



---

**Quinta Turma**



---

**HABEAS CORPUS N. 128.590-PR (2009/0026980-2)**

---

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros

Advogada: Shyrlei Maria de Lima e outro(s)

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Ernesto Plascencia San Vicente (preso)

---

**EMENTA**

*Habeas-corp*us substitutivo de recurso especial. Impetração que deve ser compreendida dentro dos limites recursais. Ação penal movida contra o paciente e corrê. Condenação por crime de lavagem de dinheiro e naturalização fraudulenta. Sentença e acórdão regionais uniformes na condenação. Pena imposta reduzida em parte por este último para reconhecer a continuidade nos crimes de lavagem. Ordem denegada.

I. Conquanto o uso do *habeas-corp*us em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, deveras há certos limites a respeitar em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo os excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas-corp*us.

II. Cabe prestigiar a função constitucional excepcional do *habeas-corp*us mas sem desmerecer as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de desmoralização do sistema ordinário de julgamento e forçosamente deslocar para os Tribunais superiores o exame de matérias próprias das instâncias ordinárias, que normalmente não lhe são afetas e para as quais não está institucionalmente vocacionado.

III. Alegação de falta de justa causa para a ação penal por ausência de demonstração do crime antecedente - supostamente de tráfico de entorpecentes praticado no México - do qual, sustenta a defesa, o paciente foi absolvido pelo Grande Júri norte-americano.

IV. Alegação de nulidade do processo por utilização de prova ilícita constituída por depoimento de testemunha presa nos Estados Unidos e ouvida por cooperação internacional durante a instrução judicial por autoridade não judicial e sem a participação da defesa do paciente.

V. A existência de fortes elementos de convicção reafirmados pela sentença e acórdão na apelação e uniformemente reportados por depoimentos precisos de testemunhas ouvidas diretamente pelo Juízo, entre elas agente especial da DEA (*Drug Enforcement Administration*), entidade estatal americana de repressão ao tráfico de drogas, e da companheira do chefe do Cartel de Juarez-México, comprovam a prática de tráfico internacional de drogas por organização criminosa da qual participava o paciente com destacada atuação. Justa causa indiscutivelmente presente.

VI. Improcedência da suposta nulidade do processo por violação da ampla defesa. A cooperação internacional bilateral entre Brasil e Estados Unidos em matéria penal disciplinada pelo Acordo denominado abreviadamente MLAT (*Mutual Legal Assistance Treatie*) prevê a colaboração por via direta, observados a organização e os procedimentos de cada parte, sendo certo que o depoimento de Alejandro Bernal Madrigal, cumprindo pena naquele país foi tomado por autoridade competente e com obediências às praxes locais e na presença de agentes brasileiros, recusando-se a defesa previamente ciente. Nulidade inócurrenente. Precedentes do STJ e do STF.

VII. Falsa identidade que impõe a retificação da autuação, levantado o “segredo de justiça” por falta de fundamento legal.

VIII. *Habeas-corpus* que se denega pela inexistência de nulidade ou de falta de justa causa, como por inviabilidade de reexame de provas e fatos, além de constituir utilização inadequada da garantia constitucional.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, denegou a ordem”. Os Srs. Ministros Laurita

Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

---

DJe 28.02.2011

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Os impetrantes requereram o presente *habeas-corpus* em favor do paciente, cidadão mexicano naturalizado falsamente no Brasil cujo verdadeiro nome é Lucio Ruedas Bustos - *como provam as informações constantes da sentença e acórdão juntados pelos próprios impetrantes a despeito de deliberadamente indicarem como paciente o nome falso (devendo assim ser retificados os assentos nesta Corte)* - pleiteando o trancamento da ação penal por falta de justa causa ou a nulidade do processo, haja vista ter sido processado e condenado em ambos os graus pela Justiça Federal por crime de lavagem de dinheiro, pendendo do recurso especial os embargos declaratórios.

Alegam a nulidade do depoimento da testemunha Alejandro Vernal Madrigal colhido nos Estados Unidos durante a instrução em primeiro grau, que dá assim razão à nulidade do processo, e a ausência da comprovação do crime antecedente que implica na falta de justa causa.

O Ministro Felix Fischer, então Relator, em decisão singular apreciando o pedido, liminarmente dele não conheceu ao fundamento de: a) não ter sido juntado o documento da autoridade central brasileira dando conta da cooperação internacional que culminou com a inquirição da testemunha (que se aponta de irregular por não ter garantido a presença do advogado de defesa e não ter sido tomado por autoridade judicial nos Estados Unidos); e b) já ter sido apreciada a questão relacionada com o crime antecedente no julgamento do Recurso Especial n. 1.133.944-PR, de que também era Relator, na sessão de 27 de abril de 2010, acórdão publicado em 17 de maio de 2010.

Dessa decisão agravou o primeiro impetrante (com ele oferecendo o documento referido, às fls. 858-859), alegando ofensa ao princípio da colegialidade e reiterando as mesmas razões, voltando à plenitude o exame da impetração pela decisão de fls. 870-871 com o renovado parecer do MPF pela denegação (fls. 877-892).

Cuida-se assim de examinar o conhecimento e o mérito da impetração.  
É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): O paciente, com efeito, foi processado e julgado pelo Juiz Federal da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba-PR acolhendo denúncia do Ministério Público Federal que deu o réu como incurso nos arts. 299 e 307 CP; art. 21 da Lei n. 7.492/1986 e art. 1º da Lei n. 9.613/1998, e art. 125, XIII da Lei n. 6.815/1980, sendo a final condenado à pena de 10 anos e 06 meses de reclusão pelos crimes de lavagem, duas vezes – internação e aplicação de dinheiro ilícito provindo do México para o Brasil e aquisição de chácara em São José dos Pinhais-PR em cúmulo material - e naturalização falsa.

O Tribunal Regional Federal, ora impetrado, confirmou a sentença quanto à autoria e materialidade, reduzindo no entanto a pena imposta para excluir o crime de lavagem relacionado com a aquisição de uma chácara pois abrangida pelo outro delito de mesma natureza, fixando em definitivo a pena de reclusão em 07 anos e 06 meses.

É esta decisão colegiada que os impetrantes via de *habeas-corpus* pretendem desfazer ao argumento de falta de justa causa para a ação penal e nulidade do processo.

Cabe assinalar, contudo, a existência de recurso especial contra o acórdão do Tribunal Regional, onde o ora paciente/recorrente suscitou as seguintes questões: a) violação do art. 42 do CP pois o acórdão não aplicou a detração do tempo cumprido; b) desrespeito ao art. 59 do CP valorando fatos diversos da sentença e, embora sem alteração do total, fixando pena mínima muito acima sem fundamentação; e c) violação do art. 33, § 2º, **b** do CP e art. 381 CPP pois submetido a regime prisional mais grave do que teria direito.

Em sessão de 27 de abril de 2010, a 5ª Turma desta Corte Superior conheceu do Recurso Especial em parte e nela deu provimento rejeitando a alteração pelo Regional do fundamento da sentença sem recurso, mesmo mantida a pena fixada. Desse julgado pendem ainda embargos declaratórios.

As ocorrências processuais havidas na ação penal (apelação/recursos especial) e nos autos deste *habeas-corpus* suscitam um questionamento preliminar que tenho da maior relevância.

Com efeito. Nas razões do presente Agravo Regimental o impetrante Doutor Alberto Zacharias Toron (fls. 851-857), com relação a um dos fundamentos do pedido – isto é, a falta de justa causa que a decisão monocrática do então Relator deu por apreciada no Recurso Especial n. 1.133.944-PR –, asseverou que o

paciente no REsp **não ventilou** as matérias postas neste *writ*. Quem o fez foi a co-ré Cintia, representada por **outro advogado** e, o mais importante, **com outros fundamentos**. Afora o mais, o REsp da co-ré, com espectro mais reduzido, mereceu o veto da Súmula n. 284 do col. STF, coisa a que o *habeas-corpus* não está sujeito. Em outras palavras, as balizas para conhecimento do *writ* são menos estreitas e, portanto, ampliam as chances da defesa. (negrito do original).

E, mais adiante:

Por fim, embora pareça óbvio, nunca é demais realçar que o recurso especial tem balizas muito mais rigorosas que o *habeas-corpus*. Enquanto este não está sujeito a prazos e nem, como regra, reclama o prequestionamento, aquele, ao contrário se sujeita a inúmeros requisitos; entre outros, para exemplificar, o veto da Súmula n. 284 do STF. Ora, o REsp da co-ré não foi conhecido também por deficiência de fundamentação, o que impediu a compreensão da controvérsia. Não é justo que nesse contexto o paciente seja penalizado pela eventual inépcia de outro profissional (...)

Ora, o recurso especial de Lucio Ruedas Bustos foi apresentado pelo mesmo advogado que suscita as questões através deste *habeas-corpus* pretendendo valer-se da maior envergadura da impetração e parecendo que assim fez deliberadamente para compelir a Corte a apreciar temas que no Recurso Especial por ventura não poderia abordar sem as restrições naturais dessa espécie recursal.

Em outros termos, a impetração está aqui a cumprir obliquamente função que o regime recursal reservou aos mecanismos legais previstos e estruturados racionalmente para alcançar os resultados institucionais.

Conquanto o uso do *habeas-corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, deveras há certos limites a respeitar em homenagem à própria Constituição.

É que, acentua o art. 5º, LXVIII da Constituição, dar-se-á ordem de *habeas-corpus* quando alguém sofrer ou estiver ameaçado de sofrer *violência* ou *coação* em sua liberdade de ir e vir por *ilegalidade* ou *abuso de poder*, a significar que é essencial na conduta impetrada a mínima visualização da violência ou coação, fatores não raro de difícil percepção nas hipóteses de divergência quanto a interpretação de lei ou de fatos como no caso dos autos.

O que pondero, sem pretender desmerecer a jurisprudência, é que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo os excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas-corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Penso que tentar proteger os limites do *habeas-corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal.

Cabe assim prestigiar a função constitucional excepcional do *habeas-corpus* mas sem desmerecer as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de desmoralização do sistema ordinário de julgamento e forçosamente deslocar para os Tribunais superiores o exame de matérias próprias das instâncias ordinárias, que normalmente não lhe são afetas e para as quais não está institucionalmente vocacionado.

Parece imperioso evitar a todo custo que a possível sobreposição de instâncias deliberativas diversas, provocada pelas impetrações sobre mesmo tema com prejuízo para a respeitabilidade e credibilidade das instâncias ordinárias de resto as únicas dotadas de amplo poder de exame e revisão dos fatos e da prova, venha a se constituir em uso discricionário da jurisdição pelas partes ao seu gosto e no momento que bem lhes parecer.

Como o caso diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça, a questão é exemplar pois o recurso especial, aqui deliberadamente desdenhado por demasiadamente exíguo como reconhece o agravante, constitui a sua precípua finalidade constitucional de padronização da interpretação do direito federal.

É que a incessante reiteração de seguidas impetrações, com as justificativas agora ostensivamente reveladas pelo impetrante, além de imobilizarem a jurisprudência da Corte impedem-na de construir seus precedentes com solidez.

De outra parte, a insegurança dos veredictos das instâncias ordinárias, sempre sujeitos a impetrações de toda a ordem, leva à incerteza quanto às orientações a seguir com óbvios reflexos negativos na aplicação da lei em geral e na lei penal em particular.

