, a compradores do Brasil.

Wilson estava estabelecido na cidade de Artigas/ROU, de onde efetuava todas as suas tratativas, lá obtendo o material bélico de origem estrangeira e vendendo a consumidores da fronteira oeste e outras regiões do Estado.

Apesar de radicado no Uruguai, o denunciado montou no Brasil uma estrutura que lhe permitia internalizar e sobretudo negociar os artefatos bélicos estrangeiros.

Além dos vários e fiéis clientes - dentre eles, alguns dos demais denunciados -, dispunha *Wilson* de contas bancárias, emprestadas por brasileiros, e de um aparelho de telefonia celular com linha nacional para receber pagamentos e realizar novas transações ilícitas. Diálogos comprovam que o denunciado era capaz de enviar as armas do Uruguai até o Brasil, estando pessoalmente praticando a importação ilícita no Brasil.

Mais ainda, de diálogos mantidos no início das interceptações entre *Wilson Goicoa* e *João Alberto Frizzo*, nos quais *Wilson* ativamente ajuda *João Alberto*, seu comprador, na liberação de veículo apreendido no Uruguai pelo transporte irregular de armas e munições, se extrai quão estreitos eram os vínculos entre o vendedor internacional de artefatos bélicos e seus compradores brasileiros.

Tais elementos demonstram que o denunciado não apenas vendia armamento a brasileiros de forma eventual e com vínculo comercial efêmero, mas, sim, tinha efetiva ciência de que no país seriam internalizados os materiais, agindo ostensivamente para facilitar a compra por pessoas radicadas no Brasil, facilitando-lhes a negociação e o modo de pagamento e até mesmo criando relação estreita com sua clientela.

A existência de negociações por *Goicoa* através do celular brasileiro e mediante depósitos na conta-corrente nacional, à sua vez, está comprovada de forma exaustiva nos autos, especialmente nas escutas telefônicas. Como simples exemplo, transcreve-se os seguintes telefonemas, ocorridos em datas distintas:

(...)

Notável quão explícito é o teor das ligações, jamais tendo *Wilson Goicoa* nem ao menos se utilizado de linguagem cifrada para tratar de seus negócios com brasileiros.

E mais sólida ainda fica a comprovação da prática delitiva por parte de *Wilson* pelo fato de que a partir dos monitoramentos efetuados no Procedimento n. 2009.71.03.000770-3 foi viabilizada a prisão em flagrante das pessoas de Lucas do Prado Nunes e de Fábio Moro Albano, ocorrida em 27 de setembro de 2009, quando estes retornavam de Artigas/ROU com um rifle marca *Small Game Hunter II*, calibre.22. A prisão deu origem ao Processo n. 2009.71.03.001819-1, sendo evidente o envolvimento do denunciado.

Além disso, mais comprovações materiais do ilícito praticado por *Wilson Goicoa* advêm dos fatos delituosos narrados a seguir em relação aos demais denunciados, sendo *Goicoa* em sua maioria, co-autor, nos moldes ora referidos.

Desta forma, ao favorecer a entrada no Brasil e ao realizar desta forma a importação irregular de armas ao solo brasileiro, uma vez que inequívoca sua ciência quanto à destinação dos artefatos que comercializava, *Wilson Omar Goicoa Triebel* praticou, por diversas vezes, a conduta típica prevista no art. 18 da Lei n. 10.826/2003, em continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).

(...)

IV- Dos fatos relativos a *Flávio Volpato*, *Neuri José Socol* e *Gilmar Baldisserotto*

Em data não perfeitamente esclarecida, mas no ano de 2009, *Flávio Volpato* importou arma de fogo, consistente em uma *espingarda*, marca *Hatsan*, calibre 12, modelo *Scort Magnum*, n. 129411, sem autorização da autoridade competente.

Também no ano de 2009, em data incerta, *Flávio Volpato* e *Neuri José Socol* importaram arma de fogo, consistente em uma *espingarda*, marca *Hatsan*, calibre 12, modelo *Scort Magnum*, n. 196463, sem autorização da autoridade competente.

Em data igualmente não precisada, mas certamente entre maio e setembro de 2009, *Gilmar Baldisserotto* importou munições de procedência uruguaia, sem autorização da autoridade competente.

Deveras, *Flávio Volpato*, vulgo "*Bigode*", foi outra pessoa a manter inúmeras conversações com *Wilson Goicoa*, no fito de adquirir armamentos e munições uruguaias, inclusive intermediando compras por terceiros residentes no Brasil.

Sem se desprezar o relevo das demais conversas, interessam os diálogos do dia 21.9.2009, em que *Flávio* negocia uma *espingarda Scort Magnum* destinada a um terceiro, discutindo a inscrição do modelo na arma. Nos telefonemas, *Goicoa* fornece o número da conta bancária de que se utilizava no Brasil e o denunciado *Flávio* chega a referir que já havia adquirido *espingarda* idêntica anteriormente:

(...)

Em consultas ao seu sistema interno, a Polícia Federal descobriu que a *espingarda Hatsan* de número 196463, acima negociada, encontra-se registrada no Brasil em nome de *Neuri José Socol*, o que já demonstra o sucesso da

transação de importação ilegal, com a entrada da arma em território nacional, e a identificação da pessoa que encomendou o artefato.

Outros são os fatos a demonstrar que *Flávio* também atuava na intermediação de alguns negócios de *Goicoa* com brasileiros. Há diálogos em que o denunciado, por exemplo, fez menção a guias de depósitos que teria efetuado para terceiros na conta do fornecedor uruguaio. Dentre tais pessoas, destaca-se *Gilmar Baldisserotto*, que pessoalmente contactou *Goicoa* em 15.5.2009 para a compra de munições, fazendo depósito na conta brasileira mantida para o comércio ilícito:

(...)

Expedidos os competentes Mandados de Busca e Apreensão em face dos denunciados, logrou-se apreender na data de 10.2.2009, na cidade de Bento Gonçalves, em poder de *Flávio Volpato*, pequena quantidade de munição e uma espingarda calibre 12, marca *Hatsan*, n. 0129411, modelo *Escort Magnum* - justamente aquele que referiu *Flávio* já ter adquirido anteriormente de *Goicoa*.

Mais ainda, conforme já referido, a outra espingarda *Hatsan*, número 196463, negociada por *Flávio* para um terceiro em 21.9.2009 (ligação acima transcrita), foi registrada junto à Polícia Federal em nome de *Neuri José Soccol*, comprovando materialmente a entrada da arma uruguaia em solo nacional.

Quanto a *Gilmar Baldisserotto*, foi apreendido com munições estrangeiras de calibres e modelos diversos, o que vai ao encontro dos contatos mantidos pelo indiciado com *Wilson Goicoa*.

Desta forma, os elementos encetados nos autos virtualmente anexos e nesta denúncia, demonstram que *Flávio Volpato*, *Neuri José Soccol*, ao importarem armas do Uruguai, e *Gilmar Baldisserotto*, ao importar munições do mesmo país, praticaram a conduta típica do art. 18 da Lei n. 10.826/2003. Ao primeiro, também aplicável a continuidade delitiva (art. 71, CP).

(...)

Como é cediço, somente se reconhece a ausência de justa causa para a ação penal, determinando o seu trancamento, quando há flagrante constrangimento ilegal, demonstrado por prova inequívoca e pré-constituída de não ser o denunciado o autor do delito, não existir crime, encontrar-se a punibilidade extinta por algum motivo ou pela ausência de suporte probatório mínimo a justificar a propositura de ação penal.

Necessário se faz trazer a lume os tipos penais referentes ao porte e à posse de arma de fogo, de uso permitido e de uso restrito, bem como os dispositivos que tratam da pretendida *abolitio criminis* temporária, para melhor situar o problema e definir a solução para o caso concreto.

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Vide ADI n 3.112-1)

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

(...)

IV - portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

Existem, portanto, três condutas típicas: a) posse irregular de arma de fogo de uso permitido; b) porte ilegal de arma de fogo de uso permitido; e c) posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

A própria Lei n. 10.826/2003, visando desarmar a população e estabelecer maior controle sobre as armas existentes no País, previu, nos seus arts. 30 e 32, a possibilidade de as pessoas registrarem as suas armas ou entregá-las, dispondo esses dispositivos, em suas redações originais, o seguinte:

Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos.

Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei.

Foi estipulada, então, uma *abolitio criminis* temporária, dado que prorrogada, por 180 (cento e oitenta) dias, a incidência da norma penal incriminadora, no tocante à posse e à propriedade de arma de fogo, possibilitando às pessoas o registro (art. 30) ou a simples entrega (art. 32), neste caso, em troca de uma indenização.

A Lei n. 10.884/2004 estabeleceu, no seu art. 1º, que “o termo inicial dos prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a fluir a partir da publicação do decreto que os regulamentar, não ultrapassando, para ter efeito, a data limite de 23 de junho de 2004.”

Posteriormente, veio a Lei n. 11.118, de 19.5.2005, prorrogando os prazos dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 para 23.6.2005, sendo editada, em seguida, a Lei n. 11.191, de 10.11.2005, estipulando nova prorrogação:

Art. 1º. O termo final do prazo previsto no art. 32 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, fica prorrogado até 23 de outubro de 2005.

Art. 2º. O termo final do prazo previsto no art. 30 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, fica prorrogado para os residentes em áreas rurais que comprovem depender do emprego de arma de fogo para prover sua subsistência familiar, de acordo com o disposto no § 5º do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, por 120 (cento e vinte) dias após a publicação desta Lei.

Terminadas as prorrogações, veio a lume a Lei n. 11.706, de 19.6.2008, dando nova redação ao dispositivos pertinentes, *verbis*:

Art. 30. Os possuidores de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação de origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de

proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 4º desta Lei.

[...]

Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.

Por fim, a Lei n. 11.922/2009 (MP n. 445, de 6.11.2008) dispôs em seu art. 20:

Art. 20. Ficam prorrogados para 31 de dezembro de 2009 os prazos de que tratam o § 3º do art. 5º e o art. 30, ambos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

Desse escorço legislativo, pode-se depreender que, até 23 de outubro de 2005, vinha sendo o prazo para os possuidores e proprietários de armas prorrogado, sem alterações no fundamento da escusa, podendo se afirmar que, até aquela data, havia *abolitio criminis*, tanto para as armas permitidas quanto para as de uso restrito, assim equiparadas as de numeração raspada, por força do inciso IV do parágrafo único do art. 16 da Lei n. 10.826/2003.

A partir de então, ante a edição da Lei n. 11.706, de 19.6.2008, houve uma mudança substancial, até então não verificada, materializada na previsão de que ficava prorrogado, mais uma vez, para 31 de dezembro de 2008, o prazo do art. 30 da Lei n. 10.826/2003, ou seja, o que prevê o registro de arma de uso permitido e, para o art. 32, que autoriza a entrega de arma com indenização que, como é óbvio, só pode ser do artefato que não pode ser registrado, o legislador previu uma hipótese de extinção da punibilidade, mediante a entrega voluntária.

O prazo do art. 30 depois foi prorrogado para 31 de dezembro de 2009, pela Lei n. 11.922/2009 (MP n. 445, de 6.11.2008).

Sobre a diferenciação entre as duas hipóteses (art. 30 e art. 32), decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Os artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 estabeleceram um prazo para que os possuidores e proprietários de armas de fogo as regularizassem ou as entregassem às autoridades competentes, descriminalizando, temporariamente, apenas as condutas típicas de “possuir ou ser proprietário” de arma de fogo (Precedentes: HC n. 98.180-SC, 1ª Turma, Relator o Ministro *Ricardo Lewandowski*, DJ de 29.8.10; HC n. 96.168-RJ, 2ª Turma, Relator o Ministro *Eros Grau*, DJ de

13.8.2009, entre outros). 2. A doutrina do tema leciona que “a Lei n. 10.826/2003 (...) concedeu prazo para que todos os possuidores e proprietários de armas não registradas procedessem aos respectivos registros, apresentando nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita. Antes do decurso do referido lapso temporal, não se pode falar na existência do crime de posse ilegal dessas armas, presumindo-se a boa-fé, ou seja, a ausência de dolo daqueles que as possuam. Assim, tanto o art. 12 (posse ilegal de arma de fogo de uso permitido) como parte do art. 16 (posse ilegal de armas de fogo de uso restrito) do Estatuto tiveram sua vigência condicionada ao encerramento do mencionado prazo. (...) Tal período começa em 23 de dezembro de 2003, data da entrada em vigor da maior parte da Lei n. 10.826/2003, incluindo o seu art. 36, que determinou a revogação expressa da antiga Lei de Arma de Fogo, e se encerra no dia 23 de junho de 2005 (...)” (Capez, Fernando. Estatuto do desarmamento: comentários à Lei n. 10.826, de 22.12.2003. 4ª ed. Atual - São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189-191).

(HC n. 99.448-RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 31.5.2011)

Conclui-se, então, sem vacilo, que a possibilidade de registro de arma de fogo, de uso permitido, com a consequente *abolitio criminis*, foi até 31 de dezembro de 2009.

Para a entrega de arma de fogo, de uso restrito e que não seja registrável, é dizer, que seja de uso restrito ou tenha o número de série raspado, o prazo para obter *abolitio criminis* foi até 23 de outubro de 2005. A partir dessa data, a previsão legal é de extinção da punibilidade e não mais de exclusão do crime.

Essa foi a intenção do legislador, conforme se pode deduzir do parecer do Relator do Projeto de Lei de Conversão da MP n. 417/2008 (PLV n. 12/2008), no Senado Federal:

[...]

Como ressalva, um comentário sobre a polêmica tese da descriminalização da posse de arma de fogo em razão do art. 32 da Lei n. 10.826, de 2003. Temia-se que a possibilidade de entrega, a qualquer tempo, da arma de fogo mediante indenização e presunção da boa fé fosse entendida como uma estratégia de descriminalização, na linha de algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Ciente dessa disputa jurídica, o PLV utiliza, no art. 32 da Lei n. 10.826, de 2003, a expressão “ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma”. Desse modo, não se poderá alegar que a posse ilegal de arma de fogo foi descriminalizada, pois o que se admitiu, tecnicamente, foi a “extinção da punibilidade” pela entrega voluntária.

Noutras palavras: se, ao cumprir um mandado de busca e apreensão domiciliar, a polícia encontrar uma arma de fogo não registrada no interior da residência, o crime subsiste. *A causa de extinção da punibilidade só incidirá se o interessado voluntariamente entregar a arma de fogo, buscando por iniciativa própria a polícia federal.*

[...]

(Diário do Senado Federal de 29.5.2008, p. 17.097)

Veja-se que a extinção da punibilidade, diferentemente da *abolitio criminis*, que, na lei tinha um cunho geral, depende, no caso, de um ato da parte interessada, qual seja, a entrega do armamento, de forma voluntária, porque visa a lei, justamente, como parte de uma política pública de maior espectro, desarmar a população.

Após essa digressão para esclarecimento das datas vigentes para a *abolitio*, observa-se que, na espécie, os ora pacientes foram flagrados, em 10.2.2009 (fl. 65), na posse de armas de fogo de uso permitido e munições, cuja entrada foi favorecida em território nacional, sem entregá-las à Polícia Federal voluntariamente para efeito de registro, não obstante a assertiva de que o possuíam, e de que eram registrados junto ao Ministério da Defesa como atiradores e caçadores.

De pronto, pontue-se que a conduta de tráfico internacional de arma denota, a meu sentir, um *plus* de reprovabilidade que afasta a *mens legis* relativamente à *abolitio criminis*, ensejando, inclusive, um maior gravame na sanção imposta, comparativamente às condutas delitivas outrora elencadas. Eis o dispositivo em apreço, *verbis*:

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Ademais, consoante mencionado pelo magistrado singular, pôs-se em xeque o registro mencionado pela defesa, sob dois fundamentos: a ausência de nota fiscal e a comprovação lícita da posse. Ora, o tipo penal é absolutamente incondizente com esses dois itens.

De fato, a inexistência de autorização da autoridade competente para a entrada ou saída de artefato belicoso do território nacional já infere que os dois

fundamentos basilares, no tocante ao disposto no artigo 30 da norma pertinente, não se afiguram presentes, bem como quanto ao artigo 31, que exige a aquisição regular. Mencione-se que o artigo 32 do Estatuto do Desarmamento restringe-se aos casos de posse.

Portanto, na espécie, a conduta descrita na incoativa é típica e não pode se socorrer da *abolitio criminis* e nem da extinção da punibilidade.

Nesse sentido, *mutatis mutandi*, confirmam-se estes julgados:

Habeas corpus. Comércio ilegal de munições e acessórios para arma de fogo. Crime previsto no art. 17 da Lei n. 10.826/2003. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Conduta não acobertada pela *abolitio criminis* temporária. Tipicidade da conduta. Ordem denegada.

1. Tratando-se de crime de comércio ilegal de munições e acessórios para arma de fogo, não há falar em ocorrência da *abolitio criminis* temporária, prevista na Lei n. 11.706/2008, restrita ao delitos de posse irregular de arma de fogo e munição, no período referido nos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

2. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 167.653-MS, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Sexta Turma, julgado em 7.4.2011, DJe 16.5.2011)

Habeas corpus. Penal. Comércio ilegal de armas. Art. 17, parágrafo único, da Lei n. 10.826/2003. *Abolitio criminis* temporária. Art. 5º, § 3º, e art. 30 da mesma Lei. Não abrangência. Ordem denegada.

1. O delito de comércio ilegal de armas, tipificado no art. 17, caput e parágrafo único, da Lei n. 10.826/2003, nunca foi abrangido pela *abolitio criminis* temporária, prevista nos arts. 5º, § 3º, e 30 da mesma Lei ou nos diplomas legais que prorrogaram os prazos previstos nesses dispositivos.

2. Ordem denegada.

(HC n. 145.041-MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2.8.2011, DJe 22.8.2011)

Nesse panorama, é inviável divisar patente ilegalidade hábil a ensejar a extraordinária cognição do *habeas corpus*.

Ante o exposto, *não conheço* do *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 212.366-SC (2011/0156082-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Leonardo Maia de Oliveira e outro

Advogado: Leonardo de Oliveira e outro(s)

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: A M da M (preso)

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Estupro. Continuidade delitiva. 1. Condenação. Apelação criminal julgada. *Writ* substitutivo de recurso especial. Inviabilidade. Via inadequada. 2. Competência do juízo. Incoativa não declinou a norma de competência da outra vara criminal. Posterior verificação. Redistribuição do feito. 3. Primeva vara criminal que figurava como a competente. Nulidade. Não ocorrência. Teoria do juízo aparente. Aplicabilidade. 4. Impugnação da defesa. Não ocorrência nas alegações finais. Posterior menção nas razões de apelo. 5. Alegação de nulidade. Perícia requerida pela defesa. Pleito indeferido pelo magistrado. Prescindibilidade de sua feitura. Materialidade comprovada e autoria confirmada pelos demais elementos dos autos. 6. Avaliação psicológica. Menor exposição dos infantes. Formulação de quesitos pela defesa. Indicação de assistente técnico. Possibilidade. 7. Participação defensiva. Inexistência. Determinação de refeitura do ato. Despicienda. Édito condenatório. Amparo em outras provas constantes dos autos. 8. Inversão da ordem. Apresentação das alegações finais ministerial e defensiva. Posterior manifestação do assistente de acusação. Pleito de condenação. Argumentos obtidos da denúncia e das alegações do *parquet*. Novéis documentos ou menções. Não existência. Contribuição específica para a formação de convencimento do julgador. Não ocorrência. 9. Prejuízo. Não demonstrado. Princípio do *pas de nullité sans grief*. Flagrante ilegalidade. Inexistência. 10. *Habeas corpus* não conhecido.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi

impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A exordial acusatória não mencionou a legislação pertinente ao rol dos assuntos de competência da outra vara criminal da comarca, conforme disposto na resolução do Tribunal estadual, somente se verificando a dada competência no curso da instrução criminal, o que ensejou o subsequente encaminhamento do processo para o devido juízo, que aceitou a incumbência e somente continuou o processamento do feito a partir do ponto em que se encontrava.

3. Na espécie, inexistente flagrante ilegalidade, pois, não obstante a declinação da competência em já adiantada fase processual, é de ver que, ao tempo do oferecimento da incoativa, a vara primeva figurava como o juízo aparentemente competente, em especial diante da ausência de qualquer menção diversa, inexistindo falar em automática invalidação de tudo o que fora produzido nos autos, devendo ser, excepcionalmente, aplicada na hipótese a teoria do juízo aparente. Precedentes.

4. Ademais, a *quaestio* não foi arrostada pela defesa após a alteração do feito, no bojo das alegações finais, somente o fazendo em sede das razões do apelo defensivo.

5. A não determinação da realização de perícia tal como requestado pela defesa não acarreta a nulidade, eis que não é o magistrado obrigado, se não provocado por fundamentos necessários, a realizar todo e qualquer tipo de prova para a averiguação da materialidade do delito e da autoria delitiva, em especial se os demais elementos carreados aos autos conduzem para a condenação do inculpado.

6. Em prol do interesse dos menores e do objetivo de colher dados sob o menor dano possível às crianças, sujeitando-as em um só momento a obtenção de declarações, não as expondo ou as submetendo a maior padecimento, possível era o magistrado permitir que a acusação e a defesa formulassem quesitos, de modo a participar da produção da avaliação psicológica das vítimas.

7. Contudo, inexistente a participação defensiva, apura-se que é despendida a refeitura da avaliação para a defesa indicar perguntas ou mesmo assistente técnico, posto o amparo do julgador singular, ao prolatar o édito condenatório, em outras provas constantes dos autos,

em especial os depoimentos das vítimas e testemunhas, bem como os laudos de exame de corpo de delito, servindo o dado documento, ao fim e ao cabo, apenas para corroborar o já comprovado.

8. A alusão defensiva de inversão da ordem na apresentação das alegações finais não encontra fôlego, eis que, posteriormente a juntada das peças ministerial e defensiva, tendo o assistente de acusação pugnado pela condenação do réu em subseqüente manifestação processual, sobressai que se limitou a enaltecer o já ventilado na denúncia e nas alegações do *Parquet*, não acrescentando nenhum documento ou mesmo argumento, ou seja, não inovou o arcabouço processual e não contribuiu para a formação do convencimento do julgador.

9. Não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

10. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 3 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 24.4.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de A. M. da M., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 2010.019888-7).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 31 (trinta e um) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao disposto no artigo 217-A, c.c. o artigo 226, inciso II, e artigo 71, todos do Código Penal (Processo n. 005.09.005558-0, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Balneário Camboriú-SC).

Não se resignando, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, mas não obteve êxito. Eis a ementa do aresto (fls. 484-486):

Apelação criminal. Recurso da defesa. Crimes contra a liberdade sexual. Conjunção carnal e prática de outros atos libidinosos com menor de 14 (catorze) anos. Estupro de vulnerável (artigo 217-A c.c. o artigo 226, inciso II, e c.c. o artigo 71, todos do Código Penal). Preliminares.

(1) Nulidade do processo por violação ao princípio constitucional do juiz natural, em razão da Resolução n. 19/06 deste egrégio Tribunal de Justiça, a qual fixou expressamente a competência privativa da Segunda Vara Criminal da Comarca de Balneário Camboriú para processar e julgar os crimes decorrentes da Lei n. 11.340/2006, sendo que os atos praticados pelo juízo da Primeira Vara Criminal da referida Comarca são insanáveis. Competência em razão da matéria. Natureza absoluta. Impossibilidade de prorrogação da competência. Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca que atuou somente em atos instrutórios. Ratificação pelo juízo especializado. Inexistência de nulidades a serem declaradas.

(2) Nulidade do processo por cerceamento de defesa pelo indeferimento da produção de prova pericial, consistente na avaliação psicológica das vítimas por perito nomeado pelo juízo e por ausência de indicação de assistente técnico para acompanhar as avaliações psicológicas. Dispensabilidade das avaliações psicológicas para a configuração dos crimes descritos na exordial acusatória, porquanto o conjunto probatório traz elementos suficientes para comprovar a materialidade e a autoria delitiva, especialmente, pelas declarações das vítimas. Inteligência do artigo 184 do Código de Processo Penal. Documentos apresentados pelo programa sentinela, referentes aos atendimentos psicológicos efetuados nas vítimas, perfeitamente válidos e que podem ser utilizados para formar o juízo de convicção do magistrado. Ausência de violação às normas técnicas da psicologia e de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

(3) Nulidade do processo em razão da inversão da ordem na apresentação das alegações finais. Oferecimento das alegações derradeiras pelo assistente de acusação após a manifestação da defesa. Argumentos que haviam sido amplamente avaliados pelo Ministério Público. Ausência de prejuízo à defesa. Exegese do princípio do pas de nullité sans grief. Preliminares afastadas. Mérito. Materialidade e autoria comprovadas pelas declarações das vítimas, uníssonas e coerentes, bem como pelos depoimentos das testemunhas e pelos documentos acostados ao feito. Acontecimentos periféricos para alegar contradições nas palavras das vítimas,

quais sejam, divergência em relação a quantidade de vezes em que o acusado teria abusado sexualmente delas e o período em que aconteciam. Alegações que não maculam as declarações das vítimas, que foram prestadas de forma natural, próprias de relatos sinceros, não adrede preparados. Conjunto probatório formado em desfavor do apelante que deve prevalecer em relação aos argumentos defensivos, os quais se encontram isolados nos autos. Impossibilidade de absolvição. Dosimetria da pena. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Possibilidade no caso concreto. Reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis devidamente fundamentado. Causa especial de aumento de pena prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal. Incidência porquanto o acusado é padrasto das vítimas. Impossibilidade de redução da fração aplicada. Exegese da Lei n. 11.106/2005. Fração de 1/2 (metade) expressamente prevista. Continuidade delitiva específica devidamente aplicada (artigo 71, parágrafo único, do Código Penal). Crimes dolosos, praticados com grave ameaça e contra vítimas diferentes. Majoração da reprimenda no triplo. Ausência de bis in idem no aumento da pena pela incidência da causa especial de aumento de pena do artigo 226, inciso II, do Código Penal e pela continuidade delitiva específica, prevista no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal. Majorações decorrentes de situações específicas, uma vez que a primeira está relacionada ao fato de o acusado ser padrasto da vítima e a segunda relacionada a pluralidade de delitos praticados com grave ameaça e contra vítimas diversas. Impossibilidade de reconhecimento de tentativa de estupro. Crimes praticados pelo acusado que passaram a figurar em um único tipo penal com a vigência da Lei n. 12.015/2009. Delitos consumados.