Aliás, a jurisdição especial é ontologicamente destinada à proteção do direito federal e não ao direito da parte, sobretudo porque não se cuida de considerar os aspectos materiais de prova ou de fato senão apenas de direito federal.

Por outra, já existem no âmbito dos processos e recursos especiais chegados ao Superior Tribunal de Justiça mecanismos de proteção cautelar e antecipação de medidas de mérito quando assim for necessário, o que por si só constitui extraordinária exceção.

Com a devida licença, revela-se assim francamente imoderado o exercício do *habeas-corpus* quando existem inúmeros caminhos processuais idôneos para o mesmo desiderato, não constituindo argumento suficiente a alegação de que o *habeas-corpus* é instituto constitucional incondicionado ou irrestrito.

Pelo contrário, a cláusula constitucional garantidora do *habeas-corpus* como acima reproduzida não mitiga nem excepciona as demais disposições constitucionais processuais, sejam relacionadas com a sistema recursal constitucional sejam referentes ao processo judicial como a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição.

Nessa linha de entendimento, o *habeas-corpus* é logicamente exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que *obviamente* não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

A propósito, se a jurisdição ordinária se diz demorada, a celeridade da impetração para dirimir as questões pode revelar um paradoxo lógico, ou pior, pode desqualificar a prestação jurisdicional que poderá ser mais rápida mas não necessariamente melhor só pela velocidade.

Desde que a possível demora parece ser ínsita ao contraditório, à justiça e à qualidade das decisões a rapidez não é credencial bastante para o *habeas-corpus*.

A desenvoltura do *habeas-corpus* talvez tenha respondido a aspirações relacionadas com certa hipertrofia da autoridade pública ou com a lentidão do poder judiciário.

Recentemente, porém, dada a onipresença vigilante do Ministério Público e a incessante atuação das instâncias ordinárias cada vez mais aparelhadas para a pronta prestação jurisdicional, não há mais a generalizada justificativa para atalhar a via de impetrações unilaterais, intempestivas e sem prazo, sem prequestionamento e sem despesas.

As causas da eventual falta de efetividade da jurisdição devem ser analisadas e corrigidas pelos órgãos competentes, e com seriedade, pois temos instituições próprias para isso.

Não, porém, pela via da desconsideração de instâncias ou de procedimentos consolidados de apuração dos fatos, que por outro modo ficam imprestáveis com evidente prejuízo para as partes, sem falar no desperdício de esforços para dotar os órgãos judiciários de recursos materiais, humanos e de funcionalidade institucional com capacidade de atender as demandas dos interessados cujas finalidades assim se desvirtuam.

A utilização indiscriminada do *habeas-corpus* substitutivo de recurso tende a fazer mirrar a jurisdição ordinária com efeitos até anticonstitucionais.

Daí porque, fosse aceitável a exuberância de impetrações como se vive hoje, seria de todo conveniente disciplina-lo por via de jurisprudência desta Corte, ao menos no âmbito da jurisdição do STJ, de modo a admitir tão só os pedidos cujo tema já tivesse sido objeto de exame pelas instâncias ordinárias, ou quando devida e oportunamente prequestionados.

Por fim, as razões de nulidade processual e falta de justa causa, como afirma o impetrante, aqui trazidas como fundamento da impetração mas propositadamente não suscitadas no Recurso Especial, ao contrário, foram exaustivamente discutidas na sentença de mais de 60 páginas e no acórdão de mais de 170 páginas, portanto suficientemente prequestionadas, e tudo acompanhado pelo mesmo advogado ora impetrante.

## II

Nada obstante, mesmo presentes estas considerações em respeito aos termos do pedido na impetração já admitida por ato do então Ministro Relator, examino a causa.

A ação penal proposta pelo Ministério Público Federal contra o paciente (e outros) fundou-se na existência da prática de crimes de “lavagem” de dinheiro no Brasil, ou seja, de crimes de competência da Justiça Federal (em conexão com

outros de competência também federal) constituídos por internação no país de dinheiro e valores obtidos no exterior, oriundos de delitos praticados no México.

A sentença e o acórdão analisaram minuciosamente as circunstâncias dos crimes e concluíram pela inculpação do paciente, havendo prova mais do que razoável da participação dele nos crimes tidos por antecedentes no país de origem quanto no Brasil mediante típica “lavagem” pela aplicação dos recursos lá ilicitamente havidos.

Apesar de vedada a discussão da prova e dos fatos no âmbito exíguo do *habeas-corpus* – a provocação a tanto, de resto, é do próprio impetrante – encontra-se nos autos fartíssima demonstração da “lavagem” e dos crimes antecedentes. E a isso se chega pela simples valorização da prova recolhida.

No caso, a “lavagem” de dinheiro no Brasil é inquestionável e o impetrante nem se ocupa de questionar a remessa e a aplicação dos cerca de 3 milhões de dólares americanos trazidos ao Brasil pelo paciente, provavelmente vindo diretamente do México após a morte do chefe do *Cartel de Juarez* a que pertencia.

A despeito de internados os valores em grande parte via Banco Central do Brasil a origem ilícita nunca foi contestada.

O que sustenta a impetração, repita-se, nos dois pontos discutidos, é: a) a ausência de justa causa para a ação penal no Brasil por “lavagem” de dinheiro porque o crime antecedente de tráfico de drogas, pelo qual teria sido o paciente anteriormente processado nos EUA, resultou em absolvição pelo júri americano; e b) a imprestabilidade do depoimento de Alejandro Bernal Madrigal, atualmente preso nos EUA, tomado por autoridade que não é judiciária e sem o acompanhamento presencial da defesa pelo impetrante sendo as declarações essenciais para a condenação.

Quanto a este último ponto, cabe assinalar que a inquirição foi realizada por cooperação jurídica internacional nos termos do Tratado bilateral subscrito pelo Brasil e Estados Unidos, conhecido como MLAT (“*Mutual Legal Assistance Treatie*”) ou “*Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América*”, de acordo com o qual – com força de lei no Brasil (assim reconhecido por acórdão do STF no HC n. 91.444-RJ, Menezes Direito) – “as solicitações serão executadas de acordo com as leis do Estado requerido”.

Como está esclarecido no documento prestado pelo Ministério da Justiça brasileiro, o depoimento (“*deposition*”) na forma realizada e integralmente trazido aos autos no original foi tomado por autoridade designada pela organização local e deu-se com as cautelas legais correspondentes, presentes ainda outros interessados e certificado por entidade oficial.

O paciente ademais teve oportunidade de apresentar quesitos e foi intimado oportunamente, tendo optado por recusar-se.

A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal vem aceitando com naturalidade as características da cooperação internacional ao aceitá-la no modo como se organizam os Estados requeridos, e não como se exigiria dentro das fronteiras brasileiras.

Foi assim, por exemplo, nos EDecl no HC n. 91.992-RJ, Marco Aurélio, 1T, STF, 24.03.2009; na Decisão no Agravo na Suspensão de Segurança n. 2.382-SP, Presidência, STJ, 26.10.2010 e na Reclamação n. 2.645-SP, Corte Especial, STJ, Teori, 18.11.2009.

Nesse último caso, a ementa, a esse propósito, resumiu com perfeição:

6. Não são inconstitucionais as cláusulas dos tratados e convenções sobre cooperação jurídica internacional (v.g. art. 46 da Convenção de Mérida - “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção” e art. 18 da Convenção de Palermo - “Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”) que estabelecem formas de cooperação entre autoridades vinculadas ao Poder Executivo, encarregadas da prevenção ou da investigação penal, no exercício das suas funções típicas. A norma constitucional do art. 105, I, *ii*, não instituiu o monopólio universal do STJ de intermediar essas relações. A competência ali estabelecida - de conceder *exequatur* a cartas rogatórias -, diz respeito, exclusivamente, a relações entre os órgãos do Poder Judiciário, não impedindo nem sendo incompatível com as outras formas de cooperação jurídica previstas nas referidas fontes normativas internacionais.

O que importa é que a “*deposition*”, ato de natureza não tipicamente judicial pelo ordenamento brasileiro mas cercado de inteira credibilidade como informa a origem e declara o Ministério da Justiça no Brasil, na pior hipótese vale como documento oficial idôneo e verdadeiro.

De qualquer sorte, inobstante as objeções do impetrante está manifesto que o paciente esteve envolvido nos atos reportados pelo depoimento da testemunha ouvida no exterior, cujas declarações coincidem – o que as reveste de maior credibilidade – com as do agente especial da DEA ouvido pelo Juiz Federal

no Brasil e que descrevem com precisão inúmeras atividades do paciente e seu grupo criminoso no México.

Tivesse o impugnado depoimento de Alejandro Bernal Madrigal os vícios de coleta que se apregoam, ainda assim seriam eles prontamente desvanecidos pela riqueza de pormenores do agente que prendeu o paciente nos Estados Unidos.

Aliás, só se afirma que há nulidade porque não interveio a autoridade judicial, o que no entanto é compatível com o regime de cooperação internacional, e que se impediu o acompanhamento pela defesa todavia expressamente recusada.

Os fatos reportados entretanto foram confirmados por outros depoimentos como o da companheira do chefe do Cartel e dos agentes americanos ao Juiz Federal do Brasil, de tal maneira que, apesar disso, a eventual impugnação do modo de coleta do depoimento não logra afastar a credibilidade das informações ali colhidas.

A sentença e particularmente o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - este unanimemente - por sua vez assentaram tais fatos como verdade processual após ampla discussão desses elementos e provas com observância do contraditório e da ampla defesa.

O conjunto da instrução da “lavagem” de dinheiro, no que pertine à origem dos valores e à produção desse depoimento testemunhal, está portanto a salvo das objeções da impetração, constituindo nesse aspecto processo válido e acreditável.

Com respeito à alegação de ausência de justa causa, pois não se teria configurado o crime de “lavagem” no Brasil em face da absolvição do paciente no referido crime antecedente de tráfico de drogas perante a Justiça Americana, tenho por igual improcedente a impetração.

A Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998, no seu art. 2º e no que interessa, estabeleceu que o processo e julgamento dos crimes de “lavagem” obedecem às disposições do procedimento comum de competência do juiz singular (federal, nas hipóteses mencionadas e quando previsto em tratado ou convenção se a execução começa ou termina no exterior), e independente do processo e julgamento do crime antecedente ainda que praticados em outro país.

A denúncia, estabelece seu art. 2º, § 1º, será instruída com “*indícios suficientes da existência do crime antecedente*”, sendo puníveis os autores da “lavagem” ainda que desconhecidos os do crime antecedente.

À base dessas referências legais, mostra-se com efeito infundada a impetração.

De fato, os autos, contando com a profusa prova testemunhal citada, indicam que o paciente durante vários anos esteve envolvido nas atividades do Cartel de Juarez, organização voltada ao tráfico e comércio nacional e transnacional de entorpecentes e drogas ilícitas no México, tendo sido, por conta dessa atuação, na década de 80 atraído aos Estados Unidos por um agente especial da DEA (*Drug Enforcement Administration*) entidade policial especializada no combate a esse crime e lá preso e processado judicialmente.

Embora absolvido pelo Grande Juri, as provas reunidas indicaram que o paciente tinha relacionamento com os chefes da organização criminosa e são insistentes os indícios de que dela participara efetivamente inclusive com ganhos patrimoniais importantes, dos quais boa parte comprovadamente veio ao Brasil.

A impetração sustenta que a absolvição do paciente exclui o crime antecedente e nessa medida torna atípica a denunciada “lavagem” de dinheiro.

Alguns escritos jurídicos ora consideram o crime antecedente como um elemento normativo do crime de “lavagem” ora dão-no como requisito de punibilidade ou até de procedibilidade, construindo variadas teses de interessante engenharia penal. Certo é todavia que os crimes de “lavagem” e antecedentes são autônomos embora complementares.

Vale assinalar que a existência ou indicação de um ou mais crimes antecedentes constitui exigência lógica para a figuração do de “lavagem”. Mas não necessariamente uma conduta concreta identificada, visto prescindir de processo e julgamento, isto é, a sua indicação não exige a prova da ação penal ou do inquérito policial bastando ter reunidos indícios bastantes e suficientes da existência do crime.

Essa expressão “*do crime*” deve ser compreendida no seu contexto próprio, sobretudo quando presente a circunstância possível - essa igualmente prevista na lei (art. 2º, II “*ainda que praticados em outro país*”) - de ter sido praticado fora do Brasil, e no caso no México.

Nada obstante, e sem embargo de outras possíveis teses igualmente ponderáveis, no caso dos autos há substancial relação de fatos e condutas convergentes sobre o paciente que levam à certeza de evidentes indícios de sua participação no universo das atividades da organização criminosa do Cartel de Juarez.

A existência e evidência de crimes antecedentes, seja como requisito de procedibilidade ou de tipicidade material da “lavagem”, no conjunto da prova recolhida pela instrução com especial acento nos depoimentos do agente especial Elias Patrocínio Chávez, da DEA; no da companheira de Amado Carrillo Fuentes (o líder pré-morto do Cartel de Juarez), e no relatório do agente especial da DEA Kevin Wilson, todos abundantes em incriminação do paciente, conduzem à conclusão de que o crime antecedente *não se resume aqui* ao incidente judicial levado ao Grande Juri de Albuquerque/Novo México/EUA instalado em 17 de junho de 1980 e terminado para o paciente com a absolvição em 26 de agosto de 1980.

Segundo as testemunhas citadas e altamente credenciadas havia um universo de fatos e condutas interligadas por propósito delituoso multinacional (Colômbia, México, Estados Unidos e depois Brasil).

Ante esse quadro, a fórmula legal da Lei n. 9.613 só pode ser compreendida com a largueza das circunstâncias, não para forçadamente alcançar o paciente mas para decotar o universo de criminalidade em que se movia assim como sua organização e revelar a existência de um grande crime em andamento pela organização e por todos os seus integrantes.

Ademais da falta de jurisdição brasileira para exigir-se aqui ou lá a instauração processual e naturalmente respeitada a soberania mexicana, a atuação desse comando normativo não poderia ficar à mercê de fator aleatório se o crime de “lavagem” subsequente no Brasil ficasse dependente do resultado do antecedente no exterior cuja apuração estivesse vedada à jurisdição nacional.

A redação da lei, além disso, não exige *prova* de indícios senão apenas os indícios, consciente de que a prova raça de tais elementos é muitas vezes inteiramente inviável sobretudo se inexistir processo formado como ela mesma admite.

Quando a lei brasileira faz menção a indícios suficientes da existência “do crime antecedente” certamente tem em vista a apuração da ocorrência de um delito concreto, mas pelas circunstâncias já antes abordadas certamente não desconsidera como crime antecedente o ambiente de pluricriminalidade, situação compatível com a mencionada cláusula legal aqui reforçada pela possibilidade de ter sido ele praticado ou verificado “em outro país” onde a apuração pode constituir um impasse natural.

O sentido lógico dessa cláusula que também precisa ser compreendida no seu contexto, busca abranger a realidade das atividades criminosas individuais

ou coletivas no seu próprio *habitat* pois seria irracional reduzir seu alcance a uma visão microscópica que desprezasse a notória transnacionalidade e a plurivariada das atividades criminosas que envolvem o tráfico internacional de drogas, como de resto é o caso dos autos.

Para mostrar situação muito parecida, embora realizados os crimes antecedentes no Brasil e mais ricamente descritos no julgado correspondente, há o caso denominado “Operação Furacão” apreciado no HC n. 86.288-RJ, Laurita, 5T STJ, 15.12.2009, caracterizado pela abundância de delitos anteriores retratando “*verdadeiro esquema de corrupção que atingia várias esferas de poder e servidores e autoridades públicas..*” semelhante à das máfias.

A jurisprudência e a doutrina de modo geral têm como autônomos os crimes antecedente e de “lavagem” que a lei (art. 2º, II L. n. 9.613) e declara serem independentes (HC n. 87.843-MS, Jane, STJ, 6T, 25.11.2008), considerando irrelevante a inexistência de sentença condenatória quanto a eles.

No mesmo sentido, no HC n. 59.663-SP, Dipp, 5T STJ, 07.12.2006, assentou-se que a aplicação irrestrita das regras de conexão entre “lavagem” e crime antecedente “poderia causar o engessamento do processo relativo à lavagem de dinheiro..”.

Em outro caso, o fato de não ter sido denunciado pelo crime antecedente “é irrelevante para a responsabilização por lavagem de dinheiro..” pois “a participação no crime antecedente não é indispensável à adequação da conduta de quem oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens direitos e valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime...” (Ação Penal n. 458-SP, Corte Especial STJ, Dipp, 16.09.2009).

No HC n. 133.274-RJ, Limongi, 6T STJ, 15.04.2010, pretendeu-se trancar a ação penal por “lavagem” eis que o crime tributário antecedente dependia do esgotamento da instância administrativa. O voto vista do Ministro Og Fernandes bem resumiu a orientação da Turma, assim: “Penso que, nos termos em que posta a acusação, o sobrestamento do feito quanto ao crime contra a ordem tributária, em razão da não constituição definitiva do respectivo crédito, não prejudica a persecução penal no tocante às infrações de lavagem de dinheiro e evasão de divisas. Isso porque a denúncia narra uma intrincada e operosa fraude destinada a dar ares de licitude à origem da vultuosa quantia de R\$ 9.895.188,00 depositada na conta bancária da empresa concessionária da qual os pacientes são representantes (...)”.

Confirmando a tese de que aos crimes antecedentes se deve dar a atenção correspondente às circunstâncias respectivas, em particular quando são praticados no exterior, no Conflito de Competência n. 97.636-SP (Maria Thereza, 3S STJ, 22.04.2009) a Relatora afirmou “De se concluir, da leitura do dispositivo em questão [o art. 2º, I, II, III **a** e **b** da Lei n. 9.613], que a regra geral é que tramitem os processos relativos ao crime antecedente e o crime de lavagem separadamente, independentemente em princípio, um do resultado do outro. Tal regra se justifica porque podem ocorrer até mesmo situações em que o crime antecedente seja de competência de outro país ou que não haja provas da ocorrência do crime antecedente, o que não impede a condenação exclusivamente pelo crime de lavagem de dinheiro”.

No julgamento do HC n. 89.739-PB (Peluso, 2T STF, 24.06.2008), acerca desse ponto disse o Relator: “Ora, se (I) o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro independem do julgamento dos crimes antecedentes e, se (II) indícios da prática de crime antecedente são suficientes para a consumação do crime de lavagem de dinheiro, pode-se, com mais razão, afirmar que a presença de tais indícios basta ao recebimento da denúncia”.

No julgamento do HC n. 94.965 (Fischer, 5T STJ, 10.03.2009) ficou estabelecido que: “IV - A adequação da conduta praticada no exterior a um dos crimes antecedentes previstos no rol taxativo do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro) se submete ao princípio da dupla incriminação, segundo o qual, o fato deve ser considerado ilícito penal também no país de origem. Além disso, o enquadramento legal da conduta deve ser realizado à luz do ordenamento jurídico pátrio, isto é, conforme a legislação penal brasileira.”

Essa última circunstância está presente no caso dos autos, visto serem inequívocos os inúmeros indícios de crime praticado por *organização criminosa*, ainda que nosso ordenamento não tenha definido adequadamente essa categoria jurídica.

Valem para tanto como substrato técnico os termos do art. 2º letra **a** da Convenção de Palermo, formalmente subscrita pelo Brasil (Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004), assim acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro que daí por diante dela recebe a devida juridicização.

Desse modo, ainda quando as alegações relativas à absolvição do paciente no pretendido crime antecedente pudessem sensibilizar o observador, muitos outros crimes abrangidos concretamente pelas atividades da organização criminosa de que certamente participou o paciente, objetivamente demonstrados por indícios manifestos e duplamente tipificados, justificam formal e materialmente a

instauração, processo e Julgamento do crime de lavagem praticado pelo paciente no Brasil e por eles condenado nas duas instâncias ordinárias.

Não fossem tais razões bastantes, é manifesto que a proposição do impetrante para sustentar tanto a falta de justa causa como a suposta nulidade da inquirição da testemunha no exterior pressupõe necessariamente a reapreciação aprofundada das provas da instrução penal.

Para saber se o conteúdo do depoimento impugnado foi essencial à condenação, como alega o impetrante, e, daí, pela alegada ofensa a formas processuais, derivar a *nulidade do processo*, ter-se-á de dissecar suas afirmações e qualificá-las em face dos demais fatos do processo, assim como, para concluir pela *ausência de justa causa*, seria preciso reconstituir criticamente todos os demais depoimentos que comprovam existência de ambiente de pluricriminalidade antecedente e apurar a suficiência ou não desse quadro como suporte fático da norma penal discutida (HC n. 94.958-SP, Joaquim, 2T STF, 09.12.2008 e HC n. 84.629-PR, 1T STF, Eros Grau, 21.09.2004).

Em suma, não é possível no âmbito do *habeas-corpus* dar-se o exercício dessas discussões como sugere o impetrante.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

---

#### **HABEAS CORPUS N. 143.304-DF (2009/0145748-8)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Gilberto Herbert de Lima

Advogado: Sara Vanessa Aparecida e Sousa - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Paciente: Gilberto Herbert de Lima

---

#### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Penal. Estelionato tentado. Vantagem patrimonial ilícita de pequeno valor. Aplicação do princípio da insignificância.

Inviabilidade. Especial reprovabilidade da conduta do agente. Reincidência e habitualidade delitiva. Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal. Ordem denegada.

1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no estelionato, assim como ocorre no delito de furto, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

2. Na hipótese dos autos, a despeito da reduzida expressividade financeira da vantagem patrimonial ilícita que se buscou obter, não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo ora Paciente. Com efeito, a conduta se revestiu de especial reprovabilidade, uma vez que o acusado aplicou o golpe, aproveitando-se da ação altruística da vítima, que se dispôs a ajudar pessoa conhecida, supostamente necessitada.

3. Ademais, o Paciente é reincidente no crime de estelionato, em continuidade delitiva, além de haver notícias da tentativa de aplicação do mesmo golpe em outra vítima.

4. Conforme decidido pela Suprema Corte, “O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal.” (STF, HC n. 102.088-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 21.05.2010.)

5. De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. É mais: seria um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente tendo em conta aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.