Recurso conhecido e desprovido.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados, outrossim, mesma sorte obteve o posterior aclaratórios dos embargos da defesa. Interposto agravo regimental, restou não conhecido.

Neste *writ*, asserem os impetrantes que os autos da ação penal foram de pronto distribuídos ao juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Balneário Camboriú-SC, que prolatou o decreto de prisão preventiva e conduziu boa parte da instrução criminal.

Contudo, enaltecem que, em decorrência do reconhecimento da incidência da Lei n. 11.340/2006 na espécie, foi determinada a remessa do feito para a 2ª Vara Criminal da Comarca de Balneário Camboriú-SC, nos termos da Resolução n. 19/06 do Tribunal Catarinense, cuja aplicabilidade já se fazia presente desde a distribuição do processo.

Sustentam que, ao prolatar a decisão de encaminhamento, o magistrado primevo deveria ter declarado a nulidade de todos os atos processuais até então praticados, visto o desenrolar da instrução criminal diante de um juízo

manifestamente incompetente *ratione materiae*, o que ensejou a nulidade absoluta não só dos atos decisórios mas de todos os demais praticados pelo dito juízo, desde o recebimento da incoativa ou, ao menos, desde o decreto construtivo.

Invocam os princípios do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana e o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Alegam, ainda, cerceamento de defesa, eis que o julgador singular indeferiu o pedido de produção de prova pericial, consistente em avaliação psicológica das vítimas por perito nomeado pelo juízo, indicando a defesa o técnico assistente.

Salientam que a submissão ao exame pertinente careceu da indicação do assistente defensivo.

Destacam que, impetrado *mandamus* (HC n. 2009.060747-8) contra a letargia processual, o Tribunal de origem denegou a ordem, ao argumento de que a instrução já se encontrava praticamente encerrada, apenas no aguardo de prova pericial que se mostrava necessária e pedida pela própria defesa.

Sublinham que, após as alegações finais ministeriais e defensivas, o juiz determinou a manifestação do assistente de acusação, em franca inversão de ordem.

Consignam que as avaliações psicológicas, não obstante a menção do magistrado de que não se revestiam de caráter técnico, foram por ele empregadas para a condenação do paciente, sem a indispensável submissão ao crivo do contraditório.

Esclarecem que o mero atestado psicológico não pode ser entendido como uma avaliação psicológica, conforme o previsto junto ao Conselho Regional de Psicologia, apenas se reportando, ademais, aos depoimentos já prestados pelas vítimas nas fases policial e judicial, inexistindo conteúdo técnico ou psicológico.

Aduzem que os documentos apresentados em juízo não possuem conteúdo técnico e psicológico, não se prestando a fundamentar a condenação do increpado, o que torna nula a sentença prolatada.

Defendem, ainda, que o feito é nulo em decorrência da inversão da ordem de apresentação das alegações finais.

Mencionam que, não obstante a assertiva do Colegiado Catarinense que o magistrado singular não utilizou a manifestação do assistente de acusação para fundamentar o édito condenatório e que a defesa não comprovou o prejuízo

sofrido pelo réu, a imposição da pena ao acusado é prova inequívoca do dissabor suportado, sendo despcienda a manifestação expressa do julgador sentenciante ao relatório do assistente acusador.

Pontuam que, após as alegações ministeriais e defensivas, foi apresentada a manifestação do assistente de acusação, o que ocorreu por memoriais, cujo conteúdo não foi conhecido pela defesa, pois a sentença condenatória foi o ato subsequente.

Requerem, liminarmente, a suspensão do curso da ação penal até o julgamento do mérito deste *writ*, com a possibilidade de o paciente aguardar em liberdade o seu deslinde.

No mérito, pugnam pelo reconhecimento da nulidade do feito, com a anulação do processo desde, de forma alternativa, a) o seu início; b) o recebimento da incoativa; c) o decreto constitutivo; d) o indeferimento da produção de prova pericial psicológica; e) a sentença; ou, ainda, f) a determinação da apresentação das alegações finais; em qualquer dos motivos, com a consequente expedição do alvará de soltura em favor do paciente.

Impetrado o presente *mandamus* no período de férias forenses, o então Vice-Presidente desta Corte, Ministro Felix Fischer, no exercício da Presidência, indeferiu o pedido liminar (fls. 586-587) e solicitou informações à autoridade apontada como coatora, prestadas às fls. 590-697.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Francisco Maurício Vieira Bracks (fls. 709-714), pela denegação da ordem.

Foi proferido despacho à fl. 719 solicitando informações complementares ao Colegiado estadual, trazidas às fls. 727-834, e ao Juízo de primeiro grau, acostadas às fls. 723-725, 837-839 e 842-846. Noticiou-se que ocorreu o trânsito em julgado do feito na data de 19.7.2012, encontrando-se o paciente em cumprimento de pena no regime semiaberto, desde 4.7.2013 (Execução Penal n. 005.10.000364-2).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão trazida a deslinde abarca a tese acerca de nulidade no feito pela incompetência

do juízo, pela ausência da produção de prova pericial, pelo indevido emprego do documento psicológico na sentença condenatória e pela inversão da ordem na fase da apresentação das alegações finais.

Cumpra registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

Habeas corpus. Julgamento por tribunal superior. Impugnação. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. *Processo-crime. Diligências. Inadequação.* Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC n. 109.956, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 7.8.2012, processo eletrônico DJe-178 divulg 10.9.2012 public 11.9.2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. Mostra-se imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração. Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente violação da lei.

Para melhor análise da matéria *sub judice*, pertinente se faz reproduzir excertos da sentença prolatada em 1º.2.2009. Ei-los (fls. 612-623):

“(…)

Na audiência de instrução e julgamento (fls. 166-167), foram inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e defesa (fls. 155-167), com exceção de duas arroladas pela defesa, estas que foram inquiridas através de carta precatória (fls. 200 e 214). Na continuidade, o réu foi interrogado (fls. 152-154). Em diligências, o Ministério Público pugnou fosse requisitado à autoridade policial o exame de corpo delito realizado pela vítima S.; fosse certificado o cumprimento das cartas precatórias expedidas; vista em gabinete para apreciação da competência; fossem atualizadas as certidões de antecedentes criminais do acusado, o que foi deferido, certificando-se desde já que fora designada data para realização dos atos deprecados, conforme informações obtidas através do SAJ. O assistente da acusação nada postulou. *A defesa, por sua vez, requereu em diligências, a intimação desta para que acompanhe a avaliação psicológica a ser realizada nas vítimas,*

mediante assistente técnico, o que restou indeferido, por não se tratar de perícia. Foi determinada a expedição de ofício ao programa Sentinela para agilizar o atendimento das vítimas, por se tratar de réu preso.

O Juiz da 1ª Vara Criminal declinou da competência para o julgamento do presente feito, tendo em vista tratar-se de delito previsto na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), esta de competência deste Juízo (fl. 181).

Juntada de ofício encaminhado pelo Programa Sentinela de Balneário Camboriú (fl. 182).

Juntada de petição do assistente de acusação requerendo o benefício da assistência judiciária gratuita (fl. 186).

O Ministério Público reiterou o pedido de diligências, postulando pelas avaliações psicológicas das vítimas, bem como pelo exame de corpo delito da vítima S. (fl. 217), o que foi deferido (fl. 218).

Juntada de ofício encaminhado pelo Programa Sentinela (fls. 223-224).

A defesa reiterou o pedido de diligências, requerendo a realização da avaliação psicológica dos menores envolvidos nos autos (fls. 226-227), o que foi deferido (fl. 228).

Juntada de ofício encaminhado pelo Programa Sentinela de Balneário Camboriú (fls. 235-236) e de Camboriú (fls. 241-242).

Informações do *Habeas Corpus* prestadas às fls. 237-238.

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela procedência da denúncia, condenando-se o acusado pela prática dos delitos narrados na denúncia, por entender que tanto a autoria quanto a materialidade de tais crimes restaram devidamente comprovadas, aplicando-se o previsto no art. 217-A (alteração legislativa), por quatro vezes, c.c. art. 69 e art. 71, bem como o aumento previsto no art. 226, II, todos do Código Penal (fls. 243-254).

O advogado do acusado, por sua vez, alegou em preliminar o cerceamento de defesa, por não ter sido oportunizado que a defesa participasse da produção da prova, no tocante ao acompanhamento psicológico. No mérito, sustentou a falta de exame de corpo delito para a comprovação da materialidade delitiva, requerendo a absolvição do acusado, face a ausência de provas e, alternativamente, o reconhecimento do crime continuado. Postulou, ainda, fosse considerada a inovação legislativa (Lei n. 12.015/2009), bem como a tipicidade dos fatos noticiados na exordial acusatória como sendo do art. 217-A do Código Penal, com as penas correspondentes aos artigos modificados (arts. 213 e 214 - de 06 a 10 anos), haja vista tratar-se de pena prevista em lei nova mais gravosa que não pode ser aplicada quando prejudicar o réu (fls. 139-146).

Juntada de cópia do acórdão que denegou o *Habeas Corpus* (fls. 276-282).

O assistente da acusação, por fim, requereu a condenação do acusado, nos termos descritos na inicial acusatória (fls. 285-289).

Certificados os antecedentes criminais do acusado, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

(...)

Da preliminar

O defensor do acusado alega o cerceamento de defesa, ao não ser oportunizado que esta participasse da produção da prova, por negar o pedido de indicação de assistente técnico com o fim de acompanhar a avaliação psicológica das crianças/vítimas (perícia psicológica).

Tal alegação não merece prosperar.

Embora estejam ainda em andamento os tratamentos psicológicos das vítimas - crianças e adolescente - (o que obviamente não se perfaz em um curto espaço de tempo, diante da gravidade dos fatos), verifica-se que esse acompanhamento psicológico vem sendo devidamente realizado pelo Programa Sentinela, juntamente com o Conselho Tutelar, órgãos estes especialmente criados para este fim, conforme ofícios encaminhados a este Juízo. Tais órgãos, além de expressa previsão legal para atuação em tais situações, contam com a total confiança do juízo da sociedade, nada tendo sido alegado a respeito da isenção dos mesmos, no elaboração de laudos e relatórios do caso.

Assim, não há que se falar em ausência de tratamento psicológico.

Ademais, como já decidido por este Juízo (fl. 166), não há que se falar em indicação pela defesa de assistente técnico para acompanhar a avaliação psicológica das vítimas, posto que não se trata de perícia.

Dessarte, não vislumbro nenhuma causa de cerceamento de defesa.

Do mérito

Compulsando os autos, constata-se que o acusado, na condição de padrasto, praticou crimes sexuais com seus quatro enteados, por longo período de tempo (quatro anos), mais especificamente estupro de vulneráveis, eis que as vítimas são todas menores de quatorze anos.

A materialidade do delito em análise é farta, notadamente ao analisar o boletim de ocorrência (fls. 04-05), o laudo pericial de conjunção carnal (fl. 09), o histórico situacional realizado pelo Conselho Tutelar (fls. 45-46), os ofícios encaminhados pelo Programa Sentinela (fls. 223-224, 235-236, 241-242), além de todos relatos colhidos das testemunhas inquiridas na instrução processual, que indicaram a ocorrência de crimes sexuais.

No tocante à autoria, embora o acusado, ao ser instado acerca dos fatos que lhe foram atribuídos na denúncia, tenha negado a conduta ilícita praticada, dúvidas não se perfazem, face os depoimentos amealhados aos autos, em especial a palavra das vítimas.

Colhe-se do interrogatório do réu (fls. 152-154):

(...)

Conquanto não exista nos autos a confissão do acusado acerca dos fatos típicos que lhe foram imputados, os depoimentos colhidos das quatro vítimas, da mãe, das conselheiras tutelar, bem como de uma vizinha, foram firmes e coerentes em apontar a conduta típica delineada na peça proemial.

Salienta-se que não se constata contradições nos relatos prestados pelas vítimas, tanto na fase policial, quanto em Juízo, as quais inclusive relataram os fatos às psicólogas, o que forma um conjunto probatório forte a prolação de uma sentença condenatória.

Com efeito, extrai-se dos depoimentos das vítimas, que narram com detalhes a empreitada criminosa perpetrada pelo réu:

(...)

Portanto, verifica-se pelos relatos supramencionados, que o acusado iniciou a prática delitiva aproximadamente no ano de 2004 contra a primeira vítima S., quando esta contava com aproximadamente 08 anos de idade. E partir desta data, passou igualmente a violentar sexualmente os demais enteados (três outras vítimas), quando estes completavam 08 anos de idade, aproximadamente, sendo que os fatos restaram descobertos no ano de 2009.

Acrescenta-se que as vítimas - crianças e adolescente - relataram o ocorrido de forma uniforme, sendo que o acusado adentrava no quarto das vítimas, geralmente durante a noite, tirava-lhes a roupa, passando a "mexer" com as mesmas, tocando-lhes o corpo, a vagina, e colocando o pênis na vagina das meninas e, inclusive, no ânus da menino, vindo a ejacular.

Embora a conjunção carnal (ruptura do hímen) tenha sido demonstrada em apenas um laudo pericial (fl. 09, vítima J.), devidamente demonstrados estão os atos libidinosos praticados contra as demais vítimas, diante do conjunto probatório dos autos.

Salienta-se que não vislumbro contradições nos depoimentos da vítima, como pretende demonstrar a defesa, sendo que o fato do menor R. ter dito que houve o coito anal e o laudo pericial demonstrar o contrário, deve-se levar em conta a idade da vítima, que não tem nenhuma experiência sexual, sendo que pelo simples fato do acusado encostar o pênis no ânus da criança, inclusive forçando-o, o que causou dor na vítima, é suficiente para que esta entendesse que o ato sexual foi realizado.

O mesmo se diz às demais vítimas, todas crianças (atualmente uma adolescente, com 13 anos de idade), sem nenhuma experiência sexual, o que fortalece a veracidade dos relatos prestados por estas, que narraram com detalhes a conduta ilícita do réu.

Acerca do tema, é farto o entendimento jurisprudencial:

(...)

Vale ressaltar que o acusado, além da condição de padrasto, impondo autoridade sobre as vítimas, causou-lhes temor ao ameaçá-las de morte, bem como a mãe das mesmas, e também as agrediu por algumas vezes, fatos estes que as fizeram calar por tanto tempo.

Corroborando-se com as declarações supracitadas, colhe-se também dos depoimentos das Conselheiras Tutelar:

(...)

Assim, as palavras das vítimas e demais testemunhas inquiridas foram coerentes e minuciosas, estando amparadas em outros elementos de convicção, como os relatórios psicológicos do tratamento das vítimas fornecido pelo Programa Sentinela, dos quais transcrevo:

'[...] No que tange a criança R., o mesmo está em atendimento psicológico desde 4.6.2009, mostra-se uma criança calma, tímida e que aceita as regras. Possui um bom relacionamento em todos os lugares que convive, sendo alegre, amável e realizando as tarefas que lhe são designadas.

No entanto, percebe-se que R. sente uma dor muito grande ao lembrar da situação de abuso que vivia e verbaliza medo de que o agressor seja solto e possa fazer algum mal para a família, já que foi vítima de constantes ameaças.

Diante disso, ressalta-se que R. continuará em atendimento psicológico para que tenha continuidade nos avanços obtidos e para que sejam trabalhados outros aspectos que também são importantes para a sua vida. [...]' (Ofício n. C198/09/STC/OS, fls. 223-224)

'[...] Em relação a R. reitera-se o descrito no Ofício n. 098/09/STC/PS, no qual restou confirmado o abuso sofrido e o medo que o agressor seja solto e faça algum mal a família.

Nos atendimentos de C., também restou confirmado o abuso sexual. No que tange a J., constatou-se que ocorreu alguma forma de violência, todavia, ainda não se pode confirmar que foi abuso sexual.[...]' (fls. 235-236)

'[...] Segundo relatos da adolescente, foi vítima de abuso sexual, bem como suas irmãs, C. e J.. 'Ele tirava minha roupa, mexia na minha vagina com a mão e com o pênis, sem preservativo, tocava meus peitos e me beijava. Doía e foram várias vezes. Me mandava ficar quieta e ameaçava nos matar' (SIC). Complementa que essas agressões aconteciam há mais ou menos 6 anos. A partir das agressões, as irmãs passaram a se comunicar e descobriram que as três eram vítimas do padrasto. Do irmão descobriram na delegacia e nele a agressão era anal. 'Quando a mãe fez o BO, R. contou a mãe que também havia acontecido com ele (SIC). Além da agressão sexual, houve ameaça psicológica.

[...] Adolescente de personalidade reservada, mas que em momento algum tenha deixado dúvidas em relação ao seu discurso, nos fazendo entender que

tenha sido vítima de abuso sexual e ameaças psicológicas por parte de seu padrasto A. F. da M.[...]’ (relatório da vítima S., fls. 241-242)

Vale ressaltar, que com relação à vítima J., o abuso sexual está devidamente demonstrado, além dos depoimentos colhidos e, em especial a palavra da própria vítima, através do laudo pericial que constatou que a criança não é mais virgem (fl. 09).

Portanto, restou satisfatoriamente configurado nos autos os crimes de estupro de vulnerável, porquanto o acusado praticou conjunção carnal e outros atos libidinosos contra vítimas menores de 14 anos de idade, conduta típica prevista no art. 217-A, do Código Penal. Logo, a tipicidade está igualmente demonstrada.

A defesa insiste na absolvição do acusado. Contudo, o delito por ele perpetrado é dos mais repugnantes, porquanto o fato das vítimas, quatro crianças, terem iniciado precocemente a vida sexual, não traduz sua compreensão da complexidade desse contexto, atentando-se inclusive ao critério biológico de desenvolvimento e maturidade do ser humano.

(...)”

O Colegiado Catarinense assim se manifestou, *in verbis* (fls. 490-503):

“(…)”

Das preliminares

1) Da nulidade do processo por violação ao princípio constitucional do juiz natural

A defesa pleiteia a declaração da nulidade absoluta do processo por violação ao princípio constitucional do juiz natural, em razão da Resolução n. 19/06 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a qual fixou expressamente a competência privativa da 2ª Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú para processar e julgar os crimes decorrentes da Lei n. 11.340/2006, sendo que os atos praticados pelo juízo da 1ª Vara Criminal da referida comarca são insanáveis.

Observa-se que, no caso, o acusado foi denunciado e condenado pela prática de crimes contra a liberdade sexual perpetrados contra seus quatro enteados, o que configura violência doméstica, a teor do artigo 5º, da Lei n. 11.340/2006, o qual dispõe:

‘Art. 5.º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.'

Com efeito, o artigo 7º da Lei Maria da Penha expõe que são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

'I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.'

Assim, a violência doméstica está configurada, por ter o acusado constrangido as vítimas a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal e manter com ele conjunção carnal não desejada, mediante intimidação.

Dessa forma, o representante do Ministério Público, em parecer acostado ao feito às fls. 179-180, pugnou pela remessa dos autos à 2ª Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú, porquanto os crimes apurados na ação penal têm incidência no contido na Lei n. 11.340/2006.

Neste sentido, o magistrado *a quo* acolheu a promoção ministerial, declinando da competência ao juízo de direito da 2ª Vara Criminal da referida comarca, por ter constatado que a denúncia descreve delito de competência privativa daquela vara, nos termos do artigo 2º, inciso II, da Resolução n. 19/2006-TJ (fl. 181).

Com efeito, o artigo 2º, inciso II, da Resolução n. 19/2006-TJ, alterou a competência das 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Balneário Camboriú, fixando:

‘Art. 2º Compete privativamente à 2ª Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú o processo e julgamento das ações: [...]

II - decorrentes da Lei n. 11.340/2006 (Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher); [...].’

Salienta-se que a competência, nestes casos, é definida em razão da matéria, ou seja, a competência tem natureza absoluta.

Sobre o assunto, Fernando Capez ensina:

‘Nos casos de competência *ratione materiae* e *personae* e competência funcional, cumpre observar que é o interesse público que dita a distribuição de competência. Assim, por exemplo, no caso da jurisdição comum e especial, dos juízes superiores e inferiores (competência originária e competência recursal) e segunda a natureza da infração penal, a competência é fixada muito mais por imposição de ordem pública, do que no interesse de uma das partes. Trata-se, aí, de competência absoluta, que não pode ser prorrogada, nem modificada pelas partes, sob pena de implicar em nulidade absoluta’ (Curso de processo penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 220).

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci elucida:

‘Chama-se absoluta a hipótese de fixação de competência que não admite prorrogação, isto é, deve o processo ser remetido ao juiz natural determinado por normas constitucionais ou processuais penais, sob pena de nulidade do feito. Encaixam-se nesse perfil a competência em razão da matéria (ex.: federal ou estadual; cível ou criminal; matéria criminal geral ou especializada, como o júri etc.) [...]’ (Manual de processo penal e execução penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 237-238).

Para arrematar, Denilson Feitoza esclarece acerca da competência *ratione materiae*:

‘A competência material ou competência *ratione materiae* é aquela em que a delimitação da competência se faz com base na natureza da infração penal (art. 69, III, do CPP). Por exemplo, a competência do tribunal do júri para os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, CR) leva em consideração a infração penal quanto ao bem jurídico protegido (vida) e ao aspecto subjetivo do tipo (dolo); a competência da vara de tóxicos, entorpecentes ou drogas é para crimes de drogas e entorpecentes [...]’ (Direito Processual Penal - Teorias, Crítica e Práxis. 6 ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 83).

Salienta-se que, em se tratando de competência *ratione materiae*, os atos decisórios deverão ser declarados nulos, porém, os atos instrutórios são perfeitamente válidos, conforme destaca Fernando Capez:

'[...] Julgada procedente a exceção, ficam nulos os atos decisórios, mas os atos instrutórios podem ser ratificados no juízo que receber o processo (CPP, arts. 108, § 1º, e 567) (Curso de processo penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, fl. 381).'

Neste sentido:

(...)

Portanto, verifica-se que o juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú recebeu a denúncia e decretou a prisão preventiva (fls. 52-53), deferiu o pleito para intervenção nos autos do assistente de acusação (fl. 67), indeferiu o pedido de liberdade provisória (fls. 109-110 e 125), realizou a audiência de instrução e julgamento (fls. 152-167) e prestou informações acerca de *habeas corpus* impetrado em favor do acusado (fls. 172-174).

Assim, a respeito da decisão que decretou a prisão preventiva, este e. Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que é possível a convalidação do referido ato decisório pelo juízo competente, impossibilitando a declaração da nulidade por incompetência.

E, desta forma, o magistrado da 2ª Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú, no decreto condenatório, convalidou a decisão que decretou a segregação cautelar do apelante, porquanto negou-lhe o direito de recorrer em liberdade, em razão da crueldade e gravidade dos crimes cometidos, bem como pelas ameaças sofridas pelas vítimas e, inclusive, porque respondeu ao processo custodiado (fl. 308).

Colhe-se da jurisprudência:

(...)

Ademais, com relação ao recebimento da denúncia, este não se trata de ato decisório e, por esse motivo, está convalidado.

Transcreve-se dos ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete:

'[...] Deve o juiz receber a denúncia ou a queixa que preencher os requisitos do art. 41 e não se encontrar em qualquer das situações previstas no art. 43. Segundo é pacífico na jurisprudência, não há necessidade de que o juiz fundamente a decisão, ao contrário do que ocorre no caso de não recebimento ou rejeição [...] Entretanto, tem-se colocado a discussão a respeito da necessidade de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia ou queixa após entrar em vigor a Constituição Federal de 1988. Determina esta que 'todas as decisões' devem ser 'fundamentadas', 'sob pena de nulidade' (art. 93, IX), o que incluiria tal decisão. [...] Entretanto, os tribunais não têm aceitado tal orientação, por entenderem que não se trata de ato decisório. Tem-se entendido, até, aliás, que a falta do despacho expresso de recebimento, com a determinação de ser citado o réu, é sanável. Quanto ao despacho que rejeita a denúncia ou queixa, embora deva ser fundamentado, inclusive com a citação do dispositivo concernente, tem-se decidido que não é uma sentença, mas mero despacho de expediente ou, no

máximo, de decisão interlocutória [...]’ (Código de Processo Penal Comentado. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 211).

Extrai-se do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a natureza jurídica do recebimento da denúncia:

(...)

Dessa forma, não há dúvidas de que os atos praticados pelo magistrado da 1ª Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú são instrutórios, razão pela qual não se vislumbra qualquer nulidade a ser declarada nos autos.

2) Da nulidade do processo por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da produção de prova pericial, consistente na avaliação psicológica das vítimas

A defesa pugna pela declaração da nulidade do processo por cerceamento de defesa, desde a apresentação das alegações preliminares, em razão do indeferimento da produção de prova pericial, consistente na avaliação psicológica das vítimas por perito nomeado pelo juízo, bem como pela ausência de indicação de assistente técnico para acompanhar as avaliações psicológicas realizadas nas vítimas; ou, alternativamente, a declaração da nulidade da sentença, por conter em sua fundamentação, prova produzida com violação às normas técnicas da Psicologia e além disto, não submetida ao crivo do contraditório.

Destaca-se que a *defesa, nas alegações preliminares, pleiteou a realização de prova pericial, consistente na avaliação psicológica das vítimas para que, apoiado em provas técnicas, fosse verificado se realmente ocorreram os crimes narrados na exordial acusatória* (fls. 79-84).