6. Ordem denegada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 14 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJe 04.05.2011

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de habeas corpus, sem pedido liminar, impetrado em favor próprio por *Gilberto Herbert de Lima*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 03 (três) dias-multa, como incurso no art. 171, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Contra a sentença, apelou a Defesa, tendo a Corte de origem negado provimento ao recurso.

Nas presentes razões, o Impetrante/Paciente alega, em síntese, que deve ser aplicado, na hipótese, o princípio da insignificância, tendo em vista que o fundamento apresentado pelo Tribunal *a quo* para negar sua aplicação – ter o agente se utilizado de meio fraudulento para obter vantagem ilícita, ludibriando a vítima – é inerente ao próprio tipo penal em questão.

Sustenta, ademais, que a sua condenação anterior transitou em julgado em 17.09.1990, tendo sido extinta a punibilidade em 05.08.1999. Por essa razão, não poderia obstar a aplicação do princípio da bagatela.

Aduz, por fim, que o valor do prejuízo que seria causado à vítima é de R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais), justificando o trancamento da ação penal.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 44-46, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 60-67, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A ordem não comporta concessão.

Consta dos autos que o ora Paciente foi denunciado como incurso no art. 171, *caput*, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, por ter tentado obter, em proveito próprio e mediante emprego de meio fraudulento, vantagem patrimonial ilícita, em prejuízo de Maria Imaculada Dominici Mendonça.

Segundo a inicial acusatória, no dia 04 de outubro de 2005, o ora Paciente efetuou uma ligação para a vítima, dizendo ser marido de sua vizinha Meire Cristina. Informando ter se envolvido em um acidente, solicitou que a vítima entregasse a uma pessoa conhecida por Sr. Lima a quantia de R\$ 55,00 (cinquenta e cinco) reais, prometendo, mais tarde, devolver-lhe o empréstimo. Em seguida, apresentou-se à vítima como sendo o Sr. Lima, ocasião em que recebeu um cheque no valor solicitado. Ao dirigir-se à loja de sua vizinha, a ofendida constatou o golpe, identificando posteriormente o autor em uma fila do Banco do Brasil.

Finda a instrução criminal, sobreveio sentença que condenou o Paciente às penas de 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 03 (três) dias-multa, como incurso no art. 171, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Contra a sentença, apelou a Defesa, tendo a Corte de origem negado provimento ao recurso.

O Tribunal *a quo* rejeitou a aplicação do princípio da insignificância, valendo-se dos seguintes fundamentos, *ad litteram*:

Segundo o Supremo Tribunal Federal, para o reconhecimento da insignificância é necessária a ocorrência simultânea dos seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

*No caso em tela, verifica-se que não é expressivo o valor objeto do estelionato (R\$ 55,00), contudo, conforme assentou a Suprema Corte, o pequeno valor patrimonial não é o único requisito para a incidência do princípio da insignificância.*

*Nos delitos dessa espécie, é comum o agente do crime oferecer uma vantagem para atrair a vítima que cai no arдил pensando em obter tal vantagem, na denominada torpeza bilateral. No caso dos autos, a atitude do réu está revestida de maior reprovação social, pois se aproveitou da disposição altruísta da ofendida para lhe aplicar o golpe. Assim, o réu não visou atingir apenas o patrimônio da vítima, mas também abusou de sua boa vontade, tendo em vista que foi ludibriada a amparar uma pessoa conhecida que supostamente necessitava de seu auxílio.*

Ao contrário do que afirmado pela combativa defesa, a conduta do réu causa repulsa social, de modo que não é possível afirmar que a lesão jurídica foi inexpressiva.

Assim, não tem relevância o fato de o réu ter se proposto a indenizar a vítima, pois o crime, na forma tentada, está plenamente caracterizado. Demais disso, ainda que tivesse consumado o delito e houvesse o ressarcimento do prejuízo, não afastaria a incriminação. Nesse sentido:

[...]

*Ademais, a vítima informou que o réu aplicou o mesmo golpe em outra pessoa:*

[...]

*A própria Meire Cristina Trindade confirmou que foi vítima do apelante, consoante depoimento prestado perante a autoridade policial (fls. 09).*

*Ressalta-se, ainda, que o apelante, Gilberto Herbert de Lima, possui uma condenação transitada em julgado em 17.09.1990 pela prática de estelionato em continuidade delitiva (CP 71 c.c. 171), conforme consta à fl. 50.*

*Portanto, a tentativa de estelionato praticada pelo réu não foi um caso isolado.*

A jurisprudência do TJDF aponta no sentido de que a prática reiterada de ilícitos penais obstaculiza o reconhecimento do princípio da insignificância. É a mesma razão pela qual a reincidência impede a aplicação da causa de diminuição de pena do § 1º do art. 171 do CP (estelionato privilegiado). (fls. 32-34; sem grifo no original.)

A aplicabilidade do princípio da insignificância deve observar as peculiaridades do caso concreto, de forma a aferir o potencial grau de reprovabilidade da conduta, buscando identificar a necessidade ou não da utilização do direito penal como resposta estatal. Com efeito, diante do caráter fragmentário do direito penal moderno, segundo o qual se devem tutelar apenas os bens jurídicos de maior relevo, somente justificam a efetiva movimentação da máquina estatal os casos que implicam lesões de significativa gravidade.

É certo, porém, que o pequeno valor da vantagem patrimonial ilícita não se traduz, automaticamente, no reconhecimento do crime de bagatela.

De fato, a aplicabilidade do princípio da insignificância no estelionato, assim como ocorre no delito de furto, para afastar a tipicidade penal, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

Na hipótese dos autos, porém, não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo ora Paciente.

Como bem ressaltou o acórdão hostilizado, a conduta do agente se revestiu de especial reprovabilidade, uma vez que o acusado aplicou o golpe, aproveitando-se da ação altruística da vítima, que se dispôs a ajudar pessoa conhecida, supostamente necessitada.

Ademais, destacou a Corte de origem a reincidência do Paciente pela prática de estelionato, em continuidade delitiva, e a tentativa de aplicação do mesmo golpe em outra vítima.

Nesse aspecto, é importante destacar a orientação deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as circunstâncias de caráter eminentemente pessoal não interferem no reconhecimento do delito de bagatela, que estaria relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto, e não com a pessoa do acusado : HC n. 132.206-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 15.12.2009; HC n. 154.115-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 12.04.2010; HC n. 120.972-MS, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 23.11.2009; HC n. 129.340-SP, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), DJe de 14.12.2009; REsp n. 827.960-PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 18.12.2006.

Contudo, melhor analisando a questão, reformulo o anterior posicionamento, por considerar não ser possível reconhecer um reduzido grau de reprovabilidade na conduta de quem, de forma reiterada, comete novos delitos.

Como bem acentuou a eminente Ministra *Cármen Lúcia*, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 102.088-RS, de que foi Relatora, “O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça

no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal.” (1ª Turma, DJe de 21.05.2010).

De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. E mais: seria um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente tendo em conta aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.

No mesmo sentido já se posicionaram ambas as Turmas do Col. Supremo Tribunal Federal, refutando a aplicação do princípio da insignificância a acusados reincidentes ou inclinados à prática delitiva:

*Habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Furto. Incidência do princípio da insignificância. Inviabilidade. Reincidência e habitualidade delitiva comprovadas. Ordem denegada.

Reconhecidas a reincidência e a habitualidade da prática delituosa, a reprovabilidade do comportamento do agente é significativamente agravada, sendo suficiente para inviabilizar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.

Ordem denegada. (STF, HC n. 97.007-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 31.03.2011.)

*Habeas corpus*. Furto de barras de chocolate. *Res furtivae* de pequeno valor. Mínimo grau de lesividade. Alegada incidência do postulado da insignificância penal. Inaplicabilidade. Paciente reincidente específico em delitos contra o patrimônio, conforme certidão de antecedentes criminais. Ordem denegada.

1. *Embora seja reduzida a expressividade financeira dos produtos subtraídos pelo paciente, não há como acatar a tese de irrelevância material da conduta por ele praticada, tendo em vista ser ele reincidente específico em delitos contra o patrimônio. Esses aspectos dão claras demonstrações de ser um infrator contumaz e com personalidade voltada à prática delitiva.*

2. Conforme a jurisprudência desta Corte, “o reconhecimento da insignificância material da conduta increpada ao paciente serviria muito mais como um deletério incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário” (HC n. 96.202-RS, DJe de 28.05.2010).

3. Ordem denegada. (STF, HC n. 101.998-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 22.03.2011; sem grifo no original.)

*Habeas corpus*. Penal. Furtos e tentativa de furto. Alegação de incidência do princípio da insignificância: inviabilidade. Crime praticado com rompimento de obstáculo e em concurso com menor. Descomprometimento do paciente com os valores tutelados pelo direito. Reincidência. *Habeas corpus* denegado.

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.

2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal.

3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

4. No caso dos autos, em que o delito foi praticado com rompimento de obstáculo e em concurso com menor, percebe-se o descomprometimento do Paciente com os valores tutelados pelo direito.

5. *Apesar de tratar-se de critério subjetivo, a reincidência remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, já que não está sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica.*

6. Ordem denegada. (STF, HC n. 103.359-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 06.08.2010; sem grifo no original.)

*Habeas corpus*. Crime de tentativa de furto (*caput* do art. 155, combinado com o inciso II do art. 14, ambos do Código Penal). Objetos que não superam o valor de R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais). Alegada incidência do princípio da insignificância penal. Acusado que responde a vários outros processos por crimes contra o patrimônio. Reincidente específico. Ato de violência. Vítima lesionada. Improcedência da alegação. Ordem denegada.

1. Para que se dê a incidência da norma penal não basta a simples adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa, sob pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar.

2. Na concreta situação dos autos, não há como acatar a tese de irrelevância material da conduta protagonizada pelo paciente, não obstante a reduzida expressividade financeira dos objetos que se tentou furtar. De início, porque o paciente é reincidente específico em delito contra o patrimônio, constando na respectiva certidão de antecedentes criminais as numerosas situações em que foi preso por furto, inclusive. Logo, o reconhecimento da insignificância material da conduta increpada ao paciente serviria muito mais como um deletério incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário.

3. O acusado dá claras demonstrações de que adotou a criminalidade como verdadeiro estilo de vida. O que impossibilita a adoção do princípio da insignificância penal e, ao mesmo tempo, justifica a mobilização do aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que só é de ser acionando para a apuração de condutas que afetem substancialmente os bens jurídicos tutelados pelas normas incriminadoras.

4. Por outra volta, embora o paciente responda tão-somente pelo delito de tentativa de furto simples (inciso II do art. 14, combinado com o art. 155, ambos do CP), os autos dão conta de que o réu, “mediante luta corporal com a vítima, pessoa idosa de 63 anos”, causou-lhe “ruptura do tendão do braço direito”. Tudo para dificultar o acolhimento da tese de que a ação protagonizada pelo paciente configura um irrelevante penal.

5. Ordem denegada. (STF, HC n. 96.202-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 28.05.2010; sem grifo no original.)

*Habeas corpus*. Constitucional. Penal. Furto e tentativa de furto. Alegação de incidência do princípio da insignificância: inviabilidade. Notícia da prática de vários outros delitos pelo paciente. *Habeas corpus* denegado.

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.

2. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

3. O grande número de anotações criminais na folha de antecedentes do Paciente e a notícia de que ele teria praticado novos furtos, após ter-lhe sido concedida liberdade provisória nos autos da imputação ora analisados, evidenciam comportamento reprovável.

4. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida.

5. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.

6. Ordem denegada. (STF, HC n. 102.088-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 21.05.2010; sem grifo no original.)

Veja-se, ainda, a seguinte ementa proferida nesta Corte Superior de Justiça:

*Habeas corpus*. Furto simples de diversas barras de chocolate avaliadas em R\$ 45,00. Apesar de se tratar de *res furtiva* que pode ser considerada ínfima, a existência de condenação por crime de roubo transitada em julgado, cujo paciente cumpria pena, indica a inaplicabilidade, *in casu*, do princípio da insignificância. O MPF manifestou-se pela denegação do *writ*. Ordem denegada.

1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado.

2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC n. 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 19.04.2004).

3. No caso em apreço, apesar do furto de diversas barras de chocolate avaliadas em R\$ 45,00 poder ser considerada ínfima, não merece a aplicação do postulado permissivo, eis que, a folha de antecedentes criminais do paciente, que indica a condenação por crime de roubo transitada em julgado, noticia a reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminosa.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial, dadas as singularidades deste caso. (HC n. 137.794-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 03.11.2009.)

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 148.988-SP (2009/0190457-8)**

---

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Márcio Thomaz Bastos e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: R A (preso)

---

**EMENTA**

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 213 do CP (56 vezes). Prisão preventiva. Decisão fundamentada. Garantia da ordem pública. Periculosidade. Gravidade concreta dos fatos. Ausência de constrangimento ilegal.

I - A prisão preventiva pode ser decretada como forma de garantia da ordem pública, desde que a gravidade concreta dos fatos narrados na denúncia puder denotar a *periculosidade acentuada* do paciente (*Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal*).

II - Exsurgindo da decisão combatida que o paciente, em tese, teria praticado mais de 56 (cinquenta e seis) graves crimes contra a liberdade sexual, sua segregação cautelar encontra-se justificada em razão da evidenciada *gravidade dos fatos em apuração*.

III - O afastamento cautelar do paciente do exercício da medicina por órgão administrativo não afasta, *per se*, a periculosidade invocada no decreto atacado. É dizer, por tudo o que consta na decisão, que o

*paciente é uma pessoa perigosa e não somente um médico perigoso. Assim, persiste o risco de que, acaso solto, volte a praticar novos delitos.*

Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho, que concediam a ordem.

Sustentou oralmente: Dra. Maria Silvia Meira Luedemann (p/ MPF).

Brasília (DF), 24 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJe 03.05.2010

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Roger Abdelmassih, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente *foi denunciado* como incurso nas sanções do art. 213 do Código Penal (*por cinquenta e seis vezes*), oportunidade em que foi requerida a decretação de sua prisão preventiva.

Recebida a exordial, no mesmo ato, *restou decretada sua prisão*.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o e. Tribunal *a quo*, alegando falta de fundamentação da r. decisão que impôs a custódia cautelar ao paciente.

Contudo, a ordem foi, por maioria, *denegada*, em acórdão assim ementado:

1 - *Habeas corpus* - Estupro.

2 - Publicidade demasiada para o cumprimento do mandado de prisão - Violação ao direito à intimidade de pessoa ainda não condenada - Excesso eventualmente ocorrido que não decorreu da decisão que decretou a prisão preventiva e, conseqüentemente não a invalida.

3 - Defeitos da denúncia não viciam a decretação da prisão preventiva que, na sistemática do Processo Penal Nacional, pode ser determinada de ofício e antes mesmo do oferecimento da inicial acusatória. - A existência de anterior denúncia sobre 03 dos 56 crimes descritos na segunda só acarreta a reunião dos processos pela continência. - A acusação é identificada pela descrição fática inserta na denúncia, não pela capitulação jurídica nela constante.

4 - Existência de fundamentação concreta na decisão que acolheu o pedido da prisão preventiva - A invocação da gravidade da infração (concretamente considerada) deu-se apenas para - agregá-la a outras considerações que revelam a periculosidade do preso.

5 - Prisão preventiva - Cautelar que se justifica quando se faz necessária à garantia da ordem pública. - Hipótese em que o comportamento descrito na denúncia e suficientemente demonstrado para o juízo de cognição incompleta revela que o autor dos ilícitos tem importante deformidade de caráter, que coloca em risco a sociedade com sua soltura.

6 - *Writ* denegado (fl. 2.453).

Daí o presente *writ* no qual *sustenta a defesa* que “além do fato de não haver qualquer indício concreto de que a liberdade do Paciente afronte a ordem pública, o principal argumento para a prisão, o suposto risco de reiteração da conduta porque seguia clinicando, já se encontra superado, pois, em 18.08.2009, Roger Aldemassih teve o seu registro profissional cautelarmente suspenso, por decisão do Conselho Regional de Medicina.” (fl. 03). Afirma ainda que a segregação cautelar foi decretada com base em meras especulações de que o paciente poderia praticar novas condutas ilícitas. Além disso, aponta que o paciente ostenta *condições pessoais favoráveis* para responder o processo em liberdade. Busca, ao final, reconhecida a ilegalidade da decisão que decretou a prisão preventiva, seja expedido em favor do paciente alvará de soltura.

*O pedido liminar foi indeferido.*

A d. *Subprocuradoria-Geral da República* manifestou-se pela concessão da ordem em parecer que recebeu a seguinte ementa:

*Habeas corpus*. Estupro. Prisão preventiva decretada para impedir a reiteração dos delitos cometidos no exercício da medicina. Gravidade dos delitos. Fato novo superveniente à decretação, consistente na interdição profissional do paciente pelo CRM. Cessação dos motivos da custódia cautelar.

Parecer pela concessão da ordem (fl. 2.553).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O presente *habeas corpus* foi impetrado em favor de Roger Abdelmassih, acusado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo de ser o autor de 56 (cinquenta e seis) crimes de estupro (cf. capitulação da denúncia). Advirto, inicialmente, que se busca no *remédio heróico* unicamente a revogação da *prisão preventiva* decretada em seu desfavor. *Portanto, a verificação da presença dos requisitos autorizadores da segregação cautelar é o único objeto do writ.* Dessa forma, vale acentuar não estar em discussão o *mérito da ação penal* movida pelo *Parquet*.

Pois bem, definidas as balizas do pedido, passo ao exame da decisão que impôs a *segregação cautelar* ao paciente.

Eis os fundamentos, *na íntegra*, do combatido *decisum*:

Quanto ao pedido de decretação da prisão preventiva do denunciado, passo à análise da presença de seus requisitos autorizadores.

Os crimes imputados ao acusado são punidos com reclusão e há, como acima já exposto, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.

Além disso, narra a denúncia a prática de 56 (*cinquenta e seis*) crimes de estupro o que, em tese, demonstra habitualidade na prática delitiva por parte do indiciado.

Além disso, a narrativa das vítimas é semelhante e indica que **Roger Abdelmassih** estaria utilizando sua clínica para abusar da sua condição de renomado médico geneticista e constringer suas pacientes a degradantes atos de conotação sexual.

Os fatos aqui tratados perduram no tempo e indicam que o denunciado estaria lesando inúmeras mulheres e, segundo notícia dos autos, continua no exercício de seu mister, o que demonstra a periculosidade da sua manutenção em liberdade.

Ressalte-se que vários dos delitos aqui tratados se referem a relatos de vítimas que sofreram abusos sexuais enquanto estavam sob o efeito de sedativos ministrados pelo acusado, o que aponta o possível desvio da atividade médica por ele desenvolvida.

O feito terá sua regular instrução e o denunciado poderá fazer amplo uso do seu direito constitucional de ampla defesa para apresentar as provas que entender pertinentes a fim de provar sua alegada inocência.

*Todavia, a gravidade dos fatos aqui tratados, a personalidade do réu, que parece ser distorcida no que pertine à sua lascívia, e a potencialidade de que inúmeras outras mulheres possam vir a sofrer toda sorte de abusos por parte de **Roger Abdelmassih**, indicam a necessidade de decretação de sua custódia cautelar, para garantia da ordem pública.*

(...)

Impossível negar que a manutenção da liberdade de indivíduo acusado da reiterada prática de crimes de estupro - alguns inclusive com violência física - e que estaria fazendo uso de sua clínica médica para abusar sexualmente de mulheres, representa perigo para o convívio social, razão pela qual a decretação de sua prisão preventiva é imperiosa.

A necessidade de afastamento do denunciado do meio social é latente, em face da possibilidade de reiteração de práticas criminosas contra vítimas incautas que vierem a procurá-lo acreditando na sua capacidade médica.

Cito outra decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que também guarda relação com o caso aqui analisado: "Prisão preventiva. Decretação. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Réu denunciado por atentado violento ao pudor. Decisão embasada na garantia da ordem pública, ante a gravidade do crime imputado, denotando a periculosidade do agente, e estar respondendo ele a outros dois processos por crimes da mesma natureza. Custódia cautelar necessária para acautelar o meio social e credibilidade da Justiça. Ordem denegada. Toda e qualquer prisão provisória funda-se na necessidade de afastar o agente do convívio social, antes mesmo de eventual sentença condenatória. É providência acautelatória, inserindo-se no conceito de ordem pública, visando não só prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão, convindo a medida quando revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio à ação criminosa" (3ª Cam. Crim., HC n. 288.405-3, rel. Walter Guilherme).

O C. Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou em caso semelhante ao presente, envolvendo professor que era acusado de, prevalecendo-se de sua condição, abusar sexualmente de suas alunas.

Decidiu aquela Corte Superior que: "Prisão preventiva. Salvaguarda da ordem pública. A prisão preventiva para salvaguarda da ordem pública reside na necessidade de se impedir e frustrar a prática de novos crimes, in casu, esteriotipada na condição de professor do recorrente sobre quem, a par de denúncias por infração ao art. 213 do CP, pesa a acusação de abordar suas alunas com propostas de ordem sexual" (grifei, 6ª Turma, RHC n. 6.802, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 16.02.1998).

Aqui estamos diante de situação análoga, vez que o réu, em liberdade, poderia, em tese, persistir na reiteração criminosa que lhe é imputada, vitimando mulheres que estejam submetidas a tratamento em sua clínica, o que indica, como retro já exposto, a necessidade da restrição corporal para garantia da ordem pública.

Portanto, **defiro** o requerido pelo Ministério Público e **decreto** a prisão preventiva de **Roger Abdelmassih**. Expeça-se mandado de prisão (fls. 389-393 - grifos aditados).

Depreende-se da fundamentação da decisão acima transcrita que a *ordem pública* foi o requisito invocado para justificar a imposição da medida constritiva ao paciente.

Com efeito, o *perigo visualizado à ordem pública* estaria consubstanciado na *gravidade concreta dos delitos, bem como* na apontada *periculosidade do paciente*, verificada em razão da quantidade de crimes (praticamente sem precedentes na história forense de nosso país) a ele imputados, associado ao *modus operandi* de que se valia para realiza-los.