Em despacho, o magistrado *a quo*, assim se manifestou (fl. 86):

‘[...] Pelo que consta já foi determinado o encaminhamento dos menores para o Programa Sentinela, onde seriam ouvidos por psicólogos a respeito dos fatos descritos na denúncia, conforme ofício de fl. 63, o que a princípio, poderia suprir a prova pericial requerida pela defesa à fl. 83.

Assim, oficie-se ao Programa Sentinela para que, no prazo de 3 (três) dias, informe se os menores foram ouvidos por psicólogo e, em caso positivo, deverá ser enviado a este juízo relatório elaborado por aquele profissional [...]’

Assim, em resposta ao ofício do juízo de primeiro grau, a coordenadora do Programa Sentinela informou que as vítimas estavam sendo atendidas, porém, ainda não possuíam elementos para elaborar o relatório solicitado (fl. 128).

Após, na audiência de instrução e julgamento, a defesa pugnou pela sua intimação para que acompanhasse a avaliação psicológica a ser realizada nas vítimas, mediante assistente técnico (fl. 166).

Porém, a magistrada *a quo*, no termo de audiência acostado à fl. 166, determinou a expedição de ofício para o Programa Sentinela, reiterando-se o

ofício de fl. 92, para que tomasse as providências a fim de agilizar o atendimento das vítimas, haja vista que a avaliação também poderia servir como prova e seria imprescindível para o julgamento, bem como *indeferiu o pedido de intimação da defesa para indicar assistente técnico, com o objetivo de acompanhar a avaliação psicológica das vítimas, porque não se tratava de perícia.*

Além disso, ressaltou que, havendo necessidade de perícia técnica, o acusado seria intimado para as providências cabíveis, inclusive para indicação de assistente.

Dessa forma, em resposta ao ofício, a coordenadora do Programa Sentinela, novamente, informou que, embora as vítimas se encontravam na agenda de acompanhamento psicológico, não havia elementos suficientes para elaborar o relatório, porquanto houve resistência delas para iniciar os trabalhos, mas R. compareceu a três atendimentos, S. compareceu a um atendimento e J. não compareceu (fl. 182).

A coordenadora ressaltou que a mãe das vítimas compareceu a todas as sessões para as quais foi chamada e, em relação à vítima C., esta encontrava-se na lista de espera, porque haviam somente três psicólogas para atender no Programa Sentinela, sendo que, considerando que faz parte do exercício do psicólogo que um mesmo profissional não atenda terapeuticamente pessoas que tenham relações de afeto com pacientes que já estejam em atendimento, C. não estava recebendo atendimento psicoterápico, sendo assistida pelo Serviço Social (fl. 182).

Portanto, após parecer ministerial, o juízo determinou a expedição de ofício para o Programa Sentinela, para que encaminhasse as avaliações psicológicas realizadas nas vítimas, com urgência (fl. 218).

Em resposta, a coordenadora do Programa Sentinela informou que (fls. 223-224):

'[...] S. mudou-se para a Comarca de Camboriú, passou a residir com o pai, e foi encaminhada para receber atendimento no Programa Sentinela daquela cidade.

Em relação à J. e C., ainda não existem elementos consideráveis para formulação de avaliação.

No que tange a criança R., o mesmo está em atendimento psicológico desde 4.6.2009. Mostra-se uma criança calma, tímida e que aceita as regras. Possui um bom relacionamento em todos os lugares que convive, sendo alegre, amável e realizando as tarefas que lhes são designadas.

No entanto, percebe-se que R. sente uma dor muito grande ao lembrar da situação de abuso que vivia e verbaliza medo de que o agressor seja solto e possa fazer algum mal para a família, já que foi vítima de constantes ameaças.

Diante disso, ressalta-se que R. continuará em atendimento psicológico para que tenha continuidade nos avanços obtidos e para que sejam trabalhados outros aspectos que também são importantes para sua vida [...].'

A seguir, a defesa pugnou, novamente, pela realização de exame pericial psicológico, haja vista as contradições apresentadas pelas vítimas, uma vez que acredita haver nos autos o que os psicólogos chama de identificação de sintomas, onde as crianças sabendo de um sofrimento de uma pessoa que tem afeto passam a fantasiar e depois acreditar que elas estavam sendo vítimas (fls. 226-227).

No entanto, o juízo manifestou-se no sentido de oficiar ao Programa Sentinela da comarca de Balneário Camboriú para que informasse o período necessário para a realização das avaliações, bem como da entrega do relatório das avaliações psicológicas das vítimas, além do que, em relação à vítima S, determinou a expedição de ofício ao Programa Sentinela da comarca de Camboriú, solicitando o relatório definitivo de avaliação psicológica da vítima (fl. 228).

Assim, a coordenadora do Programa Sentinela trouxe aos autos as informações que possuíam até aquele momento, dentre as quais de que R. e C. confirmaram o abuso sexual e, em relação à J., constatou-se que ocorreu alguma forma de violência (fls. 235-236).

Por fim, às fls. 241-242, as psicólogas do Programa Sentinela, da comarca de Camboriú, apresentaram relatório psicossocial da vítima S., no qual confirmaram os abusos sexuais que esta sofreu.

Observa-se, pelo relatado, que todas as vítimas foram atendidas pelo Programa Sentinela, as quais confirmam os abusos sexuais perpetrados pelo apelante, sendo que as avaliações psicológicas ainda estão em andamento, em razão da gravidade dos fatos.

Salienta-se que as avaliações psicológicas são dispensáveis para a configuração dos crimes descritos na exordial acusatória, porquanto o conjunto probatório traz elementos suficientes para comprovar a materialidade e a autoria delitiva, especialmente, pelas declarações das vítimas.

Neste sentido, o magistrado *a quo*, ao analisar a questão, em sede de preliminar, no decreto condenatório, asseverou que:

‘Embora estejam ainda em andamento os tratamentos psicológicos das vítimas - crianças e adolescentes - (o que obviamente não se perfaz em um curto espaço de tempo, diante da gravidade dos fatos), verifica-se que esse acompanhamento psicológico vem sendo devidamente realizado pelo Programa Sentinela, juntamente com o Conselho Tutelar, órgãos estes especialmente criados para este fim, conforme ofícios encaminhados a este Juízo. Tais órgãos, além de expressa previsão legal para atuação em tais situações, contam com a total confiança do juízo da sociedade, nada tendo sido alegado a respeito da isenção dos mesmos, na elaboração de laudos e relatórios do caso.

Assim, não há que se falar em ausência de tratamento psicológico.

Ademais, como já decidido por este Juízo (fl. 166), não há que se falar em indicação pela defesa de assistente técnico para acompanhar a avaliação psicológica das vítimas, posto que não se trata de perícia.

Dessarte, não vislumbro nenhuma causa de cerceamento de defesa [...]’ (fl. 295).

No caso em apreço, a produção de prova pericial, consistente na avaliação psicológica das vítimas, por perito nomeado pelo juízo, bem como pela indicação de assistente técnico para acompanhá-las é dispensável, sendo totalmente desarrazoado que as vítimas venham novamente a sofrer com as lembranças dos atos praticados pelo acusado.

A propósito, o artigo 184 do Código de Processo Penal prevê que ‘salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade’.

(...)

Ademais, não há que falar em nulidade por terem sido produzidas as referidas provas com violação às normas técnicas da Psicologia e não submetidas ao crivo do contraditório.

Os documentos apresentados pelo Programa Sentinela, referentes aos atendimentos psicológicos das vítimas, são perfeitamente válidos e podem ser utilizados para formar o juízo de convicção do magistrado, inexistindo qualquer desrespeito às regras da Psicologia, além do que a defesa foi intimada e pode se manifestar acerca de todos os documentos acostados no feito, razão pela qual inexistente afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Ressalta-se que o Programa Sentinela é coordenado, monitorado e avaliado pelo Estado, sendo executado pelos municípios e ou por entidades que contam com equipes especializadas na área de violência sexual, como por exemplo, assistentes sociais, psicólogas e educadores, cujas diretrizes e normas estão previstas na Portaria n. 878, de 3 de dezembro de 2001, publicada no Diário Oficial na União em 19 de dezembro de 2001.

Os relatórios de atendimento das vítimas apresentados pelos psicólogos, que figuram no quadro de profissionais do Programa Sentinela, possuem validade e são descritos de acordo com as normas técnicas, como bem salientou o douto Procurador de Justiça, nos seguintes termos:

‘Inexiste, portanto, qualquer irregularidade na decisão em virtude do magistrado ter utilizado os relatórios psicológicos para sustentar o decreto condenatório, posto que foi possibilitado à defesa a manifestação sobre tais documentos, sendo, portanto, perfeitamente válidos, podendo ser utilizados como juízo de convicção, não havendo qualquer impedimento para seu aproveitamento como meio de prova.

Além disso, os aludidos relatórios, ao contrário do que suscita a defesa do reeducando, foram, sim, confirmados sob o crivo do contraditório, tendo em vista as palavras de todas as vítimas, das Conselheiras Tutelares e das demais testemunhas ouvidas em juízo, tudo a confirmar a veracidade de seu teor [...] (fl. 443).

É da jurisprudência:

(...)

Portanto, não merece acolhimento a preliminar.

3) Da nulidade do processo em virtude da inversão da ordem na apresentação das alegações finais

Ainda, em preliminar, a defesa requer a declaração da nulidade decorrente da inversão da ordem na apresentação das alegações finais.

Sustenta que somente após a apresentação das alegações finais do Ministério Público e da defesa, é que ocorreu o oferecimento das alegações finais por parte do assistente de acusação, não sendo oportunizada à defesa tomar conhecimento do conteúdo da peça elaborada pelo representante das vítimas, o que acarretou violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Depreende-se dos autos que, o representante do Ministério Público apresentou alegações finais, por memoriais, às fls. 243-254, bem como, em certidão de ato ordinatório, a defesa foi intimada (fl. 255) e ofereceu as alegações finais às fls. 257-270.

Ainda, o magistrado *a quo* determinou a intimação do assistente de acusação para apresentar as derradeiras alegações (fl. 273), o que se deu por memoriais acostados ao feito às fls. 285-289.

Ocorre que, a defesa se insurge justamente pelo fato de ter apresentado as alegações finais anteriormente ao assistente de acusação, o que teria acarretado violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

É cediço que a inversão da ordem na apresentação das alegações finais acarreta cerceamento de defesa e, conseqüentemente, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, no caso em apreço, o juízo *a quo* não utilizou a manifestação do assistente de acusação (fls. 285-289) para fundamentar o decreto condenatório, até porque os argumentos despendidos por ele fazem referência às provas de materialidade e autoria e que haviam sido devidamente avaliadas pelo representante do Ministério Público.

Ademais, o artigo 563 do Código de Processo Penal prevê que nenhum ato será declarado nulo se não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Ressalta-se que no processo penal vigora o princípio da *pas de nullité sans grief*, ou seja:

'[...] o primeiro princípio a reger os atos processuais é o da tipicidade das formas, que pode ser assim formulado: o Código prevê quais os atos que devem ser praticados e como devem ser praticados, devendo esse modelo ser respeitado (*sic*) [...]. Mas, negando o excesso de formalismo, com fundamento no princípio da instrumentalidade das normas, a lei estabeleceu o sistema de prevalência dos impedimentos de declaração ou de argüição de nulidades. Sua regra básica é enunciada no art. 563. É o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se declara nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Na verdade, não é correto dizer-se que sem prejuízo não há nulidade. A ausência de prejuízo apenas impede a declaração da nulidade existente [...].'(MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1.380).

Colhe-se da jurisprudência desta Corte:

(...)

Portanto, observa-se que não houve prejuízo à defesa do acusado por ter sido invertida a ordem na apresentação das alegações finais.

É da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

(...)

Assim, afasta-se a preliminar aventada pela defesa.

(...)

Ao que cuida, não há falar em nulidade no feito.

No que tange à alegação de incompetência, pontue-se que a exordial acusatória não mencionou a Lei n. 11.340/2006, apenas imputou ao acusado a conduta delitiva prevista no Estatuto Repressivo - *vide* fls. 702-705. Assim, a ação penal foi distribuída ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Balneário Camboriú-SC.

Apenas na data de 3.7.2009, acolhendo promoção ministerial, o magistrado atuante na citada vara declinou da competência para a 2ª Vara Criminal da mesma Comarca, nos termos do artigo 2º, inciso II, da Resolução n. 19/2006-TJ (fl. 216), o qual estabelece que compete privativamente à 2ª Vara Criminal o processamento e julgamento das ações de decorrentes da Lei n. 11.340/2006.

O novel julgador - atuante na 2ª Vara Criminal - aceitou a incumbência e somente continuou a instrução criminal a partir do ponto em que se encontrava o processo.

Creio que, não obstante a declinação da competência em já adiantada fase processual, é de ver que dela não decorre a automática invalidação de tudo o que fora produzido nos autos.

De fato, ao tempo do oferecimento da incoativa, a 1ª Vara Criminal da Comarca de Balneário Camboriú-SC figurava como o juízo aparentemente competente, em especial diante da ausência de qualquer menção sobre a Lei n. 11.340/2006. Somente em 2.7.2009, o *Parquet* requereu a remessa do feito para a 2ª Vara, ao constatar a incidência da supramencionada norma legal (fls. 214-215), o que se concretizou com a subsequente redistribuição (fl. 216).

Diante do caso em apreço, não há falar em nulidade sob o manto de pretensa usurpação da competência, visto que antes da constatação da pertinência da Lei Maria da Penha, o juízo da 1ª Vara era o regularmente competente, o que apenas se modificou no bojo da instrução. Excepcionalmente, a ser aplicada, na hipótese, a teoria do juízo aparente. Nesse sentido, veja-se este precedente:

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso especial. Reclamo não admitido na origem. Interposição de agravo de instrumento não conhecido por este Sodalício. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas **a**, **b** e **c**.

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra o qual foi interposto recurso especial, que não foi admitido, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Tráfico de drogas (artigo 33 da Lei 11.343/2006). Alegação de nulidade das interceptações telefônicas realizadas. Autorização por juiz incompetente. Escutas deferidas no curso de inquérito policial em trâmite em outra comarca. Conversas do paciente monitoradas durante a realização da medida. Posterior prisão em flagrante. Constrangimento ilegal inexistente.

1. Nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.296/1996, a competência para deferir a interceptação telefônica no curso do inquérito policial é do juiz competente para a ação principal.

2. *Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a competência para autorizar a interceptação telefônica no curso das investigações deve ser analisada com cautela, pois pode ser que, inicialmente, o magistrado seja aparentemente competente e apenas no curso das investigações se verifique a sua incompetência.*

3. No caso dos autos, mostra-se totalmente improcedente a arguição de incompetência do Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de São Bernardo do Campo-SP para autorizar a interceptação telefônica que culminou com a prisão em flagrante do paciente, pois a quebra de seu sigilo telefônico foi deferida nos autos de inquérito policial que tramitava perante aquele Juízo, sendo certo que somente após o monitoramento se descobriu que as atividades dos envolvidos no tráfico de entorpecentes ultrapassava os limites de São Bernardo do Campo, estendendo-se até a capital do Estado de São Paulo.

Interceptações telefônicas autorizadas sem inquérito policial instaurado. Desnecessidade. Indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva. Eiva não caracterizada.

1. A anterior instauração de inquérito policial não é imprescindível para que seja permitida a interceptação telefônica, bastando que existam indícios razoáveis da autoria ou participação do acusado em infração penal. Precedentes.

2. No caso em tela, da documentação que instrui a impetração, constata-se que apesar do monitoramento telefônico dos investigados haver sido permitido quando ainda não havia inquérito policial contra eles instaurado, durante as apurações o procedimento foi regularmente iniciado, tendo a autoridade policial, durante o seu transcurso, representado pela quebra do sigilo telefônico de vários acusados.

Interceptações telefônicas. Falta de transcrição integral das conversas monitoradas. Inexistência de autenticação das vozes constantes dos diálogos captados. Formalidades desnecessárias para a validade da prova obtida.

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

2. Na hipótese em apreço, de acordo com a autoridade apontada como coatora, “todas as peças, inclusive a transcrição resumida das gravações interceptadas, vieram para os autos, antes da sentença e das alegações finais” (e-STJ fl. 607), não havendo notícias de que a defesa do paciente tenha solicitado as mídias contendo a íntegra dos diálogos interceptados, ou que tal pleito tenha sido indeferido pelo magistrado singular, o que reforça a inexistência de mácula a contaminar o feito.

3. Não há na Lei n. 9.296/1996 qualquer exigência no sentido de que as gravações dos diálogos interceptados sejam periciadas a fim de que se reconheça quem são as pessoas envolvidas. Ao contrário, a mencionada legislação estabelece, no artigo 6º, que os procedimentos de interceptação serão conduzidos pela autoridade policial, que poderá, nos termos do artigo 7º, “requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público”. Precedentes.

2. Além de inexistir previsão legal para que seja realizada perícia de voz, há que se destacar que não há nos autos notícias de que a defesa tenha contestado ser o paciente um dos interlocutores dos diálogos monitorados, o que evidencia a inexistência de ilegalidade a ser reparada por este Sodalício.

Condenação baseada em prova emprestada colhida sem a participação do paciente. Inocorrência. Elemento probatório colhido por força de medida cautelar. Contraditório diferido. Édito repressivo motivado em outras provas produzidos nos autos. Conjunto probatório idôneo. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. No caso em apreço, apesar de a prisão em flagrante do paciente haver se originado de interceptações telefônicas autorizadas no curso de inquérito policial em curso em outra comarca, não há dúvidas de que as transcrições das gravações de suas conversas foram anexadas aos autos e, portanto, disponibilizadas às partes para que pudessem impugná-las e sobre elas exercer o contraditório.

2. O exercício do contraditório sobre as provas obtidas em razão de interceptação telefônica judicialmente autorizada é diferido para a ação penal porventura deflagrada, já que a sua natureza cautelar não é compatível com o prévio conhecimento do agente que é alvo da medida.

3. Ainda que assim não fosse, tais provas não foram as únicas utilizadas pelo magistrado singular para fundamentar o édito repressivo, uma vez que, como bem destacado pela magistrada sentenciante, “a interceptação telefônica não se constiui prova única, mas foi corroborada pelas demais, em especial, pela apreensão da droga e pela prova oral”.

3. Desse modo, garantindo-se às partes o acesso à interceptação telefônica obtida por empréstimo de inquérito policial em curso na comarca de São

Bernardo, e não tendo o togado sentenciante e a Corte Estadual se fundado apenas em tais elementos de convicção para motivar a condenação proferida contra a paciente, não há que se falar em utilização de prova não sujeita ao crivo do contraditório.

Ausência motivação concreta e idônea para a autorização das interceptações telefônicas. Decisões judiciais fundamentadas.

Nulidade inexistente.

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

2. O artigo 5º da Lei n. 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, preceitua que “a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

3. Dos três pronunciamentos judiciais anexados aos autos, verifica-se que os magistrados que permitiram as escutas telefônicas motivaram, adequada e suficientemente, a indispensabilidade da medida, restando integralmente atendidos os comandos do artigo 5º da Lei n. 9.296/1996 e do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Condenação baseada exclusivamente em elementos informativos colhidos no inquérito policial. Não ocorrência. Édito repressivo que faz menção a provas colhidas na fase judicial. Eiva não verificada.

1. Embora esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que as instâncias ordinárias apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal.

Proibição de recorrer em liberdade. Paciente que permaneceu preso durante toda a instrução criminal. Gravidade concreta do delito pelo qual restou condenado. Reincidência. Segregação justificada e necessária. Constrangimento ilegal não demonstrado.

1. Permanecendo o paciente segregado durante toda a instrução criminal, tendo o Juízo singular e o Tribunal a quo entendido por sua manutenção no cárcere, ante gravidade do crime de tráfico pelo qual restou condenado e pela sua reincidência, não deve ser revogada a custódia cautelar se, após a condenação,

não houve alteração fática a ponto de autorizar a devolução do seu *status libertatis*.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 171.453-SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 7.2.2013, DJe 19.2.2013)

Do Supremo Tribunal Federal colhem-se estes acórdãos:

Habeas corpus. 2. *Writ* que objetiva a declaração de ilicitude de interceptações telefônicas determinadas com vistas a apurar possível atuação de quadrilha, formada por servidores e médicos peritos do INSS, vereadores do município de Bom Jesus do Itabapoana-RJ que, em tese, agiam em conluio para obtenção de vantagem indevida mediante a manipulação de procedimentos de concessão de benefícios previdenciários, principalmente auxílio-doença.

3. Controvérsia sobre a possibilidade de a Constituição estadual do Rio de Janeiro (art. 161, IV, **d**, '3') estabelecer regra de competência da Justiça Federal quando fixa foro por prerrogativa de função.

4. À época dos fatos, o tema relativo à prerrogativa de foro dos vereadores do município do Rio de Janeiro era bastante controvertido, mormente porque, em 28.5.2007, o TJ-RJ havia declarado sua inconstitucionalidade.

5. Embora o acórdão proferido pelo Pleno da Corte estadual na Arguição de Inconstitucionalidade n. 01/06 não tenha eficácia *erga omnes*, certamente servia de paradigma para seus membros e juízes de primeira instância. Dentro desse contexto, não é razoável a anulação de provas determinadas pelo Juízo Federal de primeira instância.

6. Julgamento da Ação Penal n. 2008.02.01.010216-0 pelo TRF da 2ª Região, no qual se entendeu que a competência para processar e julgar vereador seria de juiz federal, tendo em vista que a Justiça Federal é subordinada à Constituição Federal (art. 109) e não às constituições estaduais.

7. Quanto à *celeuma* acerca da determinação da quebra de sigilo pelo Juízo Federal de Itaperuna-RJ, que foi posteriormente declarado incompetente em razão de ter sido identificada atuação de organização criminosa (art. 1º da Resolução Conjunta n. 5/2006 do TRF da 2ª Região), há de se aplicar a teoria do juízo aparente (STF, HC n. 81.260-ES, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.4.2002).

8. Ordem denegada, cassando a liminar deferida.

(HC n. 110.496-RJ; Relator(a): Min. Gilmar Mendes; Julgamento: 9.4.2013 Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJe-238 divulg 3.12.2013 public 4.12.2013)

I. Prisão preventiva: alegação de incompetência do juiz: superação. A questão de competência do Juiz que decretou a prisão preventiva ficou superada com

nova decisão que a manteve, proferida pelo mesmo Juiz, quando já investido de jurisdição sobre o caso, por ato cuja validade não se discute.

II. **Quadrilha: denúncia idônea.** 1. O crime de quadrilha se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, no adesão de cada qual; crime formal, nem depende, a formação consumada de quadrilha, da realização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas, nem, conseqüentemente, a imputação do crime coletivo a cada um dos partícipes da organização reclama que se lhe possa atribuir participação concreta na comissão de algum dos crimes-fim da associação. 2. Segue-se que à aptidão da denúncia por quadrilha bastará, a rigor, a afirmativa de o denunciado se ter associado à organização formada de mais de três elementos e destinada à prática ulterior de crimes; para que se repute idônea a imputação a alguém da participação no bando não é necessário, pois, que se lhe irroque a cooperação na prática dos delitos a que se destine a associação, aos quais se refira a denúncia, a título de evidências da sua formação anteriormente consumada.

III. **Denúncia: inépcia: imputação dos crimes de roubo e receptação, despida de qualquer elemento concreto de individuação dos fatos que os constituiriam.**

IV. **Interceptação telefônica: exigência de autorização do “juiz competente da ação principal” (L. 9.296/1996, art. 1º): inteligência.** 1. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da L. 9.296/1996: só ao juiz da ação penal condenatória - e que dirige toda a instrução -, caberá deferir a medida cautelar incidente. 2. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação - não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará -, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. 3. *Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal - aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão - que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas.*

(HC n. 81.260-ES; Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence; Julgamento: 14.11.2001
Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ 19.4.2002 pp-00048; Ement vol-02065-03 pp-00570)

De mais a mais, saliente-se que a *quaestio* não foi arrostada pela defesa após a alteração do feito para a 2ª Vara, no bojo das alegações finais, somente o fazendo em sede das razões do apelo defensivo.

Quanto ao pleito de não feitura da perícia tal como requestada pela defesa, verifica-se que não é o magistrado obrigado, se não provocado por fundamentos necessários, a realizar todo e qualquer tipo de prova para a averiguação da materialidade do delito e da autoria delitiva, em especial se os elementos carreados aos autos conduzem para a condenação do imputado, notadamente os depoimentos testemunhais e o laudo de exame de corpo de delito (fls. 326-327).

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Roubo e atentado violento ao pudor. (1) Requerimentos. Art. 499 CPP. Intempestividade. (2) Perícia. Imprescindibilidade. Ausência. Constrangimento ilegal. Ausência.

1. Perícias, como o cotejo do material biológico da vítima de atentado violento ao pudor com amostra de DNA do réu, não se ligam à materialidade delitiva, mas, antes, dizem com a elucidação da autoria - assim, não se reconhece a imprescindibilidade inserta no art. 158 do CPP. O momento oportuno para se requerer a realização de tais trabalhos técnicos é a defesa prévia e, não, como, *in casu*, a fase do art. 499 do CPP.

2. Ordem denegada.

(HC n. 59.241-SP, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 21.5.2009, DJe 8.6.2009)

Habeas corpus. Estupro. Exame de DNA. Indeferimento. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Alegações finais. Ausência. Violação da ampla defesa e do contraditório.

1. A realização de exame de DNA, para averiguar se a gravidez da vítima decorria de relações tidas com o Paciente ou com terceiro, foi indeferida pelo Juízo de primeiro grau, uma vez que não serviria para descaracterizar o delito de estupro. Ademais, o deferimento das diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade do Magistrado, que poderá indeferi-las em decisão fundamentada, quando entender protelatórias ou desnecessárias a instrução do processo, sem implicar, com isso, em cerceamento de defesa, como no caso dos autos.