Impende asseverar, neste contexto, que a *jurisprudência desta Corte*, há longa data, assentou entendimento segundo o qual tais circunstâncias - *gravidade concreta do delito e periculosidade do agente* - legitimam a decretação da prisão preventiva, pois evidenciam risco à *garantia da ordem pública*, nos termos do *art. 312 do Código de Processo Penal*.

Neste sentido, *v.g.*:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Comércio ilegal de animais silvestres, receptação e quadrilha. Prisão preventiva. Fundamentação em dados concretos. Gravidade concreta da ação delituosa. Periculosidade real do agente. Reiteração criminosa. Constrangimento ilegal não-caracterizado. Excesso de prazo. Questão não-apreciada pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Ordem denegada.

1. A prisão preventiva deve ser revogada sempre que se verifique irregularidade na sua decretação, por ausência dos pressupostos da materialidade e indícios da autoria ou pela não-ocorrência de qualquer das circunstâncias motivadoras descritas no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. *Estando o decreto preventivo satisfatoriamente justificado na gravidade concreta da ação delituosa, na periculosidade real do agente e na possibilidade de reiteração criminosa, resta evidente a necessidade de proteção da ordem pública* (art. 312 do Código de Processo Penal).

(...)

4. Ordem denegada.

(HC n. 141.605-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 03.11.2009).

*Habeas corpus*. Prisão preventiva. Homicídio duplamente qualificado. *Modus operandi*. Gravidade concreta. Periculosidade. Garantia da ordem pública. Prisão cautelar fundamentada e necessária. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Constrangimento ilegal ausente.

1. Evidenciada a *periculosidade do agente*, decorrente da forma como foi cometido o ilícito - homicídio praticado contra criança de 11 anos de idade, mediante dissimulação e por motivo de recompensa, mostra-se inviável a concessão da liberdade, pois presentes circunstâncias concretas a indicar a imprescindibilidade da manutenção da prisão cautelar fundamentada na necessidade de garantir-se a ordem pública, diante da periculosidade acentuada do paciente.

(...)

3. Ordem denegada.

(HC n. 124.531-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 09.11.2009).

Esse também o magistério jurisprudencial do *Pretório Excelso* exemplificado em *recentes arestos*:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime de latrocínio tentado. Manutenção da prisão cautelar. Decisão fundamentada. Garantia da ordem pública. Paciente que permaneceu preso durante toda a instrução criminal. Precedentes STF. Ordem denegada.

1. O paciente foi condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão, pela prática do delito latrocínio tentado, previsto no art. 157, § 3º, *in fine*, c.c. art. 14, II, todos do Código Penal.

2. A manutenção da prisão cautelar, na realidade, se baseou em fatos concretos observados pelo Juiz de Direito na instrução processual, *notadamente a periculosidade do paciente*, não só em razão da gravidade do crime perpetrado, mas também pelo *modus operandi* da empreitada criminosa.

3. Há justa causa para a manutenção da prisão quando se aponta, de maneira concreta e individualizada, fatos que induzem à conclusão quanto à necessidade de se assegurar a ordem pública.

4. Como já decidiu esta Corte, “a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos” (HC n. 84.658-PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03.06.2005), além de se caracterizar “pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação” (HC n. 90.398-SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18.05.2007).

(...)

6. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 98.376-SC, 2ª Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJe de 16.10.2009).

Ementa: *habeas corpus*. Processual Penal. Triplos homicídios e ocultações de cadáver. Prisão preventiva para garantia da ordem pública. Gravidade do crime. Inidoneidade. Periculosidade do réu revelada pelo *modus operandi*. Necessidade da custódia cautelar.

1. A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que o fundamento da garantia da ordem pública é inidôneo quando alicerçado na gravidade do crime.

2. O decreto prisional expõe, além da gravidade do crime, a periculosidade do réu. Periculosidade revelada pelo *modus operandi* na prática dos crimes de homicídio (três vezes) e ocultação de cadáver (três vezes). *A periculosidade do paciente não resulta de mera presunção judicial, mas de afirmação concreta respaldada nos fatos*. Daí a necessidade da segregação cautelar para garantia da ordem pública. Precedentes. Ordem denegada.

(HC n. 99.929-SP, 2ª Turma, Rel Min. Eros Grau, DJe de 29.10.2009).

A *ordem pública*, como requisito legitimador da prisão preventiva, a meu juízo, *no caso concreto*, se faz presente, na linha da jurisprudência já referida. É que a decisão fustigada faz alusão tanto à *gravidade concreta dos delitos* como à *periculosidade do paciente*.

Ademais, urge asseverar que os fundamentos invocados, a toda evidência, *encontram respaldo nos elementos colhidos nos autos principais (notadamente as declarações prestadas pelas inúmeras vítimas)*. A acusação formulada contra o paciente aponta para a *prática reiterada* de inúmeras condutas *gravíssimas*, tipificadas como crimes contra a liberdade sexual que denotam a *ousadia do paciente e sua evidente periculosidade*.

Por tal motivo, irretocável a observação feita pelo e. Tribunal *a quo* ao apontar no julgamento do *mandamus* lá impetrado que “naquele provimento jurisdicional, - a *decisão atacada* - portanto, não se levou em consideração a gravidade do delito abstratamente considerado, mas a periculosidade do réu concretamente analisada.” (fl. 2.456).

Tenho para mim que os fatos apontados *tanto na denúncia quanto no decreto em exame justificam a imposição da prisão cautelar*. Percebe-se, assim, que a manutenção da prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentada em *dados concretos extraídos dos autos* que denotam *fatos de extrema gravidade*, sendo que o paciente em liberdade acarreta *insegurança jurídica* e, por conseguinte, *lesão à ordem pública*, conforme inclusive já se decidiu no HC n. 90.726-MG, *Primeira Turma*, Rel. Min. *Cármem Lúcia*, DJU de 16.08.2007. De fato, a *periculosidade do agente para a coletividade*, desde que *indicada concretamente* é apta à manutenção da restrição de sua liberdade (HC n. 89.266-GO, *Primeira*

*Turma*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 28.06.2007; HC n. 86.002-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 03.02.2006; HC n. 88.608-RN, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 06.11.2006; HC n. 88.196-MS, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.05.2007).

A defesa, como já referido no relatório, alega que a *superveniência de fato novo - afastamento cautelar* do paciente do exercício da medicina pelo Conselho Regional - implicaria o reconhecimento de que o fundamento central da decisão atacada estaria *prejudicado*. Ou seja, uma vez que o *paciente valia-se da função* para praticar os delitos e, *estando dela afastado, não poderia mais continuar a delinquir*. Entretanto,  *muito embora* tenha sido descrito de forma detalhada, na decisão, o *modus operandi* utilizado pelo paciente para a prática dos crimes narrados na denúncia, tal circunstância não significa, *de forma automática*, que determinado o seu afastamento das atividades profissionais, tenha, de igual modo, desaparecido a *periculosidade* que é apontada no decreto. A forma como praticados os delitos, ao contrário, *serviu para evidenciar, ainda mais*, a *gravidade das acusações formuladas*, mas não para vincular, de forma indissociável, a *periculosidade à profissão desenvolvida*. Caso contrário, *v.g.*, no caso de *estuprador* que cometeu vários crimes em um determinado parque, a sua *periculosidade desapareceria* no momento em que o local, por qualquer motivo, fosse fechado. Ou então, o assaltante que tivesse praticado inúmeros roubos à mão armada deixasse de ser considerado perigoso somente por ter provado que veio a perder a arma que utilizava. *Em resumo, o paciente, pelo decreto combatido, é uma pessoa perigosa e não somente um médico perigoso.*

Esclarecedora, neste ponto, a conclusão alcançada no voto condutor do reprochado acórdão, *verbis*:

(...) o comportamento descrito na denúncia, e que nesse peça foi imputado ao ora paciente, revela (conquanto demonstrado em juízo) que o autor dos ilícitos tem importante distorção de personalidade. Há notícia de estupro e coito anal praticados contra pessoa inconsciente, uso de força física praticada no próprio local de trabalho contra mulher em posição para exame ginecológico, exibicionismo e ataque contra quem estava com o marido aguardando na sala de espera, abuso de quem, debilitada, aguardava a melhora na sala de recuperação. (fl. 2.460-2.461).

Por fim, frise-se que o afastamento imposto ao paciente, além de ser *cautelar*, portanto sujeito a revogação a qualquer tempo, se deu por razões que não as tratadas na ação penal a que se refere o presente *writ*, mas por outras

condutas que aos olhos do Conselho Regional, *a priori*, não teriam seguido as regras éticas da profissão.

*Desse modo, e por tudo o que foi debatido, concluo que o perigo à ordem pública persistiria ainda que o paciente fosse solto, porém impedido de exercer a medicina.*

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É o voto.

### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Sr. Presidente, recebi os memoriais muito bem elaborados, tanto pela defesa quanto pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Li também o parecer escrito elaborado pelo douto Subprocurador-Geral da República, que foi pela concessão, e ouvimos, no início do julgamento, após o relatório, o parecer da ilustre Subprocuradora-Geral aqui presente, Dra. Maria Sílvia Meira Luedemann, que se posicionou diversamente do parecer escrito e, na seqüência do julgamento, acabamos de ouvir o voto da eminente Ministra Laurita Vaz, acompanhando o voto do eminente Ministro Felix Fischer, registrando que o eminente Relator fez um voto, como aliás é próprio dos votos de S. Exa., exaurindo a matéria.

Realmente, o eminente Ministro Felix Fischer não deixou nenhuma razão ou nenhum motivo relevante sem abordagem fundamentadamente no seu judicioso voto. Minha convicção, inicialmente, se formou no sentido do afastamento, pelo menos em tese, da razão determinante da prisão preventiva que era o fato de ele exercer a Medicina, a profissão, na clínica; uma vez que sobreveio, como consignado, o seu afastamento cautelar do exercício da profissão pelo Conselho Regional de Medicina, é evidente que esse afastamento, por si só, não significa que ele ou qualquer outro em situação similar não possa, em tese, praticar novos delitos, porque isso não é razão bastante para obstar a prática delituosa, em tese.

Mas como estamos apreciando, como bem acentuou o eminente Ministro Felix Fischer, a prisão preventiva, evidentemente porque o processo está em curso, saber se haverá juízo condenatório ou não é só após a instrução e, naturalmente, o julgamento. Então, nessa fase, sem prejuízo, evidentemente, de sobrevirem outras razões de decretação de nova prisão, estou pedindo a máxima vênua ao eminente Relator, uma vez que deixou de existir aquele fundamento basilar do exercício da profissão com a suspensão, para votar favoravelmente,

com aquelas cautelas que temos adotado na concessão de *habeas corpus*, sem prejuízo de nova prisão, se for o caso, desde que ele recolha passaporte, que compareça a todos os atos do processo, em suma, não crie nenhuma dificuldade para o regular andamento do feito. Estou pedindo vênias porque, realmente, li tudo, inclusive o parecer escrito da douta Subprocuradoria-Geral nesse sentido também, ou seja, no sentido de ser afastado aquele pressuposto, quer dizer, a prisão preventiva.

Pelo que entendi de tudo que li, tanto dos memoriais, quanto do voto do eminente Sr. Desembargador, que também divergiu, que está, igualmente, muito bem fundamentado, mencionando fato e jurisprudência, como, aliás, é próprio, porque sabemos que jurisprudência é muito variada, há muito controversa nessas hipóteses, estou pedindo a máxima vênias ao Sr. Ministro Relator para votar pela *concessão da ordem de habeas corpus*.