2. A via estreita do *writ* não é meio adequado para verificar a conveniência ou necessidade de produção de provas, uma vez que, para a avaliação do acerto ou desacerto da decisão judicial, seria necessário a análise profunda dos elementos fático-probatórios contidos nos autos da ação penal.

3. A apresentação das alegações finais é imprescindível ao término da ação penal, sendo que o não oferecimento compromete a ampla defesa e o próprio contraditório.

4. Considerando a concessão parcial da ordem, para anular a sentença condenatória, evidencia-se a perda de objeto quanto à tese de nulidade do acórdão proferido na apelação por ausência de fundamentação.

5. Ordem parcialmente concedida para que, anulada a sentença condenatória, sejam apresentadas as alegações finais pela Defesa e, caso assim não se proceda, seja nomeado novo defensor dativo pelo juízo processante.

(HC n. 144.058-MA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 8.11.2011, DJe 21.11.2011)

Habeas corpus. Atentado violento ao pudor. Exame de corpo de delito. Art. 158 do Código de Processo Penal. Desnecessidade quando presentes provas outras nos autos. Depoimento da vítima. Precedentes do STJ e STF. Alegada nulidade inexistente.

1. Se mostra prescindível a perícia - exame de corpo de delito - para os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor que, por vezes, não deixam vestígios, máxime havendo nos autos provas outras que auxiliem o julgador na formação do seu convencimento. Precedentes do STJ e STF.

2. Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima assume preponderante importância, se coerente e em consonância com as demais provas coligidas nos autos, como é o caso da hipótese vertente, em que a ofendida expôs os fatos com riqueza de detalhes, tudo em conformidade com os demais depoimentos prestados pelas testemunhas em juízo.

3. "A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios" (HC n. 135.972-SP).

Corrupção ativa. Prisão em flagrante. Prova. Testemunho dos policiais ofendidos. Validade. Constrangimento ilegal. Inobservância.

1. A assertiva de inexistência do respaldo probatório para a condenação do paciente reclama o revolvimento aprofundado do conjunto de elementos contidos no processado, ao qual não é o *mandamus* o instrumento adequado, sendo inviável proceder-se conforme requerido no remédio constitucional.

2. Ainda que assim não fosse, *in casu*, constata-se que o Juízo Singular, ao proferir a sentença, após proceder ao cotejo do contexto probatório, formou seu livre convencimento, concluindo pela existência de autoria e materialidade assestadas ao paciente, fundamentando o édito repressivo no depoimento dos policiais.

3. Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido - no caso os policiais, representado o Estado Administrador/sujeito passivo do crime -, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o

édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento.

4. Nesse contexto, e com maior razão, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo.

5. Ordem denegada.

(HC n. 177.980-BA, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28.6.2011, DJe 1º.8.2011)

Penal. *Habeas corpus*. Estupro e atentado violento ao pudor. Progressão de regime. Reiteração de pedido. *Writ* prejudicado. Alegada continuidade delitiva. Inocorrência. Concurso material. Alegação de cerceamento de defesa. Indeferimento de pedido de exame comparativo de DNA. Inocorrência. Discricionariedade regrada do magistrado. Provas suficientes para a condenação.

I - Considerando que a controvérsia acerca da possibilidade de progressão de regime, pelo paciente, já foi apreciada no HC n. 78.429-SP, perdeu o objeto, nesta parte, o presente *writ*.

II - Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de *praeludia coiti*, é de se reconhecer o concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva exige crimes da mesma espécie e homogeneidade de execução.

III - O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferir-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo, não caracterizando, tal ato, cerceamento de defesa (Precedentes do STF e do STJ).

IV - No caso em tela, reputou o magistrado ser desnecessária a realização de exame comparativo de DNA, tendo em vista o amplo arcabouço probatório já produzido nos autos, consistente nas declarações da vítima, que reconheceu o acusado na fase policial e judicial do feito, declarações de testemunhas, inclusive do porteiro do 'drive-in' onde ocorreram os crimes, que confirmou a presença do acusado no local, na companhia da vítima, de laudo pericial atestando a conjunção carnal, além de gravação de câmera de segurança comprovando a entrada e saída do veículo do paciente do local, no dia e hora dos crimes.

V - Ademais, a palavra da vítima, em sede de crime de estupro, ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não tem testemunhas ou deixam vestígios (Precedentes).

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.

(HC n. 102.362-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 2.2.2009)

Habeas corpus liberatório. Estupro e atentado violento ao pudor (arts. 213 e 214, por duas vezes, na forma do art. 71, *caput* do CPB). Pena imposta de 10 anos de reclusão, em regime integralmente fechado. Condenação fundada nos depoimentos das vítimas. Crimes contra a liberdade sexual. Admissibilidade. Precedentes deste STJ. Laudo pericial conclusivo quanto à ocorrência das práticas sexuais narradas. Exame comparativo de DNA pleiteado pelo paciente. Desnecessidade. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para afastar o óbice à progressão de regime.

1. O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 82.959-7-SP, decidiu ser inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

2. De outra parte, entende esta Corte Superior que, nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, freqüentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixando quaisquer vestígios.

3. Não há de ser reconhecida a nulidade do aresto, por ausência de exame comparativo de DNA, porquanto fundada a condenação em elementos outros - depoimentos coerentes das vítimas, com o reconhecimento do agente, e laudo pericial constatando a ocorrência dos fatos delituosos -, suficientes para a convicção do Magistrado sentenciante.

4. Parecer ministerial pela concessão parcial da ordem, apenas para reconhecer o direito do paciente à progressão de regime, cujos requisitos deverão ser aferidos pelo Juízo da Execução.

5. Ordem parcialmente concedida, confirmando a liminar anteriormente deferida, tão-somente para afastar o óbice à progressão de regime, cujos requisitos deverão ser avaliados pelo ilustre Juiz da Execução Penal.

(HC n. 87.819-SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 20.5.2008, DJe 30.6.2008)

Relativamente ao pedido defensivo de participar da produção da avaliação psicológica das vítimas, mostrava-se, ao que se me apresenta, cabível à época.

Em prol do interesse dos menores e do objetivo de colher dados sob o menor dano possível às crianças, sujeitando-as em um só momento a obtenção de declarações, não as expondo ou as submetendo a maior padecimento, possível era o magistrado permitir que a acusação e a defesa formulassem quesitos, em atenção aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Embora assim não tenha ocorrido, apura-se que é despicienda a refeitura da avaliação para a defesa indicar perguntas ou mesmo assistente técnico. De fato, o julgador singular amparou-se, ao prolatar o édito condenatório, em outras provas constantes dos autos, em especial os depoimentos das vítimas e testemunhas, bem como os laudos de exame de corpo de delito, apenas mencionando *en passant* os “ofícios encaminhados pelo Programa Sentinela”, no tópico sobre a materialidade delitiva (fls. 326-327), e os relatos obtidos, às fls. 333-334 da decisão condenatória, ou seja, o documento serviu, ao fim e ao cabo, apenas para corroborar a autoria e a materialidade delitiva já comprovadas por outras provas carreadas aos autos, que respaldaram a condenação do inculpado.

Igual sorte compartilha a alusão defensiva de inversão da ordem na apresentação das alegações finais. Depreende-se dos autos que as alegações finais ministeriais foram oferecidas e, logo após, as de cunho defensivo. Contudo, posteriormente, o assistente de acusação pugnou pela condenação do réu (fls. 316-320).

Da atenta leitura da peça processual, sobressai que o assistente limitou-se a enaltecer o já ventilado na denúncia e nas alegações do *Parquet*, não acrescentando nenhum documento ou mesmo argumento, ou seja, não inovou o arcabouço processual e não contribuiu para a formação do convencimento do julgador, conforme observa-se da sentença prolatada (fl. 324). Desse modo, carece o feito de qualquer pecha.

Sobre a temática, colaciono dois julgados das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

Habeas corpus. Latrocínio. Alegação de incompetência do juízo. Nulidade decorrente de inversão na ordem de oferecimento das alegações finais por parte dos assistentes da acusação. Matéria não alegada no momento oportuno. Preclusão. Impetração parcialmente prejudicada e, no mais, ordem denegada.

1. Os fatos descritos na denúncia se amoldam ao tipo penal de latrocínio e, assim, não procede a assertiva de tratar a espécie de crime de competência do Tribunal do Júri.

2. A circunstância de terem sido as alegações finais dos assistentes da acusação oferecidas após as da defesa é causa de nulidade relativa e, como tal, deve ser alegada na primeira oportunidade. No caso em exame, a defesa nada alegou no recurso de apelação criminal, mas, tão somente em *habeas corpus* posteriormente impetrado, de forma que a questão está preclusa.

3. Coação ilegal não caracterizada.

4. Impetração prejudicada, quanto ao paciente Thiago Henrique Borges Belarmino da Silva; e denegada a ordem, em relação a Bruno José Borges Bezerra.

(HC n. 133.364-PE, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Sexta Turma, julgado em 15.2.2011, DJe 9.3.2011)

Habeas corpus. Processual Penal. Assistente de acusação. Alegações finais. Apresentação após as da defesa. Nulidade relativa. Ausência de prejuízo.

1. Embora o Assistente de Acusação tenha apresentado suas alegações finais após a Defesa, não houve prejuízo ao Paciente, pois a referida peça não trouxe argumento novo, mas limitou-se àqueles reproduzidos pelo Ministério Público. Além disso, resta evidenciado não ter ela contribuído de nenhuma maneira para o convencimento do juiz, no sentido de proferir condenação, uma vez que sequer é mencionada na sentença.

2. Ausente o prejuízo, não se decreta a nulidade, *ex vi* do art. 563 do Código de Processo Penal.

3. Ordem denegada.

(HC n. 90.430-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 29.9.2009, DJe 26.10.2009)

Acrescente-se que é fundamental ter em mente que a disciplina das nulidades não se assenta na forma pela forma, mas, antes, tem em mira o cumprimento de metas, politicamente orientadas, sob o signo do cumprimento do *ethos* justiça. Não sendo trazida à baila qual a influência gerada pela atuação do Poder Judiciário, não haverá nulidade.

A posição ora externada assenta-se no princípio da instrumentalidade das formas. A propósito, eis a lição do Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, GUSTAVO BADARÓ:

Como explica Tornaghi, “a forma, o lugar e o tempo dos atos processuais são determinados com critério teleológico, isto é, para o fim de assegurar certos bens jurídicos que a lei reputa politicamente necessários ou tecnicamente convenientes”. Por isso, as formas não são um fim em si mesmas. Ao contrário, são meios que permitem que o ato atinja seus fins.

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

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

Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não ocorrência, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido. (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 577-578).

Sobre a temática, fitem-se os seguintes arestos desta Casa de Justiça:

Habeas corpus. Ausência de juntada dos laudos periciais. Provas testemunhais. Princípio do livre convencimento. Nulidade absoluta. Impossibilidade. Comprovação de prejuízo para o réu. Princípio do *pas de nullité sans grief*. Revolvimento de fatos e provas. Incabível na via estreita do *writ*.

1. É consabido que os laudos são dirigidos ao Magistrado para que forme seu livre convencimento, podendo ele adotá-los ou não. Ademais, os jurados, soberanamente, concluíram, no Júri, pela responsabilização do paciente e sua perfeita culpabilidade, condenando-o à pena de 41 (quarenta e um) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime, inicialmente, fechado.

2. Da mesma forma, no processo penal só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo, conforme dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, que materializa a máxima francesa *pas de nullité sans grief*, o que não foi efetivamente comprovado no caso concreto.

3. A via estreita do *writ* não se presta à verificação de fatos e provas.

4. Ordem denegada.

(HC n. 112.038-PR, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Quinta Turma, julgado em 8.11.2011, DJe 1º.2.2012)

Habeas corpus. Formação de quadrilha. Sonegação fiscal. Sonegação de contribuição previdenciária. Apropriação indébita previdenciária. Falsidade ideológica. Corrupção ativa. Lavagem de dinheiro. Julgamento do anterior *writ*. Inobservância da competência por prevenção. Nulidade relativa. Ausência de arguição oportuna e demonstração do prejuízo. Eiva não reconhecida.

1. O desrespeito à competência firmada por prevenção gera nulidade relativa (Precedentes).

2. Constatando-se que a Desembargadora Relatora para a qual foi distribuída a anterior impetração não foi oportunamente alertada acerca da aventada inobservância à regra de competência por prevenção, já que a irresignação apenas foi manifestada após o julgamento do seu mérito, não há como se reconhecer a alegada nulidade, mormente porque os impetrantes não demonstraram qual teria sido o prejuízo suportado pelos pacientes.

Falta de fundamentação do acórdão objurgado. Ofensa ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Declinação das razões e fundamentos legais que formaram a convicção do órgão colegiado. Ilegalidade não evidenciada.

1. Embora seja certo que a Constituição Federal, no seu artigo 93, inciso IX, exige que todas as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas, não há como se reputar ilegal o acórdão objurgado que, ainda que de forma sucinta, declina as razões e fundamentos legais que formaram a convicção dos magistrados integrantes do órgão colegiado no sentido de afastar as teses sustentadas na anterior impetração.

Ausência de constituição definitiva das exações no âmbito administrativo. Inteceptações telefônicas. Linha de investigação que incluía a prática dos crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro. Ilegalidade. Inocorrência.

1. Segundo entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, os crimes de sonegação fiscal, sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária, por se tratarem de delitos de caráter material, somente se configuram após a constituição definitiva, no âmbito administrativo, das exações que são objeto das condutas (Precedentes).

2. Embora não seja lícito à autoridade policial proceder a atos de investigação sem a ocorrência da aludida condição objetiva de punibilidade, não se reputa ilegal o procedimento inquisitorial no qual também são investigadas a prática de outros crimes conexos com aqueles, tampouco a interceptação telefônica deferida nos termos da legislação aplicável, em respeito às garantias individuais previstas na Constituição Federal.

Atipicidade das condutas atribuídas aos pacientes. Ausência de dolo. Exações consideradas indevidas por decisão judicial. Pagamento dos créditos tributários. Inexistência de prova inequívoca. Trancamento da ação penal. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Improriedade da via eleita. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

1. Inviável o reconhecimento da alegada atipicidade das condutas atribuídas aos pacientes, seja em razão da alegada ausência de dolo ou do alegado pagamento das exações que foram objeto da exordial acusatória, já que, para se acolher os referidos pleitos seria necessário o revolvimento aprofundado do conjunto probatório, providência inadequada na via estreita do *habeas corpus*,

sendo certo que tais alegações deverão ser melhor deliberadas no âmbito do processo criminal.

2. É cediço que na estreita via do remédio heróico só se admite o trancamento da ação penal caso exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação do contexto de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade (Precedentes).

3. Na hipótese, não há nos autos nenhuma prova inequívoca de que as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito que deram embasamento à deflagração da ação penal se referiam à falta de recolhimento aos cofres da autarquia previdenciária da exação que foi alvo de discussão em mandado de segurança no qual declarou-se a inconstitucionalidade de determinada contribuição.

4. Da mesma forma, inviável o reconhecimento da alegada causa de extinção da punibilidade em razão do pagamento dos tributos tidos por sonegados, já que também não há nos autos prova inequívoca da mencionada quitação, ônus do qual não se desincumbiram os impetrantes.

5. Ordem denegada.

(HC n. 92.307-MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16.9.2010, DJe 25.10.2010)

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976. Laudo toxicológico definitivo. Juntada após a sentença. Nulidade não verificada. Laudo preliminar não contestado. Materialidade comprovada por outros meios. Precedentes. Substituição da pena privativa de liberdade. Impossibilidade. Medida que não se mostra socialmente recomendável. Grande quantidade de entorpecente apreendido. Ordem denegada.

1. Paciente condenada à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e mais 50 dias-multa pela prática do delito do art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976, porque mantinha em depósito, para fins de mercancia ilícita, três tijolos de maconha, pesando 0,92g, outros três tijolos da mesma droga, com massa de 118g, e mais uma porção de 0,14g da mesma substância.

2. A juntada tardia do laudo definitivo não tem o condão de acarretar, no caso, a nulidade do feito, tendo em vista que não exerceu influência no julgamento, não havendo demonstração do prejuízo sofrido pela Defesa, porque a materialidade delitiva restou sobejamente demonstrada por outros meios probatórios.

3. Na espécie, embora a reprimenda não exceda a 04 anos de reclusão, não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena de prisão por sanção alternativa, em razão da grande quantidade de entorpecente apreendido em poder da Sentenciada.

4. Ordem denegada.

(HC n. 167.220-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 1º.3.2012, DJe 15.3.2012)

Desse modo, como regra geral adotada pelo sistema brasileiro, a anulação de ato processual depende da demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Repressivo, não logrando êxito a defesa na respectiva comprovação, apenas suscitando genericamente a tese - *pas de nullité sans grief*.

Nesse panorama, é inviável divisar patente ilegalidade hábil a ensejar a extraordinária cognição do *habeas corpus*.

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

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 241.348-MG (2012/0090464-5)

Relatora: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE)

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Advogado: Nádia de Souza Campos - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Raimundo Benedito da Silva

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Furto. Nulidade. Afronta ao art. 155 do CPP. Inexistência. Condenação com base em prova testemunhal, submetida ao crivo do contraditório, corroborando confissão na fase inquisitiva. Ausência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* não conhecido.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir

habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– Esta Corte Superior tem o entendimento pacífico de que não se admite a condenação com base exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial. Todavia, no presente caso não há falar em afronta ao art. 155 do CPP, uma vez que a condenação baseou-se também na prova testemunhal colhida em juízo, corroborando a confissão extrajudicial.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 27 de junho de 2014 (data do julgamento).

Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE),
Relatora

DJe 7.8.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE): Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em benefício de *Raimundo Benedito da Silva*, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código penal, tendo o Juiz de primeiro grau proferido sentença absolutória com fundamento no art. 386, VIII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o *Parquet* local interpôs apelação, tendo o Tribunal *a quo* dado provimento ao recurso ministerial, para condenar o paciente nos termos da denúncia, às penas de 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão e multa. O acórdão ficou assim ementado:

Apelação criminal. Irresignação ministerial. Furto simples. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Condenação. Confissão extrajudicial corroborada por outros elementos de prova. Recurso conhecido e provido (fls. 223).

Os Embargos Infringentes opostos foram rejeitados nos termos da seguinte ementa:

Embargos infringentes. Crime de furto. Confissão do réu na delegacia. Silêncio em juízo. Irrelevância. Réu flagrado na posse da "res furtiva" além de outras provas testemunhais confirmadas em juízo. Embargos rejeitados. De fato a nova redação dada ao art. 155 do Código de Processo Penal pela Lei Federal n. 11.690/2008, que se aplica de forma imediata, não autoriza condenação com base em provas obtidas exclusivamente no inquérito policial, no entanto, se a confissão do réu na Delegacia é corroborada pelas provas ali colhidas, impossível a absolvição, já que além de confessar o crime, foi o mesmo pilhado na posse da motocicleta subtraída. Rejeitados (fls. 267).

No presente *writ*, o impetrante postula o restabelecimento da sentença absolutória, asseverando que a condenação foi baseada em elementos colhidos unicamente durante o inquérito policial, em afronta ao art. 155 do CPP.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 280-281).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) (Relatora): Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do

remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência das Cortes Superiores. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento do STJ, em consonância com o STF. Violência doméstica contra a mulher. Medida protetiva de urgência. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Fundamentação idônea. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão da ordem de ofício. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC n. 109.956-PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 7.8.2012, publicado no DJe de 11.9.2012; HC n. 104.045-RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28.8.2012, publicado no DJe de 6.9.2012; HC n. 108.181-RS, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 21.8.2012, publicado no DJe de 6.9.2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC n. 114.550-AC (DJe de 27.8.2012) e HC n. 114.924-RJ (DJe de 27.8.2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, “usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida”.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC n. 221.200-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Busca-se na presente impetração a nulidade do acórdão recorrido com o restabelecimento da sentença absolutória, alegando-se, para tanto, a ausência de produção de provas sob o contraditório judicial.

O Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso ministerial e condenar o paciente consignou que:

Quanto à autoria, de igual modo, não consente dúvidas.

O acusado confessou lisamente a prática delituosa na fase inquisitória, quando declarou que:

Furtou uma Motocicleta marca Honda XCBX 200 Sarada, ano 1996, placa - GRU-5423/Itajubá, MG, cor roxa, que se encontrava estacionada ao Lado do Bairro do Waldomiro, no Bairro Medicina; que na moto estava à chave e os capacetes; que o declarante aproveitou que a chave estava no contato, ligou a moto e saiu pilotando indo em direção ao Bairro Novo Horizonte; que ao chegar perto da Mahle Cofap o declarante avistou a viatura policial que estava atrás do declarante em companhia de alguns Motoboys e este ao perceber empreendeu em fuga, indo em direção ao Bairro Rebourgeon, onde abandonou a moto em uma rua ali existente a fugiu a um matagal para não ser preso; Perguntando ao declarante se conhece a pessoa de João Aparecido de Freitas vulgo "Joãozinho", respondeu que pois o mesmo reside no mesmo Bairro do Declarante; que esta foi a primeira vez que praticou furto de moto; que como estava de fuga iria trilhar a moto para viver (...) (fl. 81 -SIC).

Em juízo, o denunciado se reservou no direito de permanecer calado (fl. 131). Contudo, não se pode desprezar a confissão espontânea prestada na fase indiciária, particularmente quando guardar coerência com as demais provas dos autos. Nesse ser tido:

[...].

A confissão extrajudicial não deve prevalecer, por si só, pois cada ato probatório, judicial ou não, merece avaliação específica, e só esta análise é que poderá dizer da sua força probante. No caso em julgamento, a confissão extrajudicial não se encontra isolada do restante das provas, visto que existem outros elementos a enfatiza-la. Da jurisprudência, colhe-se a seguinte orientação:

[...].

No caso, a confissão do apelante na fase extrajudicial foi corroborada pelas declarações da vítima e pelo depoimento da testemunha José Carlos Machado que afirmou em juízo (fl. 130).

presenciou parcialmente os fatos narrados na denúncia, informando que viu quando o acusado desceu com, a moto em uma vargem, no Bairro Piedade, neste município e Comarca, saindo correndo do local para lugar ignorado, recuperando, a motocicleta; que o depoente informa que a moto estava estacionada em frente do bar do Valdomiro, fazendo entrega, quando foi furtada (...) que o depoente informa que a pessoa que jogou a moto na margem é o acusado Raimundo Benedito.

A vítima, por sua vez, declarou na fase policial que um colega seu, o motoboy Fernando, foi quem viu o acusado andando na motocicleta furtada, momento em que a mesma foi apreendida (fl. 12). E Rafael da Silva Salviano viu o momento em que o apelante saiu com a moto:

Que na data de 13.4.2008, por volta das 22:00 horas, estava na rua de sua residência, perto do Bar do Valdomiro; *Que* avistou um homem descendo pela rua Delfim Moreira; *Que* o indivíduo subiu na moto e começou a empurrá-la com os pés na tentativa que a mesma ‘pegasse no tranco’ conforme se expressa; (...) *Que* logo após a vítima saiu da pizzaria e lhe indagou se alguém havia pegado sua moto; *Que* o depoente respondeu para a vítima que um homem subiu em sua moto e saiu descendo pela rua Delfim, Moreira; *Que* logo após saíram a procura do autor até às 03 (três) horas da manhã, mas não obtiveram êxito em encontra-lo; *Que* decidiram procurar novamente pela manhã no dia de hoje; *Que* avistaram um homem parecido com o que havia pegado a moto e ficaram “o encarando” conforme se expressa; *Que* o suposto autor ao perceber que estava sendo observado saiu correndo e adentrou em uma casa desconhecida; *Que* logo em seguida a polícia militar chegou e conduziu o autor para esta delegacia; *Que* ao olhar de perto o suposto autor, o depoente afirma categoricamente que o homem foi quem furtou a motocicleta; (...) (fls. 26).

Desta forma, a absolvição operada não pode subsistir, pois se encontra em desacordo com os elementos probatórios dos autos, valendo lembrar que a apreensão do produto do furto em poder do réu também ressalta a veracidade das provas colhidas no curso da instrução (fls. 225-229).

É certo que esta Corte Superior tem o entendimento pacífico de que não se admite a condenação com base exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial.

Todavia, não é esse o caso dos autos, tendo em vista que, conforme se percebe do acórdão recorrido, embora o paciente tenha ficado silente na fase judicial, houve prova testemunhal produzida sob o crivo do contraditório, corroborando sua confissão perante a autoridade policial. Assim, não há falar em afronta ao art. 155 do CPP, uma vez que a condenação se apóia também em elementos de provas colhidas durante o processo, com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso especial. Reclamo não admitido na origem. Interposição de agravo de instrumento não conhecido por este Sodalício. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento.

[...]

Disparo de arma de fogo em via pública (artigo 15 da Lei n. 10.826/2003). Condenação baseada exclusivamente em elementos informativos colhidos no inquérito policial. Não ocorrência. Édito repressivo que faz menção a provas colhidas na fase judicial. Nulidade não verificada.

1. Embora esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que as instâncias ordinárias apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal.

Pretendida absolvição. Apontada inexistência de provas idôneas para fundamentar a condenação. Necessidade de revolvimento aprofundado de matéria fático-probatória. Impossibilidade na via estreita do mandamus. Denegação da ordem.

1. A alegada inexistência de provas idôneas a fundamentar a prolação de édito repressivo, o que ensejaria a pretendida absolvição, é questão que demanda aprofundada análise de provas, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do *habeas corpus* o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

3. *Writ* não conhecido (HC n. 254.516-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 18.12.2012).

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso que não combateu todos os fundamentos da decisão agravada. Aplicabilidade da Súmula n. 182-STJ. Afronta ao art. 190 do CPP. Absolvição por ausência de provas. Negativa de vigência aos arts. 59 e 68, ambos do CP. Dosimetria. Malferimento ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Causa de diminuição de pena. Reexame fático e probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Afronta ao art. 155 do CPP. Inocorrência. Condenação fundada em provas judicializadas. Violação aos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da CF. Matéria constitucional. Não cabimento. Divergência jurisprudencial. Art. 255-RISTJ. Inobservância. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. É inviável o agravo de instrumento que deixa de atacar, especificamente, todos os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula n. 182 desta Corte.

2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, a ensejar a absolvição, a desclassificar a imputação feita ao acusado, bem como fixar a adequada pena-base, além de averiguar os requisitos legais para incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena. Incidência da Súmula n. 7 deste Tribunal.

3. Não há violação ao art. 155 do CPP quando a condenação se apóia também em elementos de provas judicializadas, colhidas no âmbito do devido processo legal.

4. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

5. Esta Corte tem reiteradamente decidido que, para comprovação da divergência jurisprudencial, não basta a simples transcrição de ementas, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no Ag n. 1.317.430-PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13.8.2012).

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.



HABEAS CORPUS N. 278.175-SP (2013/0326142-4)

Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Diego Azevedo da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Roubo majorado. *Writ* substitutivo de recurso próprio. Desvirtuamento. Apreensão e consequente perícia da arma. Desnecessidade. Existência de outros meios de prova para atestar o seu efetivo emprego. Incidência da causa especial de aumento de pena. Exasperação da pena pelo número de majorantes. Matéria não debatida pela Corte de origem. Supressão de instância. Regime inicial fechado. Fundamentação concreta. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O STJ, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 961.863-RS, pacificou o entendimento de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.

3. A alegada violação da Súmula n. 443 desta Corte Superior, em virtude da elevação da reprimenda do paciente na proporção de 2/5, com espeque unicamente na quantidade de circunstâncias majorantes, não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que impede a apreciação dessa matéria diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

4. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo

possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

5. *Ressalva do entendimento pessoal do relator*, no sentido de que o roubo cometido com emprego de arma de fogo possui maior reprovabilidade e maior potencialidade lesiva à integridade física da vítima e de terceiros do que o roubo cometido com outro tipo de arma menos letal. Logo, ainda que se comine, abstratamente, igual sanção a ambas as hipóteses, atenderá ao critério da proporcionalidade das penas, bem assim ao efeito dissuasório, preventivo, que se lhe pretenda atribuir (quer para a população em geral, quer para o agente transgressor da norma), punir o autor do roubo que empunha um revólver, uma pistola, um fuzil ou outra arma de fogo, com pena concretamente mais grave e/ou regime de seu cumprimento mais rigoroso em relação aos que caberiam, *in thesis*, àqueloutros perpetradores de roubo que se valem de um canivete ou de uma faca como meio intimidatório da vítima. Precedentes do STF e do STJ. Observância das Súmulas n. 440-STJ e 719-STF.

6. No caso vertente, a par do emprego de arma de fogo como fundamento para a fixação do regime mais gravoso, foram, para tal fim, determinantes as circunstâncias de ter havido concurso de agentes, de terem sido as vítimas privadas de sua liberdade e por ser o ora paciente vizinho de uma delas, pessoa idosa que, ao ter a arma apontada para si, sofreu mal súbito, potencializando o risco de um desfecho trágico ao roubo.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 5 de junho de 2014 (data de julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 10.6.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Diego Azevedo da Silva*, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 0009123-52.2012.8.26.0050.

Afirma a impetrante que o paciente foi condenado pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 65, I, e art. 61, II, todos do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, no regime inicialmente fechado.

Contra essa decisão foi interposto recurso de apelação, tendo o Tribunal *a quo* lhe negado provimento, para manter a sentença de primeiro grau.

Nas razões deste *writ*, a impetrante sustenta a ilegalidade da majorante da arma de fogo na dosimetria da pena, tendo em vista que a arma supostamente utilizada para a prática do delito não fora apreendida e periciada.

Aduz a violação da Súmula n. 443 desta Corte Superior, uma vez que o juízo originário elevou a reprimenda do paciente na proporção de 2/5, tendo utilizado como fundamento unicamente a quantidade de circunstâncias majorantes.

Sustenta, ainda, a ilegalidade da imposição do regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, por ser o paciente primário, ter bons antecedentes e por ter-lhe sido aplicada pena inferior a oito anos, motivos pelos quais faria jus ao regime semiaberto.

Pediu, liminarmente, que o paciente aguarde o julgamento do presente *writ* no regime semiaberto.

No mérito, pleiteou a concessão definitiva da ordem, “para: i) afastar a causa de aumento de pena referente ao emprego de arma; ii) reduzir o *quantum* de majoração da pena de 2/5 para 1/3 decorrente da incidência das causas de aumento; e iii) alterar o regime inicial de cumprimento de pena do fechado para o semiaberto.” (fl. 9).

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 202-204.

Informações prestadas às fls. 212-226.

O Ministério Público Federal, por meio de seu parecer de fls. 229-235, manifestou-se pela extinção do *habeas corpus* sem exame de mérito ou pela denegação da ordem.

Os autos voltaram conclusos em 9.1.2014.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, *não identifico suficientes razões*, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

De início, com o propósito de contextualizar a controvérsia, transcrevo os seguintes excertos da denúncia:

(...)

Apurou-se que por ocasião do fato um dos agentes criminosos acionou a campanha da residência da vítima Raimundo e, atendido por ele, de início justificou que um balão havia caído ali.

Imediatamente em seguida, dois outros agentes, que já estavam nas dependências do imóvel, um deles portando uma arma de fogo, renderam a vítima e o colocou, juntamente com sua filha, Lúcia da Penha Pereira dos Santos Barbosa, e sua neta, Isis dos Santos Rodrigues Barbosa, um canto da casa, momento em que o quarto agente, tratando-se do denunciado, também ingressou na residência.

Enquanto um dos agentes permaneceu com as vítimas, estas sempre sob ameaça exercida com a arma de fogo, o denunciado e o outro comparsa passaram a vasculhar os cômodos e a recolher os bens que encontravam.

Separada a *res furtiva*, as vítimas Luci e Isis foram trancadas no banheiro, ao passo que Raimundo foi deixado num sofá, deitado, porque passava mal, enquanto que os agentes criminosos evadiram-se na posse dos bens.

Ocorre que o denunciado é morador vizinho das vítimas, de modo que por elas já foi reconhecido logo quando ingressou na casa.

No dia seguinte ao crime, as vítimas registraram a ocorrência e indicaram um dos autores do crime como sendo o denunciado. Por representação da digna autoridade policial, foi-lhe decretada a prisão temporária, sendo que no distrito policial as vítimas, pessoalmente, ratificaram o reconhecimento. (fls. 14-15).

I. Majorante de emprego de arma.

Quanto à incidência da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, nas hipóteses em que a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, não restou comprovado o seu efetivo poder vulnerante, cumpre salientar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal, quando do julgamento dos *EREsp n. 961.863-RS*, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), e Relator para acórdão o Ministro Gilson Dipp, DJe 6.4.2011, firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, *mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova.*

Vale dizer, mesmo nas hipóteses em que não houver a apreensão e perícia da arma para a prova do seu efetivo potencial de lesividade, mostra-se devida a incidência da majorante inculpada no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, quando existirem nos autos elementos de prova que comprovem a utilização da arma na prática do delito, exatamente como ocorre na espécie dos autos, em que o juiz singular se apoiou nos depoimentos da *vítima* para concluir pela utilização da arma no crime de roubo.

A propósito, confira-se o seguinte trecho da sentença condenatória:

Configurado o emprego de arma de fogo, mesmo sem a apreensão dela, eis que o relato das vítimas revela que os réus utilizaram do artefato, ressaltando que a segura imputação da vítima de roubo, cuja idoneidade não foi abalada, presta-se a comprovar a circunstância do inc. I, do par. 2º, do art. 157, do CP, sem embargo da falta de apreensão das armas (RT 672/329)." (fl. 132)

A Corte estadual, por sua vez, manteve a incidência da majorante em questão, asseverando que:

A negativa singela não poderia mesmo ter sido prestigiada, porque em juízo, cercado de todas as garantias constitucionais, ele foi reconhecido pessoalmente pelas vítimas Isis Barbosa e Raimundo Rodrigues como um dos indivíduos que invadiram a casa, fizeram ameaças com arma de fogo, trancafiaram as pessoas no banheiro e depois vasculharam o imóvel e se apossaram de todos os bens de valor que encontraram.

(...)

Incide, inclusive, a agravante do emprego de arma, poque todas as vítimas afirmaram que os agentes fizeram ameaças com arma de fogo.

Não havendo dúvida sobre o emprego de revólver no processo de intimidação, inverte-se o ônus da prova, de modo que passa a ser da defesa o dever de comprovar que o revólver estivesse inoperante, desmuniado, que fosse arma de brinquedo, enfim, que estivesse desprovida de eficácia vulnerante. (fls. 187-189).

Logo, não há que se falar em constrangimento ilegal, quanto ao tema, devendo prevalecer o entendimento pacificado nesta Corte, conforme explicitado anteriormente.

III. Exasperação da pena pelo número de majorantes.

A questão relativa à violação da Súmula n. 443 desta Corte Superior, em virtude da elevação da reprimenda do paciente na proporção de 2/5, tendo utilizado como fundamento unicamente a quantidade de circunstâncias majorantes, *não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que impede a apreciação dessa matéria diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.*

Tal questão deveria ter sido suscitada em momento oportuno, porquanto vedada a inauguração, em sede de *habeas corpus*, de tese defensiva não suscitada e não debatida na via ordinária.

IV. Regime inicial de cumprimento de pena.

IV.1. Inicialmente, com o propósito de contextualizar a conduta atribuída ao paciente, convém transcrever excerto da denúncia:

Apurou-se que por ocasião do fato um dos agentes criminosos acionou a campainha da residência da vítima Raimundo e, atendido por ele, de início justificou que um balão havia caído ali.

Imediatamente em seguida, dois outros agentes, que já estavam nas dependências do imóvel, um deles portando uma arma de fogo, renderam

a vítima e o colocou, juntamente com sua filha, Lúcia da Penha Pereira dos Santos Barbosa, e sua neta, Isis dos Santos Rodrigues Barbosa, um canto da casa, momento em que o quarto agente, tratando-se do denunciado, também ingressou na residência.

Enquanto um dos agentes permaneceu com as vítimas, estas sempre sob ameaça exercida com a arma de fogo, o denunciado e o outro comparsa passaram a vasculhar os cômodos e a recolher os bens que encontravam.

Separada a *res furtiva*, as vítimas Luci e Isis foram trancadas no banheiro, ao passo que Raimundo foi deixado num sofá, deitado, porque passava mal, enquanto que os agentes criminosos evadiram-se na posse dos bens.

Ocorre que o denunciado é morador vizinho das vítimas, de modo que por elas já foi reconhecido logo quando ingressou na casa.

No dia seguinte ao crime, as vítimas registraram a ocorrência e indicaram um dos autores do crime como sendo o denunciado. Por representação da digna autoridade policial, foi-lhe decretada a prisão temporária, sendo que no distrito policial as vítimas, pessoalmente, ratificaram o reconhecimento. (fls. 12-22).

O juiz de primeira instância, ao julgar procedente a exordial acusatória, condenou o paciente à pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime inicial fechado sob a seguinte fundamentação:

O réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado. O regime mais brando afrontaria a finalidade de reprovação e prevenção da conduta delitiva. O regime fechado é o único adequado à evidente “perigosidade” dos agentes que praticam esse grave tipo de delito, cada vez mais freqüente e que tanto aterroriza a população desta Cidade. *Ressalte-se que o acusado revelou personalidade e conduta despidas de qualquer sentimento, inclusive, com pessoas com quem convivia anos a fio, mostrando-se covarde, ao atemorizar a vítima mais velha, apontando-lhe arma de fogo, ocasionando-lhe mal súbito que poderia ter conseqüências funestas.* (fl. 138) - Destaquei.

O Tribunal de Justiça estadual, por sua vez, ratificou *in totum* a sentença sob o argumento de que “é o único compatível, tendo em vista a gravidade do crime.” (fl. 189).

Quanto à pretendida fixação do regime inicial semiaberto postulado pela defesa, esta Corte já salientou que “a correta dosimetria da pena é questão de grande importância, não só para a acusação, como para a defesa, para que se possa saber a razão pela qual o réu recebeu determinada pena, possibilitando eventual ataque recursal ao *decisum*, além das regras que lhe são próprias limitarem o arbítrio do Magistrado e dos Tribunais, que deve sempre ser o

menor possível num Estado de Direito” (HC n. 118.763-MG, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), 6.T, DJe 19.12.2008).

Com efeito, na espécie, verifico que o juiz de primeira instância, no que foi ratificado pela Corte de origem, fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstâncias concretas aptas a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente. É dizer, *o fato de o agente ser conhecido antigo das vítimas e, uma delas ser pessoa idosa, ter uma arma apontada para si, e haver passado mal - registrada a possibilidade de um evento mais trágico, um mal súbito - bem como o emprego de arma de fogo para subtrair os pertences das vítimas*, tal como descrito nos autos, indica, como observado pelo magistrado singular, a covardia, a extrema ousadia e a periculosidade do réu, visto que demonstra o seu estado de espírito - disposto a “matar ou morrer” -, e justifica, a partir dos princípios da necessidade e da suficiência, a adequação do regime prisional fechado de início de cumprimento de pena.

IV. 2.

Estabelecer os parâmetros de aplicação do regime inicial de pena em casos como o dos autos requer do STJ a clara compreensão sobre sua razão de ser: conferir unidade ao sistema jurídico, projetando a aplicação do Direito para o futuro, mediante sua adequada interpretação, a partir do julgamento dos casos de sua competência.

Como acuradamente assere Daniel MITIDIÉRO (*Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013, *passim*), a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, a partir da interpretação adequada do Direito, alcançar o máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas.

Desde o final do século XIX, afirmava-se ser o Direito Penal “*a barreira infranqueável da Política criminal*” (VON LISZT, F. *Tratado de Direito Penal Alemão*. 1ª edição. Rio de Janeiro: F. Briguet & C. editores, 1899). Porém, essa separação absoluta entre as postulações de política criminal e a aplicação do Direito penal só foi consistentemente refutada em 1970, quando Claus Roxin defendeu que a Política Criminal e o Direito Penal devem entrelaçar-se, porquanto este último é “*a forma, através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica*”.

Assim, passa o Direito Penal a servir, simultaneamente, “para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo” (ROXIN, C. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2ª edição. Lisboa: Vega, 1993, p. 76).

Essa escola doutrinária pretende a superação do conceito meramente instrumental, ou formal, de Política Criminal, substituindo-o por outro, que viabilize a integração, em uma mesma ideia, tanto do interesse à *evitação e persecução de crimes*, como do interesse à *preservação das liberdades e garantias individuais*.

Trazendo essa concepção para a análise do caso vertente, há que se ponderar sobre *a importância e o alcance de uma correta aplicação da pena* (objeto da dogmática jurídico-penal), de modo a atender otimamente à sua função primordial, tendo como norte, tal qual dito acima, tanto a persecução e a evitação de crimes, quanto a preservação das liberdades e garantias individuais. Ou, sob outra ótica, o correto manejo do Direito Penal propicia “o máximo de bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 1ª edição. São Paulo: RT, 2002, p. 271).

É dizer, o enriquecimento da dogmática penal por aspectos atinentes à Política Criminal, *no caso dos autos*, em que se discute a fixação de *regime inicial de cumprimento de pena* em condenação pelo crime de *roubo duplamente majorado*, deve levar em consideração, em primeiro lugar, a necessidade de *integração*, sob uma concepção moderna de Direito Penal, do *escopo meramente retributivo com a teleologia essencialmente preventiva da sanção criminal*.

Miguel REALE JUNIOR ressalta, ao comentar a Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, que “*a nova Parte Geral torna mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando a cada passo a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo em diversos momentos os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida*”. Sublinha que, “*na nova Parte Geral, se faz menção em vários artigos à necessidade de atenção para a escolha justa da sanção aplicável tendo por base os critérios contidos no art. 59*”, que “*em muito difere do art. 42 do Código Penal de 1940, pois o texto atual estabelece com maior precisão que se deve ter em vista o que se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”. Nesse ponto, o autor – um dos membros da comissão de Revisão de 1984 – deixa claro que se trata da parte mais relevante do novo

texto, “*que se dissemina como um ‘refrão’*” (REALE JUNIOR, Miguel *et al.* Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 159 e 163).

Para atingir esse mister – a escolha justa da sanção necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime –, “*é imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o quantum da sanção e a sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação [...]*” (REALE JUNIOR, Miguel *op. cit.*, p. 164).

A importância desse ponto de vista evidencia-se quando constatamos que a aplicação da pena no caso concreto repercute na utilidade social que desempenha o Direito Penal e na sua justificação política – como veremos adiante –, de modo que, “*ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário para o réu mas para com o necessário à sociedade*”.

O próprio Código Penal, na redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984, no seu art. 33, § 3º, dispõe que “*a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*”, isto é, independentemente de o juiz haver reconhecido circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira etapa da dosimetria da pena, poderá justificar a fixação do regime carcerário inicial com fulcro naqueles critérios previstos no art. 59, tendo por norte a necessidade e a suficiência da reprimenda para a reprovação e prevenção do crime.

No caso sob exame, não se mostra suficiente invocar *tout court* o poder punitivo estatal para fixação do regime mais gravoso. É de fundamental importância, na judicatura criminal, nutrir a confiança dos cidadãos no Estado Democrático de Direito, por meio (i) da demonstração dos efeitos que a pena exerce sobre a população respeitadora do direito, que tem sua segurança reafirmada na vigência fática (e não meramente jurídica) das normas, i.e., a prevenção geral, de integração, positiva (ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal *in Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2ª edição. Lisboa: Vega Universidade, 1993, p. 15 e ss.; e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal *in Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. 1ª edição. São Paulo: RT, 1999, p. 86 e ss.), (ii) da coação psicológica decorrente da cominação e aplicação das sanções penais, como desestímulo a práticas delitivas por terceiros (prevenção geral, de intimidação, negativa); e (iii) da neutralização para a prática de novos delitos pelo segregado (prevenção especial negativa).

Santiago MIR PUIG (*El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 118-120) bem enfatiza, entre outros aspectos relativos ao tema, a distinção entre a *retribuição e a prevenção como objetivos primordiais da sanção criminal*. Sublinhando a necessidade de prevalência do caráter preventivo da pena, aduz o penalista catalão que “*se a retribuição visa ao passado e se esgota no castigo pelo fato, a prevenção visa ao futuro e objetiva inibir, mediante a cominação da pena, o cometimento de delitos*”.

A seu turno, erige-se como obviedade no meio forense e acadêmico a percepção de que – consoante já antecipava, há mais de dois séculos, o Marquês de Beccaria, em sua seminal obra *Dos delitos e das penas* – um dos maiores freios dos delitos “*não é a severidade das penas, mas sua infalibilidade*”. É mister, portanto, que não se ocupem tanto os legisladores e os intérpretes da lei penal com o incremento das penas (cominadas e concretizadas), dando maior ênfase na sua *efetiva aplicação*.

Assim, considero possível, sempre sob o alerta da refutabilidade de qualquer dedução lógico-científica, extrair-se a conclusão de que condutas consideradas, tanto pelo Direito Penal (dogmática), quanto pelo senso comum, como mais danosas à convivência humana, qual a de um *roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo*, não de receber uma resposta penal *que não se iguale àquelas de gravidade notoriamente menor*, sem embargo de ostentarem, no plano normativo, abstrato, a mesma sanção.

Dito de outro modo: alguém – jurista ou não –, em uma avaliação bem refletida, poderá duvidar que um roubo cometido com o emprego de um *canivete ou uma faca* (arma branca) possui o mesmo grau potencial lesividade à integridade física da vítima, comparativamente a um roubo cometido com o *emprego de um revólver ou de uma pistola* (arma de fogo), *ainda que positivadas ambas as situações no mesmo inciso do tipo penal incriminador*?

Em maior grau de particularização do questionamento: ainda que se comine, abstratamente, igual apenamento para uma e para outra das hipóteses apresentadas, *atenderá ao critério da proporcionalidade das penas, bem assim ao efeito dissuasório, preventivo* que se pretende atribuir à pena (quer para a população em geral, quer para o agente transgressor da norma), sancionar o infrator, em tais situações, com idêntica pena, *cumprida com igual rigor ab initio*?

E, para reduzir, ao máximo, o alcance da hipótese questionada: mesmo se, em atenção e com a estrita observância dos critérios indicados na lei penal para fixar-se o *quantum* da reprimenda, não se permitir a elevação da sanção

para além do mínimo legal – que, no exemplo em apreço é de 5 anos e 4 meses de reclusão – *haverá impedimento legal a que, no momento final do processo de individualização da pena, se opte pelo regime de pena mais severo*, na margem de discricionariedade ínsita à atividade jurisdicional, ainda que, certamente, balizada pelos ditames normativos?

Entendo que, fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada, qual deverá ser o regime inicial para o cumprimento da reprimenda. E, para tanto, não vejo como coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, sinalizem como *necessária, para o alcance dos fins da pena*, a imposição de *regime mais gravoso* do que indicaria a *mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal*.

E por qual razão se deveria prestigiar a possibilidade de opção judicial pelo regime mais gravoso de cumprimento inicial da pena, em casos de crime de roubo cometido com o emprego de arma de fogo?

Simplesmente porque não se pode ignorar a *trágica realidade de nosso cotidiano*, em que uma vergonhosa quantidade de vidas se perde em decorrência do emprego de armas de fogo na execução de crimes, nomeadamente o de roubo.

Com efeito, em conformidade com os dados oficiais de conhecimento público (*Mapa da Violência 2013*, disponível em www.juventude.gov.br), *a taxa de mortalidade por arma de fogo no país, de 21,72 óbitos em cada grupo de 100.000 habitantes, nos coloca na 2ª posição no ranking mundial de mortes por armas de fogo*.

As políticas públicas implementadas pelo Estado não geraram os efeitos esperados, se considerarmos que o *crescimento no número de jovens mortos por armas de fogo no país, entre 1979 e 2003, foi de 416%*, conforme estudo da Unesco.

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), *cerca de 40.000 pessoas morrem anualmente com o uso de armas de fogo no Brasil*, onde a cada três jovens que morrem um é vítima de arma de fogo.

Nossa realidade social – custa a acreditar – produz mais mortes que a maioria dos conflitos armados documentados pelo mundo em anos recentes. O Relatório sobre o Peso Mundial da Violência Armada, ao *elaborar um quadro de mortes diretas, em um total de 62 conflitos armados no mundo entre 2004 e 2007, constatou que os 12 maiores conflitos vitimaram 169.574 pessoas nos quatro anos*

computados. No Brasil, país teoricamente sem conflito armado, nos últimos quatro anos disponíveis – 2008 a 2011 – foi documentado o total de 206.005 vítimas de homicídios.

No “Mapa da Violência 2013, Mortes Matadas por Armas de Fogo”, Julio Jacobo WAISELFISZ enfatiza que são vários os fatores que concorrem para a explicação de nossos elevados níveis de mortalidade por armas de fogo, entre eles, a (i) *facilidade de acesso a armas de fogo* (o arsenal de armas de fogo em mãos da população é vasto, estimado em 15,2 milhões - 6,8 registradas e 8,5 não registradas); a (ii) *cultura da violência* do brasileiro (contrariando a visão amplamente difundida, de que a violência homicida do país se encontra imediatamente relacionada às estruturas do crime – especificamente à droga –, diversas evidências parecem apontar para uma alta proporção de assassinatos por motivos fúteis – brigas, ciúmes, conflitos entre vizinhos, desavenças, discussões, violências domésticas, desentendimentos no trânsito, etc –); bem como a (iii) *impunidade* (o índice de elucidação dos crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil: estima-se que varie entre 5% e 8%, enquanto é de 65% nos Estados Unidos, de 80% na França e de 90% no Reino Unido). (“Mapa da Violência 2013”, disponível em www.juventude.gov.br).

Ressalte-se, a propósito, a *maior mortalidade pelo uso de arma de fogo* em relação a outros tipos de armas, conclusão a que chegaram estudos tanto criminológicos quanto médicos.

SILVA, v.g., ao compilar dados de treze Estados brasileiros sobre homicídios nos anos de 1997 e 1998, concluiu que, *enquanto os homicídios praticados com arma de fogo representam 78,31% do total, os com arma branca se resumem a 10,96%* (Silva, J. F. *Homicídios no Brasil: 1997 – 1998*. Movimento Nacional de Direitos Humanos. 2000. Disponível em <www.dtnet.org.br/mnh/bdados/btxt1.htm>).

Spencer Netto, Pereira da Silva e Sodr e Albuquerque relatam que, em pacientes com lesão traumática de aorta, *a incidência das lesões por arma branca representa uma mortalidade menor em compara o com lesões penetrantes de aorta por projétil de arma de fogo*. (SPENCER NETTO, F. A. C.; SILVA, A. P. da; ALBUQUERQUE, M. C. S. *Arma branca retida em aorta abdominal superior*. Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões, Rio de Janeiro, v. 31, n. 5, Sept./ Oct. 2004, disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-69912004000500013&script=sci_arttext>). Diversos outros estudos realizados por inúmeras entidades médicas ratificam essa conclusão (DEMETRIADES,

D. *et al.* *Mortality and prognostic factors in penetrating injuries of the aorta*. Journal of Trauma-Injury Infection & Critical Care, v. 40, n. 5, p. 761-763. May 1996; JOUSI, M. *et al.*, *Management and outcome of traumatic aortic injuries*. Ann Chir Gynaecol, v. 89, n. 2, p. 89-92. 2000; MULLINS, R. J. *et al.* *Abdominal vascular injuries*. Surg Clin North Am, v. 76. n. 4, p. 813-832. 1996.; MANDAL, A. K.; SANUSI, M.. *Penetrating chest wounds: 24 years experience*. World Journal of Surgery, v. 25, n. 9, p. 1.145, 2001).