É o voto.

## VOTO

Ementa: *Habeas corpus* liberatório. Prisão preventiva. Ausência de elementos objetivos para a manutenção da custódia cautelar. Precedentes do STJ e STF. Ordem concedida.

1. A prisão preventiva é sempre medida excepcional, a ser aplicada somente quando devidamente demonstrado o perigo à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da Lei Penal, que não pode se fundar em conclusões descalçadas de elementos seguros e objetivos quanto àquele perigo.

2. A apreciação do pedido de HC formulado sob o fundamento da desnecessidade da prisão preventiva, não envolve qualquer manifestação quanto ao mérito da lide penal, que deverá ter trâmite regular até final sentença.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Recebi do ilustre Advogado do paciente e do douto Chefe do Ministério Público de São Paulo memoriais sintéticos, mas descritivos da situação jurídico-processual que agora aqui se discute neste HC, limitada à crítica ao decreto de prisão preventiva do paciente, como bem alertado pelo preclaro julgador Ministro *Felix Fischer*.

2. Reitero, em primeiro lugar, que aqui se trata, *exclusivamente*, de apreciar a prisão preventiva do paciente, portanto, sem qualquer incursão ou análise quanto ao mérito da imputação ou mesmo quanto ao regular trâmite da Ação Penal.

3. Destaco que o MP de primeiro grau, no tocante à constrição ao paciente, formulou pedido alternativo, fundado no poder geral de cautela do Juiz, consubstanciado no *afastamento do denunciado de suas atividades clínicas, uma vez que as condutas teriam sido praticadas durante atuação médica*.

4. Essa circunstância, a meu sentir, me demonstra que a convicção ministerial quanto à *necessidade da prisão preventiva do paciente* não era, pelo menos naquela altura, algo que se pudesse dizer sólido e firme, e tanto é verdade que sugeriu a alternância acima apontada.

5. Em segundo lugar, observo que a decisão do Togado Singular também não trouxe elementos naturalísticos, empíricos ou objetivos, que fossem densos o bastante e fortes o suficiente a revelar a necessidade de acautelar os valores protegidos pelo art. 312 do CPP.

6. Por outro lado, a leitura do douto voto vencido do eminente Desembargador *Marco Antônio Marques da Silva*, aliás, calçado em inúmeros precedentes deste Tribunal (HC n. 124.975-AM, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJU 03.08.2009 e HC n. 103.506-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 02.03.2009) e do STF (HC n. 97.998, Rel. Min. *Eros Grau*, DJU 21.08.2009, HC n. 94.587, Rel. Min. *Joaquim Barbosa*, DJU 27.03.2009), revela que esse ilustre Magistrado detectou a insuficiência de elementos seguros para o acautelamento provisório ou antecipado do acusado, apontando a falta de fundamentação do decreto constritivo.

7. Nesta instância superior, por último, vê-se que o preclaro Subprocurador-Geral da República *Jair Brandão de Souza Meira*, reconhecido jurista e penalista afamado, manifestou-se pela *concessão da ordem*, aqui objeto de divergência pela douta Subprocuradora-Geral da República *Maria Sílvia de Meira Luedemann*.

8. Assim, defiro a ordem de HC, para determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, sob a condição de *recolher ao Juízo processante o seu passaporte, comprometer-se formalmente a não se ausentar do distrito da culpa sem autorização prévia e escrita do mesmo Juízo processante, a comparecer a todos os atos do processo, bem como ficando também cautelar e provisoriamente suspenso das atividades profissionais de sua clínica médica, até ulterior deliberação*.

9. Aproveito a oportunidade deste julgamento, para relembrar que a constrição cautelar antecipada, é sempre medida de todo excepcional, sendo inaceitável que *a gravidade do crime imputado à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação*, antes de a decisão condenatória penal transitar em julgado, em face do princípio da *presunção de inocência*, não há neste momento, por conseguinte, nenhuma apreciação ou manifestação de qualquer juízo quanto aos aspectos substantivos da Ação Penal, como é óbvio; essa ação deve prosseguir normalmente até o seu desfecho.

10. É como voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 173.741-RJ (2010/0093622-9)**

---

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Andreia Teixeira Moret Pacheco - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Marcos Américo da Silva

---

#### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Roubo duplamente majorado em concurso formal. Causa especial de aumento de pena. Arma de fogo. Potencialidade lesiva. Ausência de apreensão e de exame pericial. Desnecessidade. Existência de outros meios de prova a atestar o efetivo emprego do revólver. Lesividade que integra a própria natureza do armamento. Prova em sentido contrário. Ônus da defesa. Constrangimento ilegal afastado. Manutenção da causa especial de aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

1. Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF.

2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.

3. Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecerem com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

*Duas majorantes. Aumento de pena em 2/5 sem motivação concreta. Critério objetivo. Impossibilidade. Exegese da Súmula n. 443 deste STJ. Coação ilegal evidenciada. Ordem concedida nesse ponto.*

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de duas causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizarem.

2. Verificando-se que as instâncias ordinárias fixaram a fração de 2/5 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal. Exegese da Súmula n. 443 deste STJ.

*Execução. Regime inicial fechado. Roubo circunstanciado. Gravidade abstrata do delito. Fundamentação inadequada. Pena-base fixada no mínimo. Circunstâncias judiciais favoráveis. Art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Súmulas n. 718 e n. 719 do STF e n. 440 do STJ. Alteração para o regime semiaberto. Possibilidade. Ordem concedida.*

1. O artigo 33, § 2º, **b**, do CP estabelece que o condenado à pena superior a 04 (quatro) anos e não excedente a 08 (oito) anos poderá iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais não se justifica a escolha do sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado. Súmula n. 440-STJ.

3. Na hipótese, o paciente foi condenado à pena de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, no modo inicial fechado, o qual foi firmado apenas com base na reprovabilidade abstrata do delito.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido apenas para reduzir o *quantum* de aumento na terceira fase da dosimetria para 1/3 (um terço), ficando a reprimenda do paciente definitiva em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 74 (setenta e quatro) dias-multa e fixar o modo inicial semiaberto.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

---

DJe 21.02.2011

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de *Marcos Américo da Silva*, contra acórdão proferido pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao julgar a Apelação n. 2009.050.05047, interposta pelas partes, negou provimento ao apelo defensivo e proveu o recurso ministerial apenas para fixar ao paciente o regime inicial fechado de cumprimento de pena, mantendo, no mais, a sentença que o condenou a 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, ambos do CP.

O impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que para a incidência da majorante do crime de roubo prevista no inciso I do

§ 2º do art. 157 do CP - emprego de arma de fogo - seria necessária a apreensão e a perícia da arma, o que aduz não ter ocorrido na espécie.

Considera, outrossim, que a elevação da reprimenda do paciente no patamar de 2/5 (dois quintos), procedida na terceira etapa da dosimetria, seria injustificada, ressaltando que “a existência de duas majorantes é insuficiente para elevar o percentual de aumento de pena acima do mínimo legal” (e-STJ fl. 08).

Por fim, sustenta que deveria ser fixado ao paciente o regime inicial semiaberto, pois a pena-base foi firmada no mínimo legal e inexistem elementos concretos a ensejar a imposição do regime mais gravoso.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja excluída da condenação do paciente a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, seja a reprimenda elevada, na terceira fase da dosimetria, no patamar mínimo legalmente previsto, qual seja, em 1/3 (um terço), bem como seja fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, ambos do CP (e-STJ fl. 46), porque, no dia 12.02.2009, o acusado, em concurso com o adolescente H. P. M., “teria subtraído, mediante violência consubstanciada no emprego de arma de fogo, o veículo Fiat Pálio [...], um aparelho de telefonia celular e um relógio de pulso, bens de propriedade de Miguel Antônio Pacheco Fabiano, além de uma mochila, a qual continha documentos e um aparelho de telefonia celular, objetos de propriedade de Tatiana Santos Firmino” (e-STJ fl. 35).

Irresignadas, as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido negado provimento ao apelo defensivo e provido o recurso ministerial

apenas para fixar ao paciente o regime inicial fechado de cumprimento de pena, mantendo, no mais, o édito condenatório.

Contra esse acórdão, foram interpostos embargos infringentes, visando o prevalecer o voto vencido, que dava provimento ao apelo defensivo para afastar a causa especial de aumento de pena do emprego de arma, tendo sido negado provimento ao recurso.

No tocante à pretendida exclusão do emprego da majorante do roubo prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, cabe ressaltar que a questão ainda não se encontra pacificada neste Superior Tribunal de Justiça.

Certo que a razão inspiradora da inicial mudança jurisprudencial, sentida especialmente na Sexta Turma deste Tribunal Superior, cujos fundamentos este Relator vinha acompanhando, foi, sem dúvida, o critério objetivo de interpretação segundo o qual o que agravaria o delito de roubo não seria a capacidade intimidatória do instrumento ofensivo empregado na prática delitiva - no caso a arma de fogo - mas sim o seu maior poder de ataque ou de vulneração ao bem jurídico protegido pela lei penal.

E isto porque a utilização de revólver sem potencialidade lesiva, como é o caso de arma de brinquedo, por exemplo, prestaria-se tão-somente à caracterização da elementar da grave ameaça empregada contra a vítima, com o intuito de intimidá-la, necessária à configuração do delito de roubo na sua forma simples, e que o diferencia do crime de furto, e, não havendo comprovação de que o instrumento seria apto a lesar a integridade física do ofendido, configurando-lhe perigo real, o que não ocorre nas hipóteses de mera imitação ou em que não há prova, pela necessária perícia ou por outros elementos probatórios, de seu poder lesivo, devida seria a exclusão da referida majorante.

Adotando essa posição, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, quando do julgamento do REsp n. 213.054-SP, ocorrido em 24.10.2001, houve por bem cancelar o Enunciado Sumular n. 174, que permitia o aumento de pena quando utilizada arma de brinquedo na prática do roubo, exatamente porque desprovida de qualquer poder vulnerante. Levou-se em conta que tanto a arma de brinquedo quanto a desmuniada, porque inaptas ao ataque mais gravoso, não se prestariam à configuração e incidência da causa de especial aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Veja-se a ementa do referido julgado:

Recurso especial. Penal. Roubo. Emprego de arma de brinquedo. Causa especial de aumento de pena prevista no inciso I, § 2º, do art. 157, do Código Penal. Súmula n. 174-STJ. Cancelamento.

O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula n. 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena.

Ademais, a Súm. n. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei n. 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.

Cancelamento da Súm. n. 174-STJ.

Recurso conhecido mas desprovido (REsp n. 213.054-SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 24.10.2002, DJU de 11.11.2002).

Esclarecidos esses pontos, no caso, a decisão singular está assim fundamentada, quanto ao reconhecimento da incidência da majorante em questão:

No que concerne à incidência da causa de aumento de pena referente à arma de fogo, verifica-se que não assiste razão à defesa.

Devemos assinalar que Tatiana reportou que viu o comparsa do acusado mostrando a arma.

Em decorrência, não merece prosperar a tese de que, sem a apreensão da arma, não se pode comprovar seu poder vulnerante e, conseqüentemente, a causa de aumento de pena correspondente.