Essas avaliações – vale observar – não representam nenhuma novidade. O debate sobre controle de armas de fogo se desenrola nos Estados Unidos desde o início do século XX e vários estudos sobre o tema corroboram as conclusões ora sustentadas. Franklin ZIMRING, diretor do Centro de Estudos em Justiça Criminal da Universidade de Chicago e autor do livro *The City That Became Safe: New York's Lessons for Urban Crime and Its Control* (New York: Oxford University Press. 2013. Studies in Crime and Public Policy), ao investigar a queda de 80% da criminalidade, entre 1991 e 2000, na cidade de Nova Iorque, descreve que *a taxa de mortalidade por ataque a faca é de um quinto em relação a taxa de mortes por arma de fogo*.

Diante desse quadro, fácil é concluir o fracasso brasileiro na *evitação e persecução de crimes violentos, cometidos com o auxílio de arma de fogo*, motivo pelo qual os critérios de prevenção geral e especial servem como *critérios constitucionalmente legítimos de política criminal – implementados por meio dos critérios da dogmática penal* -, pois em conformidade com o dever de proteger não só os indivíduos, mas a própria coesão social.

IV.3.

Decerto que a pena é, por natureza, um ato de afirmação política de uma sociedade organizada, o que, sem embargo, não implica ser arbitrária sua aplicação, sobretudo no Estado Democrático de Direito, cioso, ante a advertência de Montesquieu, de que “toda pena que não derive da necessidade é tirânica”.

Nesse modelo, *o Direito Penal não existe apenas para punir, mas para limitar o poder punitivo do Estado*. A Constituição, o ordenamento infraconstitucional, o Poder Judiciário e a própria organização governamental que cuida do sistema prisional, todos, num sistema de freios e contrapesos, atuam no sentido de *aplicar a pena nos limites impostos por esse sistema*.

E justamente o caráter político da pena faz dela um dos principais esteios que legitimam o Estado frente às demandas dos cidadãos, como se vê das inúmeras *manifestações populares que repudiam o sentimento de impunidade* generalizada. Bem por isso, “a legitimidade do Poder Judiciário não é de tipo representativo ou consensual – adverte Luigi FERRAJOLI –, mas de tipo racional e legal. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*. Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria” (*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 437).

Daí por que, sob outra angulação, não mais se concebe a pena como uma vingança pública. Em verdade, “a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança”; é dizer, “historicamente, o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas sim como negação da vingança” (FERRAJOLI, L. *idem*, p. 269).

Assim, ainda que, como já dito, tenha a pena uma teleologia voltada à evitação de novos crimes, *não se lhe pode suprimir o caráter de retribuição, expiação ou compensação do mal causado pelo crime*, a “*justa paga do mal que com o crime se realizou, [...] o justo equivalente do dano do fato e da culpa do agente*”, a exigir alguma medida de proporcionalidade (FIGUEIREDO DIAS, J. de. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: RT, 2007. t. 1. p. 43-45).

E, ressalte-se, *o caráter retributivo das penas tem pedigree humanista*, visto que foi desenvolvido como conseqüência de uma *teoria limitadora do ius punienti* estatal, quando se desenvolvia a ideia de um direito penal adequado ao Estado de Direito. É bem conhecida a afirmação de Kant, em *A Metafísica dos Costumes*, de que a retribuição é um imperativo categórico, responsável pela idéia de justiça a legitimar o próprio Estado (KANT, I. Lisboa: Editora Calouste Gulbenkian, 2004, p. 455).

Portanto, ao conjugar a ideia de pena como ato político com a necessidade de, legitimamente, tutelar a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo, forçoso concluir que *qualquer omissão do Estado em aplicar uma pena minimamente proporcional, dentro de limites previamente previstos, consubstancia inegável omissão estatal a caracterizar proteção deficiente de direitos fundamentais, objetivamente considerados*.

A esse respeito observa Luciano FELDENS que os deveres de proteção do Estado, a partir de sua origem nas concepções contratualistas de sociedade política, evoluíram para uma forma adequada à dogmática dos direitos fundamentais, que lhe servem de fundamento. Esses deveres de proteção se

irradiam em todo o sistema penal (tipificação de novos crimes, prescrição de penas, sistema de garantias processuais, efetividade do sistema prisional, etc.), com o intuito de *garantir uma tutela judicial integralmente adequada à moderna concepção dos direitos fundamentais*:

[...] a interpretação dos princípios e garantias deve-se realizar na integralidade da relação jurídica envolvida pelo Direito Penal, abrangendo o plano processual. O direito à tutela judicial efetiva, por exemplo, pressupõe que a atividade jurisdicional inclua, em seu norte de atuação, o direito do titular do direito fundamental lesado de ver a causa pena julgada em tempo razoável e de que, *na hipótese de decisão condenatória, seja a sanção efetivamente implementada*. (FELDENS, L.. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 77). Destaquei.

No mesmo sentido, Luís Gustavo Grandinetti CASTANHO DE CARVALHO afirma que é função do sistema penal a proteção dos direitos fundamentais também dos “*não desviantes*”, naqueles casos incontestes em que a liberdade do réu coloca em risco os direitos fundamentais da vítima ou de outros membros da sociedade. (Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública, *in* CASTRO MENDES, A. G. de. *Acesso à Justiça & Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 254).

Após ressaltar a outorga, em favor do acusado, de uma *ampla gama de garantias penais e processuais – conquistas da civilização, direitos inalienáveis e irrenunciáveis*, previstas tanto no direito internacional quanto no ordenamento interno –, e frisar a importância do sistema penal como “*instrumento de contenção*” do Estado, Lenio STRECK afirma que não se tem levado em conta o “*outro lado dos direitos fundamentais*”: o sistema penal visto como um *instrumento estatal de proteção dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade*, agredidos por comportamentos provenientes de atos delituosos (*O dever de proteção do Estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?”* Disponível em: <<http://www.jeni0streckjc0m.br>>. Acesso em 23.3.2014).

Sob essa preocupação, não passa despercebida a segmentos da doutrina e da jurisprudência a necessidade de densificar a norma penal incriminadora – no *espaço de interpretação franqueado ao prudente arbítrio judicial* –, de tal sorte que se atenda à teleologia do poder sancionador estatal, mediante resposta punitiva proporcional à gravidade do comportamento reprovado.

O dever de proteção tem como destinatário não apenas o legislador, mas também o administrador e o Poder Judiciário. Assim, “viola o dever de proteção não apenas o legislador omissor, mas também o juiz que dá à legislação interpretação que não assegure a proteção, como aquela que leva a um completo esvaziamento ou impossibilidade de aplicação de normas penais ou processuais penais (...)” (BALTAZAR JUNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64).

Daí por que não é de eliminar-se a hipótese de que, “em casos excepcionais, o juiz, com fundamentação apropriada, possa estabelecer o regime fechado para condenado com pena inferior a oito anos”, haja vista que “o princípio que rege a individualização do regime também é o da necessidade e suficiência” (PAGANELLA BOSCHI, J. A. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 279, n. 9).

Nesse sentido, e também por variadas razões oriundas de uma mesma noção de dever de proteção, a jurisprudência tem oferecido julgados com tais preocupações. Nesta Corte de Precedentes colaciono os seguintes arestos, com meus destaques, da relatoria do Ministro Marco Bellizze:

[...] Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade. Se a locução “emprego de arma” - causa especial de majoração da pena no crime de roubo -, abrange tanto as armas impróprias (faca, chave de fenda, pedaço de pau, de vidro, emprego de animais, por exemplo), cujo porte não é proibido, quando as armas de fogo - conduta que constitui crime autônomo e grave -, nada mais razoável e lógico do que a censura penal incidente sobre roubos com armas impróprias e próprias tenha tratamento distinto, se não na quantidade de pena, pelo menos na qualidade da resposta penal. Portanto, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo - aspecto quantitativo -, justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita - aspecto qualitativo. (HC n. 274.149-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5T., DJe 3.9.2013)

[...] Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor na resposta penal, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo e do

concurso de pessoas, circunstâncias que evidenciam a acentuada periculosidade dos pacientes. Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, *não deve ser tratado de modo idêntico o agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade.* (HC n. 258.075-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5T., DJe 1.2.2013; no mesmo sentido, AgRg no REsp n. 1.288.935-AL, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5T., DJe 28.5.2013).

E, no tocante à possibilidade de fixação de regime mais gravoso ao sentenciado a quem se fixou a sanção mínima correspondente ao tipo penal em que incorreu, *tanto a Quinta Turma quanto a Sexta Turma do STJ* são férteis de julgados. Confira-se, exemplificativamente, os que seguem, destacados:

[...] Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos, encontra-se motivada a sujeição ao regime inicial fechado quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. [...] (HC n. 258.082-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T., DJe 18.3.2013)

[...] 2. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da *pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal de origem salienta particularidade fática (perpetrados pelo concurso de pelo menos três agentes, dentre eles menores, em ação típica dos chamados arrastões), que revela um plus de reprovabilidade na conduta do paciente, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.* (HC n. 252.068-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T., DJe 31.3.2014)

Habeas corpus. Roubo (tentativa). Pena que não alcança quatro anos de reclusão. Estabelecimento de regime fechado para o início da expiação. Existência de concreta fundamentação. Possibilidade.

1. *A fixação da pena-base no patamar mínimo não impede o estabelecimento de regime prisional mais gravoso, desde que haja efetiva fundamentação da necessidade da medida.*

2. No caso, foi reconhecida, na espécie, a agravante da reincidência, o que, num primeiro momento, autorizaria o estabelecimento do regime prisional semiaberto, a teor do que preceitua a Súmula n. 269-STJ.

3. *No entanto, o Magistrado singular também apontou a existência de "inúmeros antecedentes criminais" e a especial gravidade (concreta) do delito.*

4. De se ver que o ora paciente havia jogado querosene na vítima e só não conseguiu atear fogo nela, porque foi impedida por um transeunte. Tais circunstâncias denotam maior juízo de reprovação e autorizam o estabelecimento do regime prisional mais gravoso.

5. Assim, muito embora a sanção corporal não alcance 4 (quatro) anos, havia elementos concretos a justificar a opção pelo regime prisional fechado para o início da expiação.

6. Ordem denegada. (HC n. 219.335-SP, Rel. Ministro *Og Fernandes*, 6T., DJe 14.11.2011)

Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Arma de fogo. [...] Regime inicial de cumprimento de pena. Modo semiaberto. Elementos concretos a justificar a manutenção do regime fechado. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

1. Quanto à fixação do modo inicial de resgate da pena, constata-se que este foi exasperado com base em elementos concretos do delito, tendo em vista que foi efetuado um disparo com a arma de fogo, mostrando-se razoável a manutenção do regime inicial fechado para o resgate da reprimenda imposta ao paciente, já que o roubo se revestiu de particularidades que indicam sua maior gravidade.

2. Ordem denegada. (HC n. 141.874-SP, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, 5T., DJe 9.8.2010)

[...] 1. *Apesar da aplicação da pena no mínimo legal e da primariedade do agravante, a fixação do regime mais severo teve fundamentação idônea, extraída de elementos concretos da prática delitiva, em que houve ameaças às vítimas, por meio da utilização direta de arma de fogo.*

2. *Inexiste ilegalidade na imposição do regime fechado, tampouco desrespeito ao comando das Súmulas n. 440-STJ e 718 e 719-STF.*

3. *A estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda. [...]* (AgRg no AREsp n. 169.855-SP, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, 6T., DJe 29.5.2013)

[...] A escolha do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada ao condenado. É de rigor a consideração das demais circunstâncias do caso concreto, para a escolha do regime mais adequado à repressão e prevenção do delito.

- O Tribunal *a quo* entendeu que o crime foi perpetrado com ousadia e periculosidade acentuada - roubo de grande quantidade de ouro, avaliado em R\$ 250.000,00, com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes -, de forma que, diante das peculiaridades do caso concreto, estava justificada a fixação do regime inicial mais gravoso [...]. (HC n. 225.791-SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), 5T., DJe 10.5.2013)

Vale aludir, ainda, a recente julgado do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que Sua Excelência, admitindo parâmetros outros que não os indicados, aparentemente de modo rígido, no art. 33 do Código Penal, chancelou a imposição de regime fechado para réu não reincidente, condenado a pena inferior a 8 anos de reclusão, com pena-base fixada no mínimo legal:

[...]

Com efeito, entendo que o art. 33, § 2º, do Código Penal é claro ao dispor que *constitui faculdade, e não obrigação, sujeita ao prudente arbítrio do magistrado, fixar um regime mais brando para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sopesadas as peculiaridades de cada caso.*

Além disso, o art. 33, § 3º, do mesmo diploma, determina ao juiz sentenciante que, assim como no procedimento de fixação da pena, observe os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal no momento da definição do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

No presente caso, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena está em conformidade com a Súmula n. 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, tal como ocorreu.

[...]

Ora, da análise do trecho acima transcrito, verifica-se que o Tribunal bandeirante optou pela fixação do regime inicial fechado em razão da gravidade concreta das circunstâncias que envolveram o delito, bem como da periculosidade revelada por essa prática. Tais fundamentos, a meu juízo, autorizam a imposição do regime prisional mais gravoso. (RHC n. 118.194, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2T., unânime, DJe 3.2.2014)

Releva observar que tal julgado teve origem em *habeas corpus* denegado, à unanimidade, pela 6ª Turma do STJ, relatado pela Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), e *cuidava de hipótese ineludivelmente menos grave*, pois dizia respeito a um roubo “agravado pelo concurso de quatro agentes, mediante *simulação de posse de arma de fogo*” (HC

n. 252.256-SP, j. 9.4.2013, DJe 22.4.2013), tendo sido esta a única referência ao caso concreto para se aceitar a imposição do regime fechado, tanto no STJ quanto no STF, sem que se vislumbrasse qualquer ofensa à Súmula n. 440-STJ ou à Súmula n. 719-STF.

IV.4.

Feita toda essa digressão, que, todavia, *não reflete o pensamento da Turma* - visto que restei vencido no julgamento do HC n. 284.557-RJ (ainda não publicado) - esclareço que o caso vertente *não traz apenas o emprego de arma de fogo como fundamento para a fixação do regime mais gravoso*, mas também outras circunstâncias, quais sejam, as de que o paciente, ***auxiliado por três outros indivíduos, que mantiveram as vítimas privadas de suas liberdades, era conhecido antigo e vizinho de uma das vítimas, pessoa idosa que, ao ter uma arma apontada para si, sofreu um mal súbito, maximizando o risco de um desfecho trágico.***

Como já tive asserti (no HC n. 284.557-RJ), o sujeito que se utiliza de uma *arma de fogo* para cometer um roubo, usualmente a aponta na direção da vítima e, não raro, aciona o gatilho. *Em minha concepção - que, insisto, não foi acompanhada pela maioria da 6ª Turma* - não seria cogente que os magistrados sentenciantes explicitassem o que, *concessa venia*, me parece óbvio, ou seja, que tal ação delitiva implica concreto risco de morte para a vítima do assalto e que, portanto, o comportamento de quem emprega meio coercitivo tão letal recomenda o regime inicial fechado de cumprimento da pena, à vista de suas finalidades, *sempre, é claro, ressalvada a avaliação particular do caso.*

No caso concreto, não ignoro a existência de elementos outros, já indicados, que sustentaram a escolha do regime mais gravoso, mas entendo que tais circunstâncias apenas tornam mais robusta a convicção judicial quanto ao acerto da opção pelo regime inicial fechado de cumprimento da pena imposto aos autores do roubo.

A reflexão que subjaz a essa temática, em tom indagativo, é: o risco de a vítima de um roubo sofrer, como na espécie, um mal súbito - que pode levá-la à morte -, decorrente do sobressalto e do temor de ser alvejada por um projétil, é diferente do *risco concreto* a que se expõe qualquer vítima de roubo com *emprego de arma de fogo*, de ser gravemente ferida, ou morta, pelo simples acionamento do gatilho de um revólver ou de uma pistola?

A resposta, a meu sentir, é categórica: não, o risco concreto de um desfecho trágico é o mesmo.

Desafortunadamente, a banalização desse mal - emprego de revólveres e pistolas no cotidiano da violência urbana e rural no Brasil - tem obviado a opção judicial pelo regime mais gravoso, ao argumento de que se cuidaria de mera reprodução do tipo penal ou de fundamentação abstrata, desconsiderando a evidência de que uma arma de fogo em um roubo (e não apenas uma outra arma qualquer - faca, canivete, pedaço de madeira etc) singulariza tal ilicitude penal.

Em suma, o que seria algo excepcional tornou-se corriqueiro, e talvez por isso o Poder Judiciário tenha perdido a capacidade de responder, com o uso proporcional do instrumentário legal, a essa triste realidade de nosso país.

V. Conclusão.

À vista de todas essas considerações, *não conheço do habeas corpus* e, examinando seu conteúdo, *não identifico constrangimento ilegal* que pudesse me levar a, *ex officio*, conceder a ordem postulada.

HABEAS CORPUS N. 288.465-AM (2014/0030228-1)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Impetrante: Jose Francisco Lima Pessoa e outro

Advogado: José Francisco Lima Pessoa e outro(s)

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

Paciente: R S de QP

EMENTA

Processual Penal e Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Participação de agente com foro especial. Indícios sérios e relevantes. Ausência. Foro funcional prevalente. Regra geral da separação dos feitos. Excepcional reunião para evitar prejuízos. Critérios normativo e de oportunidade. Nulidade não reconhecida. Limitado acesso de valoração da prova

no *habeas corpus*. Dolo aferido da conduta imputada. Inépcia não reconhecida. Justa causa presente. Desmembramento não acolhido na origem. Critério de necessidade e oportunidade não revisáveis no *habeas corpus*. *Habeas corpus* não conhecido.

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

2. A competência em razão da função somente incide a partir do momento em que constatados indícios sérios e relevantes da participação de agente com direito ao foro especial, situação não admitida na origem e de fatos incertos, com valoração não cabível no *habeas corpus*.

3. A competência do foro especial, prevalente, para os crimes conexos e agentes em continência por cumulação subjetiva, foi no Ag. Reg. no Inq n. 3.515 (julgado 13.2.2014 pelo Supremo Tribunal Federal) restringida por interpretação do critério de excepcionalidade do constitucional foro funcional.

4. Estabeleceu-se fundamento normativo de competência (limitação do foro prevalente pela essencialidade da reunião dos feitos) e critério de oportunidade (assim que constatada a ausência de prejuízos relevantes com a separação), mas não regras de nulidade ou do reconhecimento de prejuízos como fundamento necessário para tanto.

5. Não admitida na origem a falta de prejuízos pela cisão dos fatos, descabe a revisão do critério de oportunidade no *habeas corpus*.

6. A denúncia por crime não culposos tem o dolo inferido na conduta imputada: ao descrever a prática de relações sexuais com menor de quatorze anos, a acusação expressa, implícita mas clara e diretamente, que essa conduta deu-se conscientemente pelo agente, sabedor das condições do fato imputado.

7. Justa causa admitida na origem e fundada em depoimento da vítima.

8. Pleito de desmembramento da persecução criminal compreendido como desaconselhável pelo Tribunal de origem, por

critérios de necessidade e oportunidade que não cabem revisão no *habeas corpus* a Corte Superior.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 3 de junho de 2014 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 20.6.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de R S DE Q P, apontando, como autoridade coatora, o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que recebeu integralmente a denúncia apresentada, nos autos do Inquérito n. 0225904-33.2012.8.04.0001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado, juntamente com outros 19 corréus, após investigação da Delegacia Especializada em Proteção à Criança e Adolescente da Comarca de Manaus-AM que concluiu pela existência de uma rede de exploração sexual infanto-juvenil na referida cidade.

Imputou-se ao paciente a conduta prevista no art. 217-A, *caput*, do Código Penal (fl. 3101e).

Sustentam os impetrantes que o paciente sofre constrangimento ilegal por inépcia da denúncia, ante a atipicidade dos fatos imputados ao paciente e ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade, carecendo, pois, o processo, de justa causa.

Aduzem que na denúncia não houve a narrativa do elemento subjetivo do tipo, ou seja, de que o autor do fato tivesse ciência de que a pessoa com quem mantivera relação sexual fosse menor de 14 (quatorze) anos (fl. 9e).

Alegam que o único elemento de prova para a apresentação da denúncia contra o paciente foi a palavra da própria vítima, colhida no inquérito, pela autoridade policial, quando esta já detinha conhecimento de que, dentre os investigados, estava o Prefeito da cidade de Jutai-AM, *Asclepiades Costa de Souza*.

Ante a prerrogativa de foro do mencionado prefeito, asseveram que o inquérito deveria ter sido remetido ao Tribunal de Justiça do Estado, para que as investigações fossem realizadas sob sua supervisão, o que não ocorreu. Desse modo, tem-se a nulidade das provas colhidas pela autoridade policial.

Destacam a necessidade de desmembramento do processo com relação ao paciente, pois consta dentre os denunciados o Deputado Estadual *Fausto Souza*, que tem prerrogativa de foro, e as condutas imputadas ao paciente não possuem qualquer espécie de liame subjetivo, objetivo ou instrumental, com qualquer conduta atribuída ao referido denunciado com prerrogativa de foro.

Requerem, nesse contexto, a concessão da ordem, liminarmente, para que seja suspensa a ação penal contra o paciente, até o julgamento do presente *writ* e, no mérito, a rejeição da denúncia, com o trancamento da ação penal ou, se eventualmente não deferidos os pedidos anteriores, seja concedida a ordem para determinar-se, em relação ao paciente, a prisão e desmembramento do feito, com a extração e remessa de fotocópias ao Juízo competente (fl. 28e).

Indeferida a liminar e prestadas informações, foi o parecer ministerial pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC n. 213.935-RJ, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Quinta Turma*, DJe de 22.8.2012; e HC n. 150.499-SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, DJe de 27.8.2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC n. 104.045-RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, *Primeira Turma*, DJe de 6.9.2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

A primeira tese da impetração é de ilegal desenvolvimento da investigação criminal por autoridade policial, quando investigado Prefeito Municipal. A competência em razão da função somente incide a partir do momento em que concretizado suporte probatória da atuação criminal de autoridade com direito a esse foro.

Na espécie, justificou o Tribunal de Justiça do Amazonas que essa situação ainda não ocorria, como se verifica da fundamentação do recebimento da denúncia:

O grande motivo para aproveitá-la, firma-se no inequívoco fato de que, no início das investigações, não se tinham informações precisas a apontar o envolvimento de pessoas que ostentavam a prerrogativa decorrente do foro privilegiado. Nota-se que, muito embora, conste no depoimento inicial da vítima Bruna Yasmim, de 13 anos, que acarretou a instauração do inquérito, a menção de uma pessoa conhecida como "Loiro", não se podia, àquela época, imaginar tratar-se de um Prefeito Municipal. Aliás, ainda que ciente da circunstância, não poderiam as autoridades policial e judicial concluir que o investigado seria ao final denunciado. A decisão de remessa dos autos à instância superior não pode se firmar em conjecturas, suposições, mas sim, em elementos precisos de convicção, quadro este de inviável consecução em sede inquisitorial. Logo, como se tratava de investigação, sem acusação formalizada contra detentor de foro privilegiado, apresentava-se manifestamente desnecessária a remessa dos autos à instância ad quem. Urge salientar que as interceptações telefônicas ocorreram nos aparelhos móveis de propriedade dos supostos agenciadores, e, apenas no decorrer das investigações, descobriu-se suposto envolvimento de Deputado Estadual e Prefeito Municipal na cadeia de eventos.

Efetivamente, apenas ante indícios sérios e relevantes pode-se compreender como necessário o deslocamento da investigação para o foro especial, isto não se tendo confirmado na espécie, a incursão mais aprofundada de valoração da prova descabendo inclusive nesta via do *habeas corpus*.

Quanto à competência do Tribunal de Justiça para o processamento de coautores sem prerrogativa de foro funcional, tem-se situação de expressa autorização legal do Código Processo Penal, como hipótese de continência e do prevalente foro de maior gradação:

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação;

De outro lado, a função protetiva (de interferências no Poder e entre Poderes) do foro funcional surge como proteção estrita ao agente público - daí a vedação a proteção após o cargo (ainda que por crimes funcionais).

Conciliando essas disposições de lei e de caráter estrito do foro funcional, veio recentemente o Supremo Tribunal Federal a estabelecer *critério de que o desmembramento seja a regra geral, admitindo-se exceção nos casos em que os fatos relevantes estejam de tal forma relacionados que o julgamento em separado possa ocasionar prejuízo relevante à prestação jurisdicional (...) e determinado na primeira oportunidade possível, tão logo se possa constatar a inexistência de potencial prejuízo relevante* (Min. Luís Roberto Barroso) - Ag. Reg. no Inq n. 3.515 (julgado 13.2.2014).

Trata-se de fundamento normativo de competência (limitação do foro prevalente pela essencialidade da reunião) e critério de oportunidade (assim que constatada a ausência de prejuízos relevantes com a separação dos feitos). Não se tem na espécie, porém, situação de certa prescindibilidade da reunião dos crimes e agentes - e a incursão no tema demandaria aprofundado revolvimento da prova - e em nenhum momento a Corte Suprema definiu regras de nulidade ou do reconhecimento de prejuízos como fundamento necessário para tanto.

Deste modo, não tenho como certa a ausência de vínculos necessários ao julgamento conjunto dos fatos (por conexão de crimes e por continência dos agentes) e, menos ainda, configuração de prejuízos pelo julgamento reunido. Deste modo, rejeito a arguição de nulidade.

Na exame da tipicidade, verifico que se imputou-se ao paciente a conduta prevista no art. 217-A, *caput*, do Código Penal (fl. 3.101e), em conduta assim descrita pela denúncia (3.074 e 3.078e):

A denunciada promoveu quatro encontros sexuais entre o denunciado *Raimundo Sales de Queiroz Pedrosa* e a menor *Bruna Yasmin Dias Vieira*, de 13 anos de idade, já qualificada. Os encontros ocorreram no primeiro semestre de 2012. A menor era sempre levada de carro pela denunciada *Luciana Canôe Silva* para

uma casa localizada na Av. Efigênio Sales, Condomínio Jardim Vila Rica, local onde ocorria o programa sexual. Cada programa sexual foi remunerado com a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais).

[...]

Os denunciados **Waldery Areosa Ferreira e Raimundo Sales de Queiroz Pedrosa**, pelo fato de terem mantido conjunção carnal com a menor **Bruna Yasmin Dias Vieira**, de 13 anos de idade, incidem na pena cominada ao crime de estupro de vulnerável/ previsto no art. 217-A do Código Penal.

Tem-se na imputação inicial clara descrição dos fatos, com data e circunstâncias, e a direta acusação de manter relação sexual com menor de quatorze anos. O dolo, não se tratando de crimes culposos, é inferido da conduta imputada: ao descrever a prática de relações sexuais com menor de quatorze anos, o agente acusador expressa, implícita mas clara e diretamente, que essa conduta deu-se conscientemente pelo agente, sabedor das condições do fato imputado.

A comprovação da ciência efetiva da condição de criança da vítima, é matéria a ser comprovada na instrução criminal, de valoração descabida no *habeas corpus*.

Igualmente não é admissível no *writ* a valoração de suficiência da prova embasadora da persecução criminal, pois não se tem incontestada situação de ausência de prova. Ao contrário, é indicado o depoimento da vítima demonstrando a prática de relações sexuais com o paciente e, se há inclusive conversas telefônicas gravadas que favorecem a versão de que não sabia da idade da vítima, isto pode no máximo se constituir em relevante fundamento probatório da ausência de dolo, mas não de sua certa inexistência neste momento.

Apontando o suporte probatório para sustentar a justa causa, assim expressou o acórdão atacado:

O Ministério Público *sustenta* que Bruna Yasmin, 13 anos, também foi “negociada” por *Luciana Canôe* com o denunciado **Raimundo Sales de Queiroz Pedrosa**, o qual teria, no primeiro semestre de 2012, mantido encontros sexuais com a menor em imóvel localizado na Av. Efigênio Sales, Condomínio Vila Rica, mediante o pagamento de R\$ 200,00 (duzentos reais). Com relação ao acusado, a menor em seus depoimentos teria se reportado como “*Sales*”, de aproximadamente 37 anos, gordo, baixo, cabelos grisalhos, branco, olhos castanhos, supostamente dono do supermercado DB, possivelmente proprietário de uma picape Toyota Hilux preta e de um imóvel no Condomínio Vila Rica,

localizado na Avenida Efigênio Sales (fls. 55-58 e 61-64). Houve também reconhecimento fotográfico (fls. 92-93).

As condutas se enquadram no tipo penal previsto no art. 217-A, do Código Penal.

Não acolhida a ilicitude dos indícios investigatórios colhidos enquanto não se tinha segurança na autoria de agente com foro especial e existindo prova oral do crime, com dolo nesta fase então admitido pela conduta imputada, não vejo inépcia na inicial acusatória.

Finalmente, o pleito de desmembramento da persecução criminal em face do paciente, que acima já se salientou constituir critério de valoração da prova - de imprescindibilidade ou não da reunião dos crimes e agentes -, e assim situar-se fora dos limites do *habeas corpus*, foi fundamentadamente rejeitado pelo Tribunal *a quo*:

Quanto ao pedido de desmembramento do feito, ressalto que o art. 80, do Código de Processo Penal prevê a separação facultativa de processos, diante das seguintes hipóteses: (i) quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou lugar diferentes, ou, (ii) quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou (iii) por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Sobre o primeiro ponto, viu-se que os “denunciados-agenciadores” funcionam como tronco comum de toda a cadeia delitiva. Era sempre por meio da atuação desses, que os “denunciados-clientes” incorriam nas supostas práticas criminosas, de tal forma que a apuração das condutas imputadas a esse segundo grupo (“clientes”) está diretamente subordinada à da conduta dos agenciadores. Sendo assim, muito embora se consiga identificar os diferentes atos típicos ocorridos em tempo e lugar distintos, então, por outro lado, objetiva e subjetivamente ligados, gerando conexões intersubjetiva, objetiva e probatória, que cumulados, desaconselham o desmembramento do feito. Providência em sentido contrário, a meu ver, potencializa tanto a inconveniência na produção de provas e instrução do feito quanto a prolatação de decisões conflitantes e incoerentes entre si.

Logo, indefiro o pedido de desmembramento.

Deste modo, não constatando ilegalidades provadas na persecução desenvolvida, não vejo caso de concessão de ofício da ordem de *habeas corpus*.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS N. 293.605-SP (2014/0099498-8)

Relatora: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE)

Impetrante: Wellington Nunes da Silva

Advogado: Wellington Nunes da Silva

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Poliano Pereira de Magalhães (preso)

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Descabimento. Execução penal. Progressão de regime deferida pelo juízo de piso e cassada pelo tribunal. Exigência de exame criminológico. Fundamentação inidônea. Gravidade abstrata do delito e longevidade da pena. Constrangimento ilegal evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– Embora o art. 112 da LEP, pela Lei n. 10.792/2003 tenha deixado de exigir o exame criminológico para aferir o requisito subjetivo para a progressão de regime prisional, tal perícia não foi abolida, sendo admitida, nos termos da Súmula n. 439 do STJ, levando-se em conta as peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

– Todavia, na hipótese dos autos, o Tribunal *a quo* reformou a decisão de piso, justificando a realização do exame criminológico apenas na gravidade abstrata dos delitos praticados e na longevidade da pena, não restando demonstrado qualquer elemento concreto acerca do demérito do paciente, tendo em vista a ausência do registro de qualquer incidente durante a execução da pena.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar o acórdão do Tribunal *a quo* e restabelecer a decisão de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 5 de junho de 2014 (data do julgamento).

Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE),
Relatora

DJe 27.6.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE): Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de *Poliano Pereira de Magalhães*, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Infere-se dos autos que o paciente cumpre pena privativa de liberdade de 11 (onze) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, com início em 24.2.2008 e término previsto para 16.3.2019, tendo o Juízo da Execução Penal, em 29.5.2013 deferido o pedido de progressão ao regime aberto, concedendo, ainda, a prisão albergue domiciliar (fls. 23-26).

Em sede de agravo em execução, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial determinando o retorno do apenado ao regime anterior para a elaboração de exame criminológico visando apurar o cumprimento do requisito subjetivo, tendo o paciente sido recolhido ao cárcere no regime fechado em 28.11.2013. O acórdão ficou assim ementado:

Agravo em execução Progressão de regime Recurso ministerial para realização de exame criminológico Atual redação do art. 112 da LEP não revogou art. 33 do CP, ainda é necessária a análise do mérito. Agravado encontra-se encarcerado por prática de crimes graves, demonstrando possuir mentalidade voltada para

a criminalidade, assim, simples atestado de bom comportamento, que não apresenta qualquer elemento aprofundado da personalidade atual do agente não é suficiente, neste caso, para preenchimento do requisito subjetivo, sendo necessária a realização de exame criminológico. Dado provimento ao agravo, para determinar o retorno do agravado ao regime fechado, submetendo-se ao exame criminológico (fls. 33).

No presente *mandamus*, alega a impetrante que a Lei n. 10.792/2003 não exige o exame criminológico para a instrução do pedido de progressão de regime, tendo em vista que a perícia técnica passou a ser medida de exceção, devendo ser fundamentada concretamente em fatos ocorridos durante a execução penal, conforme o enunciado da Súmula n. 439-STJ.

Sustenta que, no caso dos autos, basta a comprovação do requisito temporal e o atestado de bom comportamento carcerário emitido pelo Diretor do estabelecimento prisional, ressaltando que a duração da pena a cumprir e a gravidade do crime não podem impedir a progressão de regime.

Assevera, por fim, o excesso do prazo na realização do exame criminológico.

Pleiteia o restabelecimento da decisão de primeiro grau que deferiu ao paciente o benefício requerido, determinando-se a expedição de alvará de soltura.

A liminar foi indeferida às fls. 41-42.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 47-50).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) (Relatora): Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência das Cortes Superiores. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento do STJ, em consonância com o STF. Violência doméstica contra a mulher. Medida protetiva de urgência. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Fundamentação idônea. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão da ordem de ofício. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC n. 109.956-PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 7.8.2012, publicado no DJe de 11.9.2012; HC n. 104.045-RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28.8.2012, publicado no DJe de 6.9.2012; HC n. 108.181-RS, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 21.8.2012, publicado no DJe de 6.9.2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC n. 114.550-AC (DJe de 27.8.2012) e HC n. 114.924-RJ (DJe de 27.8.2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, “usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida”.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC n. 221.200-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Busca-se na presente impetração o restabelecimento da decisão de primeiro grau que deferiu o pleito de progressão ao regime aberto, sustentando ser inexigível do exame criminológico para a análise do requisito subjetivo do apenado.

Segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a realização do exame criminológico, na análise do pedido de progressão de regime, não foi abolido com a nova redação dada ao art. 112 da LEP, pela Lei n. 10.792/2003. O julgador, quando considerar necessário uma melhor avaliação do apenado, pode, em decisão concretamente fundamentada, determinar a realização do laudo técnico como condição para o benefício pretendido. A matéria, inclusive, está sumulada no Enunciado n. 439 desta Corte:

Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Na hipótese dos autos, o Magistrado de piso optou pela desnecessidade do exame criminológico, tendo o Tribunal *a quo* justificado sua realização com base na gravidade abstrata e na longa pena a cumprir, conforme se extrai do seguinte trecho do acórdão impugnado:

É de se dizer que a atual redação do art. 112 da LEP, dada pela Lei n. 10.792/2003, não revogou o art. 33 do Código Penal, ou seja, ainda é exigível a existência de mérito por parte do postulante da progressão, e, obviamente, que bom comportamento não pode ser confundido com mérito, pois na verdade trata-se de uma obrigação de todo encarcerado.

O que ocorre é que o tal atestado de bom comportamento trata-se do instrumento mínimo para falar-se em preenchimento do requisito subjetivo, mas a magistrada ainda deve analisar as informações constantes no Boletim Informativo para concluir se o reeducando está absorvendo adequadamente a terapêutica prisional.

Sendo que para tanto, resta claro que a natureza do crime que originou a condenação deve ser analisada, não incorrendo em nenhum momento *bis in idem*.

Neste diapasão, tem-se que o ora agravado atualmente está encarcerado cumprindo pena de 6 anos, 3 meses e 17 dias de reclusão, pela prática de diversos crimes, (fls. 04-05) ou seja, demonstrou de forma inequívoca possuir mentalidade distorcida e já estar imerso na criminalidade.

Verdade que para o cumprimento da pena imposta pelo Judiciário não se exige que o reeducando se arrependa dos atos praticados e que vise se afastar da ilicitude, porém, incontestemente que somente com essas atitudes que se pode falar em merecimento para ser agraciado pelos benefícios existentes, e não dá para concluir somente pelo simples atestado de bom comportamento que o reeducando em questão está absorvendo adequadamente a terapêutica prisional, mostrando-se como extremamente necessário a realização do requerido exame, lembrando que em sede de execução penal, impera o princípio *in dubio pro societate*.

É caso, pois, da reforma da r. sentença combatida, para se providenciar o retorno do agravado ao regime fechado, para realização do requerido exame (fls. 35-36).

Entretanto, tal posicionamento está em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior, que tem entendido que a gravidade abstrata do delito, bem como a longevidade da pena, sem que seja apontado algum elemento concreto constante da execução da pena acerca do demérito do paciente, constitui motivação inidônea para exigir a realização do exame criminológico. Nesse sentido:

Processual e Penal. *Habeas corpus*. Execução penal. *Writ* substitutivo de recurso especial. (1) Impropriedade da via eleita. (2) Progressão de regime. Dispensa do exame criminológico. Agravo em execução. Decisão reformada. Regressão de regime. Exame criminológico. Desnecessidade. Faculdade do juiz, mediante decisão devidamente motivada. Imposição pelo tribunal sem fundamentação. Impossibilidade. (3) *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. De acordo com as alterações trazidas pela Lei n. 10.792/2003, o exame criminológico deixa de ser requisito obrigatório para a progressão de regime e para o livramento condicional, podendo, todavia, ser determinado de maneira fundamentada pelo Juiz da execução de acordo com as peculiaridades do caso. Assim, não sendo requisito obrigatório, não pode ser imposto em sede de agravo em execução pelo Tribunal *a quo* sem fundamentação concreta. Súmula n. 439 desta Corte e Súmula Vinculante n. 26 do Supremo Tribunal Federal.

3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar o acórdão proferido no agravo em execução, restabelecendo a decisão proferida pelo Juízo das Execuções Criminais que deferiu ao paciente a progressão ao regime aberto (HC n. 289.958-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 6.5.2014, DJe 15.5.2014).

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Utilização do remédio constitucional como sucedâneo de recurso. Não conhecimento do *writ*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Progressão de regime. Deferimento, pelo juízo das execuções. Decisão reformada, em 2º grau, pela necessidade de exame criminológico. Natureza do delito e reincidência específica. Fundamentação inidônea. Constrangimento ilegal evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido *habeas corpus* “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs n. 109.956-PR (DJe de 11.9.2012) e 104.045-RJ (DJe de 6.9.2012), considerou inadequado o *writ*, para substituir recurso ordinário constitucional, em *Habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/1988), considerando o âmbito restrito do *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido *habeas corpus*, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. *Na hipótese, existe constrangimento ilegal. Conquanto não mais se exija, a partir da Lei n. 10.793/2003 - que deu nova redação ao art. 112 da Lei n. 7.210/1984 -, a realização de exame criminológico, como requisito indispensável à concessão da progressão de regime, cabe ao magistrado decidir, caso a caso, pela necessidade ou não de sua realização, devendo, nas hipóteses de indeferimento do pedido, bem como naquelas em que julgar necessário o exame, fundamentar a decisão em dados concretos, acerca do reeducando. Precedentes.*

VI. *Todavia, não é cabível a realização de exame criminológico para fins de progressão de regime, na hipótese em que a necessidade do exame está fundamentada na natureza do crime e no fato de o apenado ser reincidente específico, pois o Órgão julgador invocou, para tanto, elementos estranhos à execução penal. Consoante a jurisprudência do STJ, “o juiz ou tribunal devem se ater, quando da análise dos requerimentos e incidentes da fase executória, aos fatos ocorridos durante o cumprimento da pena” (STJ, HC n. 269.237-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 1º.7.2013).*

VII. *Habeas corpus* não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão, proferido nos autos do Agravo em Execução Penal (0250354-31.2012.8.26.0000), e restabelecer, em consequência, a decisão de 1º Grau, que deferiu, ao paciente, a progressão para

o regime semiaberto (HC n. 271.137-SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 26.9.2013).

Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Progressão prisional concedida pelo Juízo das Execuções Penais. Revogação pelo Tribunal de origem por ausência de preenchimento do requisito subjetivo. Determinação de realização de exame criminológico. 3. Fundamentação inidônea. Constrangimento ilegal configurado. Recurso improvido. 4. *Habeas corpus* concedido de ofício.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie.

Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. *Embora o art. 112 da Lei de Execução Penal, após a alteração trazida pela Lei n. 10.792/2003, não mais exija a submissão do apenado ao exame criminológico para a concessão de benefícios, o Juiz da Execução, ou mesmo o Tribunal de Justiça, de forma fundamentada, pode determinar, diante das peculiaridades do caso, a realização do aludido exame para a formação do seu convencimento, nos termos do Enunciado n. 439 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.*

3. *No caso, não houve motivação idônea para a revogação da progressão prisional concedida pelo Juízo das Execuções Penais, pois o Tribunal de origem valeu-se apenas da gravidade abstrata dos crimes praticados, da longa pena a cumprir, bem como de alegações genéricas acerca do cabimento do exame criminológico, o que configura o alegado constrangimento ilegal.*

4. *Habeas corpus* concedido de ofício (HC n. 275.702-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 16.9.2013).

Ademais, conforme anotado pelo Juízo de primeiro grau, o requisito subjetivo encontra-se cumprido, tendo o apenado demonstrado seu amadurecimento, uma vez que, *não há notícias de faltas disciplinares que desabone o sentenciado, que usufruiu de 02 saídas temporárias com retorno regular* (fls. 25).

Assim, resta evidentemente demonstrado o alegado constrangimento ilegal na decisão que determinou a regressão ao regime mais severo para submissão do paciente ao exame criminológico visando a análise do mérito a fim de se obter a progressão de regime.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para cassar o acórdão do Tribunal *a quo* e restabelecer a decisão de primeiro grau.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 41.540-RJ
(2013/0063093-0)**

Relator: Ministro Nefi Cordeiro
Recorrente: Mauro Luiz Soares Zamprogno
Advogados: José Carlos Tortima
Fernanda Lara Tórtima
Carla Maggi Batista
Recorrido: União

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Sequestro. Natureza e efeitos. Substituição do bem. Impossibilidade. Contaminação da propriedade adquirida com proventos da infração. Valorização imobiliária. Substituição por valores menores da época. Não admissão. Recurso denegado.

1. Enquanto no sequestro são atingidos bens quaisquer adquiridos com proventos do crime, assim de origem ilícita e final perdimento, a hipoteca legal e o arresto afetam bens lícitos do réu – servindo como mera garantia patrimonial para ressarcimento pelo crime.

2. Configurada a apreensão de bem indiciariamente proveniente do crime perseguido, cautelar de sequestro, descabida sequer é sua

liberação, menos ainda se podendo admitir sua substituição por avaliação menor da época de aquisição.

3. Não se tem indevida incidência penal sobre a valorização imobiliária, mas a simples constrição sobre bem certo, que pode ser desvalorizado (carros, cargas...) ou valorizado (como no imóvel da espécie) durante a tramitação do feito.

4. Não é ferida a isonomia quando a co-reú autorizada a liberação de bem deteriorável e de excluída origem ilícita – já nem se trataria então de sequestro.

5. Negado provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de junho de 2014 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Relator

DJe 27.6.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Mauro Luiz Soares Zamprogno* em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a impetração originária (MS n. 2012.02.01.004559-2).

Alega a defesa, nas razões do presente recurso, em síntese, não ser razoável a constrição cautelar sobre o numerário decorrente da valorização imobiliária do bem, sobre o qual não paira qualquer suspeita de ilicitude, até mesmo

por se tratar de fato externo à imputação, ligado ao notório aquecimento do mercado imobiliário no Brasil. Afirma que houve ferimento aos princípios da razoabilidade e isonomia. Requer o provimento do recurso, a fim de que seja autorizada a venda do imóvel em questão, mediante caucionamento do valor pago na aquisição.

Foram apresentadas as contrarrazões ao recurso (fls. 466-470-eSTJ).

Nesta Corte, o Ministério Público manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 483-486-eSTJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): O recorrente impetrou mandado de segurança em face de ato do Juízo Federal da 4ª Vara Federal Criminal de Vitória-ES, objetivando o levantamento do sequestro que recaiu sobre o imóvel pertencente a Mauro Luiz Soares Zamprogno, localizado na Rua Adalberto Wolf Teixeira, decretado nos autos da Ação Penal n. 2008.51.803.203-2, em que o Ministério Público Federal denunciou o ora recorrente e os demais sócios da empresa *Angraporto Offshore Logística* por imputados crimes de formação de quadrilha, fraudes licitatórias, corrupção e lavagem de dinheiro, em contratações com a empresa *Petrobrás*.

O pedido de levantamento do sequestro foi deferido, porém condicionado ao depósito prévio de seu valor atual e integral e à apresentação das 3 (três) últimas declarações de imposto de renda com indicativo do valor atualizado do imóvel em questão. Denegada a segurança no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, foi interposto o presente recurso ordinário.

Segundo a defesa, não se mostra razoável a constrição cautelar sobre o numerário decorrente da valorização imobiliária do bem, sobre o qual não paira qualquer suspeita de ilicitude, até mesmo por se tratar de fato externo à imputação, ligado ao notório aquecimento do mercado imobiliário no Brasil. Diz que a decisão recorrida violou os princípios da razoabilidade e isonomia. Assim, pede o provimento do recurso, para o fim de que seja autorizada a venda do imóvel em questão, mediante prévio caucionamento do valor pago na época da aquisição.

A solução da controvérsia se dá pela definição da medida cautelar imposta e de seus efeitos. É que enquanto no sequestro são atingidos bens quaisquer

adquiridos com proventos do crime, e assim de origem ilícita, a hipoteca legal e o arresto afetam bens lícitos do réu.

Na espécie decidiu o magistrado *a quo* constringir bens e valores de origem admitida como indiciariamente proveniente do crime, assim categorizada como sequestro. Esta condição restou clara, ao juiz e às partes, no provimento sucessivo de embargos de terceiros (para liberação de dinheiro de pessoas jurídicas ou de depósitos posteriores), à fl. 288e, pois então justificado que se mantinha o depósito de bens da época dos fatos criminosos perseguidos - assim, limitando a constrição sobre bens como produto do crime.

Nesse limite, a origem ilícita dos bens adquiridos com proventos do crime, não se permite sua liberação. Não é mera garantia patrimonial para ressarcimento pelo crime - como se dá na hipoteca legal e arresto -, mas atingimento de bem com final declaração de perdimento, pela contaminação da propriedade por sua origem ilícita (Código Penal, Art. 91 - *São efeitos da condenação: [...] II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso*).

Deste modo, descabida sequer seria a liberação do bem, muito menos sua substituição por avaliação menor da época.

Não se tem indevida incidência penal sobre a valorização imobiliária, mas a simples constrição sobre bem certo, que pode ser desvalorizado (carros, cargas...) ou valorizado (como no imóvel da espécie) durante a tramitação do feito.

Em semelhante sentido foi também o parecer ministerial:

Com razão os e. julgadores do TRF 2ª Região, uma vez que o sequestro, como medida preventiva, recai sobre o bem imóvel, não sobre o valor a ele atribuído à época de sua aquisição por aquele que figura como indiciado ou réu e nem mesmo pelo valor a ele atribuído à data do decreto construtivo, razão pela qual esse bem objeto da medida assecuratória apenas poderá ser substituído pelo seu equivalente em dinheiro, com valor atualizado.

Ademais, desconsiderar a valorização do imóvel para autorizar que o réu efetue a sua venda caucionando o Juízo com o valor de aquisição, como quer a d. defesa, seria beneficiar aquele que, em tese, praticou crime e, em razão dessa prática, obteve ganho financeiro, com o qual pode adquirir bens, enriquecendo ilicitamente. Parece certo que eventual lucro sobre esse bem deve ser alcançado pela medida constritiva, pois dele não se dissocia. (fl. 483-486-eSTJ)

Por fim, não há falar em violação ao princípio da isonomia, pois, consoante ressaltado pelo Tribunal de Origem, a situação do recorrente e do corréu Wladimir são diversas, como se vê a seguir:

(...) não há que se falar em isonomia com relação ao corréu Wladimir, pois as situações são claramente distintas, pois tudo indica que a origem do valor utilizado para pagamento da entrada do valor relativo ao Toyota Hilux foi comprovada.

Outra diferença diz respeito à natureza dos bens, pois o automóvel sofre evidente depreciação em seu valor com o passar do tempo, sendo mais vantajoso para os fins do art. 91 do CP o sequestro do seu equivalente em moeda corrente, ao contrário do que ocorre com os imóveis, que tendem a se valorizar, coo de fato ocorreu (fl. 411-412-STJ).

Desse modo, ante a diversidade das situações fático-processuais, mostra-se inaplicável, na hipótese, o citado princípio. Ilustrativamente:

Processo Penal. Embargos de declaração em *habeas corpus*. Furto qualificado. Um par de sandálias. Bem recuperado. Valor: R\$ 49,90. Princípio da insignificância. Atipicidade material. (1) Insignificância e reincidência. Maior reprovabilidade. Aspecto ligado à culpabilidade. Apreciação profunda. Impropriedade do *habeas corpus*. (2) Comparação com o furto privilegiado. Princípios da reserva legal, da isonomia e da individualização da penal. Categorias diversas (cotejo de fato típico privilegiado e conduta atípica). Comparação. Inviabilidade. (3) Princípio da proporcionalidade. Viés da proibição da proteção insuficiente. Incidência no plano penal. Inadmissão.

1. (...)

2. Não há falar em malferimento dos princípios da reserva legal, da isonomia e da individualização da pena, quando se promove a comparação de situações distintas. Descabe cotejar um fato atingido pela atipicidade material com, outro, típico, que, preenchendo uma série de requisitos, faz-se privilegiado.

3. (...)

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl HC n. 170.092-SP, Rel. Ministra Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 21.2.2011).

Assim, não constato legalidade na presente pretensão recursal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Srs. Ministros, confesso que fiquei um pouco impressionado com a argumentação de que não havia indicação de um eventual prejuízo a ser ressarcido. Entretanto, após o voto do eminente Ministro Relator, cheguei à conclusão de que não se trata de ressarcimento de prejuízo, é hipótese, realmente, que cuida de bens adquiridos com produto do crime ou decorrentes direta ou indiretamente do crime.

Acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, *nego provimento* ao recurso em mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: Sr. Presidente, li atentamente o voto e ouvi a elegante e bem ponderada sustentação oral da Dra. Fernanda, que esteve, juntamente com o Dr. Ademar, em meu gabinete. O voto foi muito preciso em classificar a medida como uma medida de sequestro. Portanto, é inviável qualquer pedido que coloque o bem sujeito a eventual perdimento a uma espécie de novação, inclusive com a possibilidade até de diminuição do valor, que seria devido, em caso de perdimento, a favor da União.

Por esse motivo, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso em mandado de segurança.

RECURSO ESPECIAL N. 1.212.911-RS (2010/0178405-5)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Sérgio Roberto Martins
Advogado: Salo de Carvalho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Previdenciário. Arts. 71, 168-A e 337-A, III, do CP. Supressão ou redução de contribuição social previdenciária.

Empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial. Continuidade delitiva. Possibilidade. Inquéritos e ações penais em curso não configuram personalidade negativa do agente. *Habeas corpus* concedido de ofício. Precedentes do STJ e do STF.

1. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, é necessária a prática sucessiva de ações criminosas de semelhante espécie que guardem, entre si, vínculos em relação ao tempo, ao lugar e à forma de execução, de modo a revelar homogeneidade de condutas típicas, evidenciando serem as últimas ações desdobramentos da primeira (art. 71 do CP).

2. No caso, o réu responde por delitos descritos nos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal – em continuidade delitiva –, nas Apelações Criminais n. 2004.71.038480-8, 2003.71.00.042734-7 e 2004.71.00.021296-7.

3. Em função da melhor hermenêutica, os crimes descritos nos arts. 168-A e 337-A, apesar de constarem em títulos diferentes no Código Penal e serem, por isso, topograficamente díspares, refletem delitos que guardam estreita relação entre si, portanto cabível o instituto da continuidade delitiva (art. 71 do CP).

4. O agente cometeu delitos análogos, descritos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, na administração de empresas diversas, mas de idêntico grupo empresarial, durante semelhante período, no mesmo espaço geográfico (cidade de Porto Alegre-RS) e mediante similar maneira de execução, portanto tem lugar a ficção jurídica do crime continuado (art. 71 do CP).

5. Precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.

6. O acórdão regional firmou-se em sentido contrário à jurisprudência deste Tribunal ao considerar os inquéritos e as ações penais em andamento como aspectos desfavoráveis à personalidade do réu.

7. Recurso especial improvido. De ofício, *habeas corpus* concedido para afastar a majoração da pena-base em razão do juízo negativo sobre a circunstância da personalidade do recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, expedindo, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 20 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 9.4.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público Federal* com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de origem que, ao reconhecer a continuidade delitiva entre o crime de sonegação previdenciária (art. 337-A do CP) e o descrito no art. 168-A – apropriação indébita previdenciária –, também do Código Penal, fixou a pena do recorrido em 3 anos e 4 meses de reclusão e determinou a substituição da pena privativa de liberdade (fls. 947-984).

Merece transcrição a ementa do acórdão recorrido (fl. 1.006 - grifo nosso):

Penal. Sonegação de contribuição previdenciária. Art. 337-A do CP. Preliminares de inépcia da inicial, extinção da punibilidade e julgamento conjunto dos processos criminais. Descabimento. Materialidade, autoria e dolo. Prova plena. Absorção do falso pela evasão tributária. Possibilidade. Dificuldades financeiras. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Pena privativa de liberdade. Redução. Penas restritivas de direitos. Substituição.

1. Encontrando-se a denúncia formalmente perfeita, atendendo aos requisitos previstos pelo artigo 41 do CPP e permitindo aos réus compreenderem os fatos pelo qual estão sendo acusados, é de ser afastada a tese de prejuízo ao princípio do contraditório e ampla defesa e torna-se inviável acolher a alegação de inépcia da inicial.

2. Comete o delito tipificado no art. 337-A do CP aquele que deixar de incluir o nome dos funcionários na folha de pagamento, efetivando pagamento “por

fora”, ainda que tais empregados sejam registrados em uma empresa e prestem serviços para outras do mesmo grupo financeiro.

3. *É desnecessário o julgamento conjunto dos processos que tratem de delitos da mesma espécie e de empresas que pertencem ao mesmo grupo, diante da possibilidade da soma ou unificação das penas, decorrente de eventual concurso de crimes, na forma dos arts. 69, 70 e 71, todos do CP, devendo tal avaliação ser procedida no Juízo da Execução Penal.*

[...]

7. Redução da pena privativa de liberdade.

8. Substituição por restritivas de direitos.

Contra esse acórdão foi interposto o presente recurso especial, no qual sustenta o recorrente violação dos arts. 44, II, 3º, III, 69 e 71, todos do Código Penal, além de divergência jurisprudencial.

Alega que não há, no caso, continuidade delitiva – arts. 168 e 337-A, ambos do Código Penal – porque *são crimes diversos e, pior, praticados na administração de empresas diversas* (fl. 1.033).

Em acréscimo, o recorrente afirma inadequada a substituição da pena, porque, *como se viu dos fundamentos do voto-condutor [...], reconheceu-se expressamente como negativa a personalidade do réu Sérgio Roberto Martins. Mesmo assim, manteve-se a substituição da pena* (fl. 1.034).

Em necessária síntese, o recorrente almeja (fl. 1.045):

[...] seja afastada a aplicação da continuidade delitiva ao caso e não seja permitida a substituição da pena privativa de liberdade do recorrido Sérgio Roberto Martins, restabelecendo-se integralmente a sentença de primeiro grau.

Contrarrazões ofertadas, por meio das quais se sustenta a manutenção do acórdão recorrido (fls. 1.081-1.091).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 1.107-1.129).

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

Ab initio, para adequada compreensão da controvérsia, oportuna a delimitação da *quaestio*, isto é, para o reconhecimento da continuidade delitiva, é necessária a prática sucessiva de ações criminosas de semelhante espécie que guardem, entre si, vínculos em relação ao tempo, ao lugar e à forma de execução, de modo a revelar homogeneidade de condutas típicas, evidenciando serem as últimas ações desdobramentos da primeira (art. 71 do CP):

[...] nos termos do art. 71 do Código Penal, quando o agente praticar dois ou mais crimes da mesma espécie, mediante mais de uma conduta, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

(HC n. 86.507-SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 1º.7.2011)

O Tribunal *a quo*, sob o fundamento de que as circunstâncias e o tempo em que os fatos ocorreram permitiam o reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP), determinou o apensamento das Apelações Criminais n. 2004.71.00.038480-8, 2003.71.00.042734-7 e 2004.71.00.021296-7, de modo a examinar as apelações de forma unificada, possibilitando o julgamento conjunto, *in verbis*: *dessa forma, procederei o exame das apelações de forma unificada a fim de possibilitar julgamento conjunto* (fl. 947).

O acórdão regional fixou a pena do ora recorrido nos seguintes termos (fl. 979):

[...]

Dessa forma, somando-se as parcelas referentes à ACR 2004.71.00.038480-8 (36 meses), ACR 2003.71.00.042734-7 (32 meses) e ACR 2004.71.00.021296-7 (13 meses), tem-se um total de 81 competências. Assim, o acréscimo é de 2/3 sobre a pena provisória (2 anos em todas as apelações), motivo pelo qual resta a pena definitivamente fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Fixo o regime aberto, para o seu cumprimento, levando em conta o que dispõe o art. 33, § 2º, c, do CP.

Assim, cabível a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos (art. 44, I, e § 2º, do CP), consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

[...]

No caso, repita-se, o atual recorrido responde por delitos descritos nos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal – em continuidade delitiva –, nas Apelações Criminais n. 2004.71.038480-8, 2003.71.00.042734-7 e 2004.71.00.021296-7.

No que tange à Apelação Criminal n. 2004.71.00.021296-7, o recorrido foi denunciado e condenado *por ter descontado dos salários dos empregados as contribuições previdenciárias pertinentes, no período de setembro de 2000 a agosto de 2001 e 13º/2000*, e não ter repassado à Previdência Social os valores descontados (fl. 969).

Frise-se que, à época, o recorrido era administrador da Academia Bogotá do grupo denominado *Academia do Parcão*, mas tratam-se de pessoas jurídicas distintas.

Em relação às Apelações Criminais n. 2003.71.00.042734-7 e 2003.71.00.039854-2, o ora recorrido foi condenado por ter suprimido as contribuições previdenciárias devidas, *mediante a omissão das remunerações pagas a funcionários, fraudando, assim, a fiscalização tributária do INSS no período de setembro de 1998 e agosto de 2001* (fl. 961).

A aludida condenação ocorreu pela prática do delito previsto no art. 337-A do Código Penal, na condição de proprietário da empresa Centro de Treinamento Gilberto Tim Ltda. (Apelação Criminal n. 2003.71.00.042734-7). Em outro feito (Apelação Criminal n. 2003.71.00.039854-2), o atual recorrido foi condenado pelo cometimento do mesmo delito, contudo, como administrador de outra empresa: a Luna Luck - Comércio, Serviços e Vendas de Contratos Ltda. Ambas pertencentes ao grupo denominado *Academia do Parcão*, mas tratam-se de pessoas jurídicas distintas (fl. 958).

Ocorre que, em ambos os feitos, apesar de trabalharem em mais de uma empresa do grupo, os empregados constavam na folha de pagamento de apenas uma delas, recebendo “salários por fora”, configurando, portanto, a conduta delituosa descrita no art. 337-A do Código Penal (fl. 958).

Fixada essa premissa, as normas regentes mencionadas – arts. 168-A e 337-A do Código Penal, com a redação da Lei n. 9.983/2000 – assim dispõem (grifo nosso):

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei n. 9.983, de 2000)

[...]

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei n. 9.983, de 2000)

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou (Incluído pela Lei n. 9.983, de 2000)

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei n. 9.983, de 2000)

[...]

Art. 337-A. *Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:*

[...]

III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (Incluído pela Lei n. 9.983, de 2000) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei n. 9.983, de 2000)

[...]

Sobre o tema, já decidiu este Tribunal que ***o delito previsto no art. 337-A do Código Penal consuma-se com a supressão ou redução da contribuição previdenciária e acessórios, sendo o objeto jurídico tutelado a Seguridade Social*** (CC n. 105.637-SP, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 29.3.2010 - grifo nosso).

Em relação aos dispositivos legais mencionados – arts. 168-A e 337-A do Código Penal –, a inserção dos crimes previdenciários no Código Penal foi objeto de debates acirrados por parte da doutrina pátria.

Isso aconteceu porque, via de regra, quando se trata da criminalização de um conjunto de condutas que guardam estreita relação entre si e necessitam de regras gerais e comuns, o legislador opta pela edição de leis especiais esparsas, que criam um microsistema penal. Tal acontece, por exemplo, com os crimes falimentares, os econômicos, os ambientais etc.

Entretanto, em relação aos crimes previdenciários, o legislador não criou norma extravagante, porquanto se encontram os crimes dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal inseridos, respectivamente, no Título II (crimes contra o patrimônio), Capítulo V (da apropriação indébita) e no Título XI (crimes contra a Administração Pública), Capítulo III (dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública).

Em relação aos dispositivos de lei mencionados, o legislador entendeu que os crimes previdenciários não possuíam natureza excepcional que justificassem sua inserção em lei especial – ainda que fosse entre os crimes contra a ordem tributária, Lei n. 8.137/1990 – e, assim, utilizou o sistema codificado para dar sustentação ao objeto jurídico.

Tal entendimento do legislador encontra franca oposição na doutrina:

[...] embora dando cumprimento ao que determina o art. 12, III, **b**, da LC n. 95/1998, fato é que a distribuição dos acréscimos pela Parte Especial do Código Penal deu-se, em nosso sentir, na forma de um “*polvilhar*” aleatório e assistemático.

(ESTELLITA, Heloísa. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP – aspectos gerais, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 09. n. 36. out-dez de 2001, p. 309-350 - grifo nosso)

Além do mais, a doutrina tem entendido que existe a continuidade delitiva quando ocorre a prática de dois ou mais crimes *da mesma espécie*, sendo que da mesma espécie são aqueles crimes *que lesam o mesmo bem jurídico, embora tipificados em dispositivos diferentes* (BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 296).

E os crimes em apreço, como reconhecido pela doutrina, tem um mesmo bem jurídico tutelado, no caso, a previdência social (BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 757 e 1.281 e DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto e DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 609 e 973).

Diante disso, em função da melhor hermenêutica, os crimes descritos nos arts. 168-A e 337-A, apesar de constarem em títulos diferentes do Código Penal e serem, por isso, topograficamente díspares, refletem delitos que guardam estreita relação entre si, portanto cabível o instituto da continuidade delitiva (art. 71 do CP).

Ao contrário da pretensão recursal, adequada a incidência do crime continuado *in casu*, porquanto, entre outros fundamentos, os delitos previdenciários foram cometidos pelo ora recorrido na administração de empresas diversas, mas de idêntico grupo empresarial, todas localizadas na cidade de Porto Alegre-RS.

A doutrina leciona que *deve existir entre os crimes da mesma espécie uma conexão espacial para caracterizar o crime continuado* (BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 259).

No mesmo sentido do acórdão *a quo*, o Supremo Tribunal Federal, sobre o tema de continuidade delitiva entre os tipos penais previdenciários, quais sejam, a) delito de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) e b) sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP), assim decidiu (grifo nosso):

[...]

À derradeira, passo a tecer considerações acerca do concurso de crimes na situação em concreto. É que a incidência do art. 71 do Código Penal tem por base o longo período em que: a) os recolhimentos das contribuições previdenciárias não foram feitos [...], - *delito de apropriação indébita previdenciária* (alínea **d** do art. 95 da Lei n. 8.212/1991 e inciso I do § 1º do art. 168-A do Código Penal); b) valores referentes a contribuições previdenciárias que foram sonegados [...], - *delito de sonegação de contribuição previdenciária* (alínea **c** do art. 95 da Lei n. 8.212/1991 e inciso III do art. 337-A do Código Penal). *Continuidade delitiva que se configura pela sucessão de crimes autônomos de idêntica espécie - praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução - e que considera um só crime por fictio iuris (ficcão de direito)*. (Cf. RHC n. 83.718-SC, Segunda Turma, da relatoria do Ministro Nelson Jobim, DJ 23.4.2004; HC n. 77.928-BA, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Sidney Sanches, DJ 18.2.2000; HC n. 76.978-RS, Segunda Turma, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, DJ 19.2.1999).

[...]

(AP n. 516-DF, Relator Ministro Ayres Britto, Revisor Ministro Joaquim Barbosa, DJe 6.12.2010)

A ementa do voto condutor acima transcrito detém os seguintes termos:

Ação penal originária. Crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária (*inciso I do § 1º do art. 168-A e inciso III do art. 337-A, ambos do Código Penal*). *Continuidade delitiva* e concurso material. Elemento subjetivo do tipo. Dolo específico. Não-exigência para ambas as figuras típicas. [...]

1. O acusado, detentor do foro por prerrogativa de função, na condição de sócio-gerente da empresa Curtume Progresso Indústria e Comércio Ltda., deixou de repassar ao INSS, no prazo legal, no período de janeiro de 1995 a agosto de 2002, valores arrecadados pela empresa a título de contribuições incidentes sobre a remuneração de empregados, relacionados em folha de pagamento mensal e rescisões de contrato de trabalho. Além disso, no período de maio de 1999 a agosto de 2002, omitiu fatos geradores de contribuições previdenciárias nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP referentes a remunerações pagas a segurados empregados

e contribuintes individuais e à diferença de remuneração paga a segurados empregados.

[...]

11. *A continuidade delitiva se configura pela sucessão de crimes autônomos de idêntica espécie – praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução – e que se considera um só crime por fictio iuris (ficção de direito).*

[...]

Em conclusão, o ora recorrido cometeu delitos análogos, descritos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, na administração de empresas diversas, mas de idêntico grupo empresarial, durante semelhante período e mediante similar maneira de execução, portanto tem lugar a ficção jurídica do crime continuado (art. 71 do CP).

Da mesma forma, com relação à negativa de vigência do art. 44, III, do Código Penal, não assiste razão ao recorrente, pois o acórdão *a quo* estabeleceu as seguintes penas-base (fl. 978):

[...]

ACR 2004.71.00.038480-8 (art. 337-A do CP)

[...] *a existência de inquéritos e ações penais em andamento* [...], permitem que sejam computados na aferição da personalidade. Assim, tendo em vista a informação das fls. 379-380, 382-383, 385, 533-536, considero como negativa a *personalidade* do réu.

[...]

Assim, no presente caso, considerando que a pena prevista para o delito do art. 168-A é de 2 a 5 anos, o acréscimo deve ser de 2 (dois) meses para cada circunstância judicial.

Dessa forma, *existindo apenas uma circunstância desfavorável (personalidade)*, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Inexistem agravantes.

Reconheço a presença da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, **d**, do CP), razão pela qual reduzo a pena em 2 (dois) meses, tornando-a provisoriamente em 2 (dois) anos de reclusão.

ACR 2003.71.00.042734-7 (Art. 337-A do CP)

[...]

Diante da existência de *inquéritos e ações penais em andamento*, conforme já referido e tendo em vista a informação das fls. 379-380, 382-383, 385, 533-536, considero como negativa a *personalidade* do réu.

[...]

Existindo apenas uma circunstância desfavorável (personalidade), fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Inexistem agravantes.

Reconheço a presença da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, **d**, do CP), razão pela qual reduzo a pena em 2 (dois) meses, tornando-a provisoriamente fixada em 2 (dois) anos de reclusão.

ACR. 2004.71.00.021296-7 (Art. 168-A do CP)

[...]

A existência de inquéritos e ações penais em andamento (fls. 360-362, 381, 384, 405 e 549-553) permite que sejam computados na aferição da personalidade.

Não há nada que desabone sua *conduta social*.

Adotando o parâmetro para a fixação da pena-base (termo médio) e considerando que a pena prevista para o delito do art. 168-A é de 2 a 5 anos registro que o acréscimo no presente caso deve ser de 2 (dois) meses para cada circunstância judicial.

Existindo apenas uma circunstância desfavorável (personalidade), fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Inexistem *agravantes*.

Reconheço a presença da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, **d**, do CP), razão pela qual reduzo a pena em 2 (dois) meses, tornando-a provisoriamente fixada em 2 (dois) anos de reclusão.

[...]

Da atenta leitura dos autos, observa-se que, após a dosimetria da pena, o Tribunal de origem determinou a substituição da pena – 3 anos e 4 meses de reclusão – por duas restritivas de direitos (fl. 979):

[...]

Fixo o regime aberto para o seu cumprimento, levando em conta o que dispõe o art. 33, § 2º, **c**, do CP.

Assim, cabível a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos (art. 44, I, e § 2º, do CP), consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

[...]

Em relação à substituição da pena, o Superior Tribunal de Justiça entende que *a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos só é possível quando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal* (AgRg no REsp n. 1.169.555-DF, Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Sexta Turma, DJe 26.9.2011).

No mesmo sentido: HC n. 116.388-RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15.6.2011).

Consequentemente, sob os aspectos descritos no recurso especial, não merece reforma o acórdão regional.

Por outro lado, frise-se que o acórdão regional se firmou em sentido contrário à jurisprudência deste Tribunal ao considerar os inquéritos e as ações penais em andamento como aspectos desfavoráveis à personalidade do atual recorrido (fl. 978).

Ilustrativamente:

[...]

2. *Inquéritos e processos em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a circunstância da personalidade, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.*

[...]

(HC n. 174.760-MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19.9.2011 – grifo nosso)

Por conseguinte, exclusivamente nesse aspecto, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício, para afastar a majoração da pena-base em razão da personalidade do ora recorrido.

Logo, fixo a pena-base dos feitos – Apelações Criminais n. 2004.71.00.038480-8 (art. 337-A do CP); n. 2003.71.00.042734-7 (art. 337-A do CP) e n. 2004.71.00.021296-7 (art. 168-A do CP) – em 2 anos para cada apelação.

Ressalte-se que, em razão da Súmula n. 231-STJ, a pena definitiva não será modificada, pois a incidência da circunstância atenuante – confissão espontânea (art. 65, III, **d**, do CP), no caso – não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial. *De ofício, concedo* habeas corpus para afastar a majoração da pena-base em razão do juízo negativo sobre a circunstância da personalidade do recorrido, nos termos dispostos nesta decisão.

RECURSO ESPECIAL N. 1.219.901-MG (2010/0190072-8)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Odemar Kovalski de Freitas

Advogado: Cláudia Muzzi Brunhara - Defensora Pública e outros

EMENTA

Porte ilegal de arma de fogo. Interior de caminhão. Configuração do delito tipificado no art. 14 da Lei n. 10.826/2003.

1. Configura delito de porte ilegal de arma de fogo se a arma é apreendida no interior de caminhão.
2. O caminhão não é um ambiente estático, não podendo ser reconhecido como local de trabalho.
3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 10.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Recurso especial interposto pelo *Ministério Público de Minas Gerais* com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, impugnando acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Consta dos autos que Odemar Kovalski de Freitas, em 15.5.2001, na Rodovia Federal BR-262, na altura do KM 682,5, zona rural da comarca de Araxá, mantinha sob sua guarda arma de fogo, um revólver marca Taurus, calibre 38, com cinco munições intactas, n. de série 951006. A conduta foi desclassificada para o tipo previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, reconhecendo-se a *abolitio criminis* temporária.

O Ministério Público interpôs apelação, tendo o Tribunal local negado provimento ao recurso.

O Ministério Público interpõe, agora, recurso especial, sustentando contrariedade ao art. 14 da Lei n. 10.826/2003 ao fundamento de que, *não se pode considerar o caminhão do acusado como sendo uma mera extensão de sua residência, nem local de trabalho, mas apenas instrumento de trabalho, sob pena de se esvaziar o conteúdo da previsão legal e de frustrar a real vontade do legislador* (fl. 230).

As contrarrazões foram devidamente apresentadas, alegando-se a pretensão de reexame de prova (fls. 238-241).

O recurso foi admitido na origem (fls. 243-244).

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso especial (fls. 254-256).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Sr. Presidente, primeiramente, conheço do recurso pela alínea **a** do permissivo constitucional,

porque tempestivo e regularmente proposto, esgotada a instância, impugnados todos os fundamentos do acórdão e prequestionada a matéria, não havendo falar em reexame de provas, porquanto a questão federal a ser discutida está embasada no acórdão impugnado, sendo os fatos conhecidos conforme julgados na instância ordinária.

Posto isso, a discussão dos autos cinge-se a saber se a conduta de levar consigo, no interior de caminhão, utilizado como meio de trabalho, arma de fogo de uso permitido se enquadra na figura típica descrita no art. 12 ou no art. 14 da Lei n. 10.826/2003.

Cumprе esclarecer que o acórdão assim fixou a base fática:

Consta dos autos que o recorrente dirigia o caminhão placa BWO-9646, do Estado de Goiás, quando foi abordado por policiais no posto da Polícia Rodoviária, na BR 262. Após revista, foram encontrados uma arma de fogo e munição dentro de uma mala com roupas, debaixo do banco do caminhão.

O apelante confessou, tanto em Depol quanto em juízo, que comprou seu caminhão para fazer carreto, sendo que “transportava carvão para Belo Horizonte e foi assaltado 3 vezes, oportunidade que foi agredido pelos ladrões; que em virtude do medo passou a andar armado; que efetuou 3 viagens com a arma, e na última foi abordado pelo PRF e imediatamente indicou o local em que a arma estava guardada” (Odemar Kovalski de Freitas, fls. 7-8 e 60-61).

As testemunhas defensivas confirmaram que o réu é motorista profissional de caminhão (fls. 99-101).

Assim, entendo correta a desclassificação operada pelo Douto Juízo *a quo* para a conduta tipificada no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, na forma possuir arma “no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empres”.

No caso em voga, depreende-se que o recorrente fazia carreto em caminhão de sua propriedade, não vinculado a qualquer empresa específica. Dessa forma, exercia seu trabalho em trânsito, ou seja, em seu caminhão, considerando, portanto, como seu local de trabalho.

O tipo penal está assim descrito:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

[...]

A diferença existente entre os dois delitos é que, no primeiro, o agente está com a arma no interior de sua residência ou no local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa; já no porte, o agente está com a arma fora desses locais.

A questão está em estabelecer o alcance da expressão “local de trabalho” descrita no tipo do art. 12 da Lei n. 10.826/2003. O significado da palavra local, no dicionário Aurélio, é: *relativo ou pertencente a determinado lugar [...] ou circunscrito a uma área ou região, limitado a uma parte específica de um todo, ou restrito a um campo ou domínio determinado.*

Dessa forma, local de trabalho indica um lugar determinado, não móvel; precisa ser um lugar conhecido, sem alteração de endereço. O caminhão, por sua vez, não é um ambiente estático, não podendo, portanto, ser reconhecido como local de trabalho. A expressão “local de trabalho” não pode abranger todo e qualquer espaço por onde o caminhão transitar, porque aí estaria adentrando no significado de porte de arma de fogo, em que o agente não está limitado a um único ambiente.

Nesse sentido:

Penal. *Habeas corpus*. Porte ilegal de arma de fogo. Pretensão de desclassificação para posse ilegal de arma de fogo e extinção da punibilidade em virtude do crime ter sido cometido durante a *vacatio legis* indireta. O encontro da arma dentro de um caminhão não configura encontro dentro da residência. Caminhão que é mero instrumento de trabalho. Ordem denegada.

Se o delito é de posse de arma de fogo e ocorreu dentro do prazo da *vacatio legis* indireta, a pena deve ser extinta, mas tal causa de extinção não se estende ao porte de arma de fogo encontrada dentro do caminhão que o paciente dirigia.

O conceito de residência não se confunde com o de veículo-caminhão, pois este é mero instrumento de trabalho.

Ordem denegada.

(HC n. 116.052-MG, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Sexta Turma, DJe 9.12.2008)

Do voto da eminente Ministra Jane Silva, acompanhada, na oportunidade, de forma unânime, destaca-se o seguinte trecho final:

[...]

O caminhão, ainda que seja instrumento de trabalho do motorista, não pode ser considerado extensão de sua residência, nem local de seu trabalho, mas apenas instrumento de trabalho que, na hipótese, estava fora daqueles locais anteriormente citados.

[...]

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para determinar o prosseguimento do feito.