Não há necessidade da apreensão da arma se, diante dos indícios colhidos, resultar claro que o agente a utilizou. O argumento da necessidade de se avaliar a potencialidade lesiva da arma não encontra abrigo nem na jurisprudência, nem na doutrina.

[...]

Não é razoável exigir-se da vítima ou do Estado que comprove o potencial lesivo da arma, quando o emprego desta ficar demonstrado por outros meios de prova, mormente se o próprio acusado e seu comparsa fizerem desaparecer o objeto intimidador. (e-STJ fl. 40).

A Corte de origem, por sua vez, manteve a incidência da causa especial de aumento pelo emprego de arma de fogo, pelos seguintes motivos:

[...] tal fato não afasta a incidência da referida causa de aumento que, pelas provas constantes dos autos, restou devidamente demonstrada, mormente pelo depoimento das vítimas, que afirmaram com convicção que adolescente que acompanhava o réu portava uma arma de fogo.

[...]

Logo, para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não se exige a apreensão e perícia da arma, desde que por outros meios de prova reste demonstrado o seu potencial lesivo.

[...] (e-STJ fl. 78-80).

Nesse contexto, e verificando que, na hipótese em exame, as instâncias ordinárias apoiaram-se *nos depoimentos das vítimas para comprovar a utilização de arma de fogo no delito perpetrado*, não se pode dizer que incorreram em constrangimento ilegal.

Com efeito, de acordo com posicionamento firmado pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 96.099-RS, ocorrido em 19.02.2009, relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu o Pleno, segundo notícia trazida no Informativo n. 536 da Corte Suprema, que:

Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida, desde que, por outros meios de prova, reste demonstrado o seu potencial lesivo. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, impetrado contra decisão do STJ que entendera desnecessária a apreensão de arma de fogo e sua perícia para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo. No caso, a Defensoria Pública da União sustentava constrangimento ilegal, consistente na incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP — violência ou ameaça exercida com o emprego de arma de fogo —, sem que verificado o potencial lesivo do revólver. Assentou-se que, se por qualquer meio de prova — em especial pela palavra da vítima, como no caso, ou pelo depoimento de testemunha presencial — ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena. Ressaltou-se que, se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal evidência, nos termos do art. 156 do CPP, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Aduziu-se não ser razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego ficar evidenciado por outros meios de prova, mormente quando esta desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece após a prática de delitos dessa natureza.

[...].

Enfatizou-se, ademais, que a arma de fogo, mesmo que, eventualmente, não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves contra vítimas inermes. Ressaltou-se, também, que a hipótese não guardaria nenhuma correspondência com o roubo perpetrado com o emprego de arma de brinquedo — exemplo frequentemente invocado pelos que defendem a necessidade de perícia para caracterização da forma qualificada do delito —, em que o tipo penal fica circunscrito àquele capitulado no *caput* do art. 157 do CP, porquanto a ameaça contra a vítima restringe-se apenas ao plano psicológico, diante da impossibilidade de que lhe sobrevenha qualquer mal físico. Concluiu-se que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, que concediam a ordem, para revogar a qualificadora mencionada, ao fundamento de que ela só poderia ser aplicada nos casos em que demonstrada a lesividade potencial da arma, porque a intimidação, a violência e a grave ameaça já fazem parte do tipo penal. Afirmavam que, em caso de dúvida, como na espécie, por não se saber se a arma tinha ou não real capacidade ofensiva, a presunção não poderia correr contra o réu, seja por força do princípio do *favor rei*, seja em razão do princípio do ônus da prova que, em matéria penal, recai sempre sobre a acusação. A Min. Cármen Lúcia, não obstante reconhecendo ser elementar do tipo a existência de um instrumento que possa de alguma forma constituir a gravidade que se contém nesse tipo penal, acompanhou o relator, neste caso, por reputar comprovada a lesividade do revólver, por outros meios de prova, independentemente da perícia.

O referido acórdão, publicado em 05.06.2009, está assim ementado:

Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada.

I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*.

III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII - Precedente do STF.

VIII - Ordem indeferida.

Nesse mesmo sentido, também do Supremo Tribunal Federal, tem-se:

Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada.

I. Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

II. Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*.

III. A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

IV. Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

V. A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

VI. Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII. Precedente do STF.

VIII. Ordem indeferida (HC n. 93.353, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008).

Penal. *Habeas corpus*. Art. 157 § 2º, I e II, do Código Penal. Crime de roubo circunstanciado. Emprego de arma de fogo. Concurso de duas ou mais pessoas. Arma não apreendida. Prescindível apreensão da arma. Elementos suficientes de convicção. Precedente citado.

1. A qualificadora de uso de arma de fogo independe da apreensão da arma, bastando, para sua incidência, que constem dos autos elementos de convicção suficientes à comprovação de tal circunstância.

2. Ordem denegada (HC n. 92.451, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 09.09.2008).

Roubo. Uso de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I).

1. A qualificadora de uso de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I) independe da apreensão da arma, principalmente quando, como ocorreu nos autos, a arma foi levada pelos comparsas que conseguiram fugir.

2. HC indeferido (HC n. 84.032, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 13.04.2004).

Com as considerações trazidas pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda por motivos de política criminal, haja vista o crescente aumento da criminalidade violenta, especialmente nas capitais e grandes cidades do país, revê o posicionamento que anteriormente vinha adotando, passando a entender que exigir-se a perícia nesses casos teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o revólver empregado na prática delituosa, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

*E, verificando-se que no caso concreto as palavras das vítimas foram utilizadas para atestar o uso efetivo de arma de fogo, restando plenamente comprovado o seu emprego, não há como excluir da condenação a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157, pois, além de comprovada pelos relatos aludidos, o poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, ou seja, sustente a ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, provar tal evidência, nos termos do contido no art. 156 do CPP, o que, diga-se, não ocorreu.*

No tocante à elevação da reprimenda efetuada na terceira etapa da dosimetria, em razão da presença de duas causas de especiais de aumento - emprego de arma e concurso de agentes -, observa-se que o Juízo singular optou por fixar a fração em 2/5 (dois quintos), pelos seguintes fundamentos:

Presentes as qualificadoras do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes, aumento a pena-base em 2/5 (dois quintos), na terceira fase, tendo em vista: a) o fato de que, infringindo o réu a duas causas previstas em lei, torna mais grave seu delito, em comparação com outro cometido com apenas uma majorante; e b) a repulsa social ao emprego de arma de fogo, consubstanciada nas altas penas previstas pela Lei n. 10.826/2003 [...]. (e-STJ fl. 45).

A Corte impetrada manteve inalterado o *quantum* de exasperação da pena, pelos motivos abaixo expostos:

O aumento de 2/5 perpetrado na sentença é razoável e proporcional, levando-se em consideração que o delito foi praticado com emprego de arma de fogo, circunstância específica da infração que exige como digna maior censura penal.

Otrossim, aos crimes de roubo cometidos mediante duas majorantes, é de se impor o aumento das penas na fração de 2/5, estando em consonância com diversos julgados deste Tribunal, uma vez que merece consideração de se tratar de delitos pouco mais graves, não se lhe podendo aplicar a fração de 1/3 pretendida pela defesa, o que resultaria em igualá-los a condutas menos agressivas, violando, em especial, o princípio da individualização das penas. (e-STJ fl. 86).

Verifica-se, da leitura dos excertos supra, que a pena do paciente foi aumentada em 2/5 (dois quintos) apenas considerando-se a quantidade de majorantes do roubo e a gravidade abstrata dos ilícitos praticados e, assim decidindo, as instâncias ordinárias foram contra o Enunciado Sumular n. 443 desta Corte Superior, *in verbis*: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.” Assim sendo, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

Penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Emprego de arma de fogo. Perícia. Prescindibilidade. Art. 158 do CPP. Constrangimento ilegal não-caracterizado. Reconhecimento de duas causas especiais de aumento de pena. Acréscimo fixado em 3/8. Ausência de circunstâncias concretas que indiquem a necessidade de exasperação acima do mínimo legal. Regime de cumprimento da pena mais gravoso. Réu primário. Gravidade em abstrato do delito. Fundamentação inidônea. Ordem parcialmente concedida.

1. Muito embora a apreensão da arma seja obrigação da polícia e sua posterior perícia imprescindível para a correta aplicação da majorante inserta no inciso I do § 2º do art. 157 do CP (art. 158 do CPP), eventual impossibilidade da apreensão, com a conseqüente não realização da perícia, autoriza a utilização de outros meios de provas para suprir tal deficiência instrutória, nos termos do art. 167 do CPP.

2. Consoante reiterada jurisprudência do STJ, a presença de duas causas especiais de aumento de pena no crime de roubo pode agravar a pena em até metade, quando

*o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal. Destarte, Juízo sentenciante não fica adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento.*

3. Conforme o magistério jurisprudencial, estabelecida a pena-base no mínimo legal, há constrangimento ilegal na fixação de regime carcerário mais gravoso do que o *quantum* da pena permite.

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 05 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto.

(HC n. 145.909-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 09.02.2010, DJe 15.03.2010).

*Habeas corpus*. Penal. Roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. Dosimetria da pena. Antecedentes e personalidade. Inquéritos policiais e ação penal em andamento.

Utilização. Impossibilidade. Princípio da presunção de inocência. Antecedentes. Sentença criminal transitada em julgado não utilizada para caracterizar a reincidência. Possibilidade. Agravante genérica. Aplicação. Acórdão impetrado. Recurso da defesa. *Reformatio in pejus*. Fixação da pena com o aumento de 3/8 em razão da presença de duas causas especiais de aumento de pena. Ausência de motivação concreta. Descabimento. Confissão. Utilização como fundamento da condenação. Atenuante obrigatória.

1. Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

2. Embora não seja da melhor técnica, não há ilegalidade na utilização de sentença condenatória transitada em julgado para valorar negativamente os antecedentes, quando a mesma condenação não será aproveitada para fins da reincidência.

3. *A presença de duas causas de aumento no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não é motivo obrigatório de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, sendo necessária a indicação de circunstâncias concretas que justifiquem o aumento.*

4. Incide em *reformatio in pejus* e *bis in idem* o acórdão que, em recurso exclusivamente da defesa, mantém os maus antecedentes reconhecidos pela sentença e, na segunda fase da dosimetria, faz incidir a agravante da reincidência que não fora aplicada no primeiro grau.

5. Se o réu confessou espontaneamente a prática do delito perante a autoridade policial, sendo o seu relato utilizado como fundamento para a condenação, deve ser aplicada a atenuante do art. 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida a fim de afastar a valoração negativa da personalidade e, em parte, dos antecedentes, e para reduzir a majoração da pena, em razão das causas de aumento, para 1/3 (um terço), fixando a reprimenda em 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para afastar a reincidência aplicada pelo acórdão impetrado, além de reconhecer a atenuante da confissão espontânea. (HC n. 154.617-RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 29.04.2010, DJe 31.05.2010).

Desse modo, evidenciado o constrangimento ilegal apontado na exordial, impõe-se a concessão da ordem para aplicar a fração mínima de 1/3 (um terço) na terceira etapa da dosimetria, em razão da presença de 02 (duas) causas especiais de aumento de pena - emprego de arma e concurso de agentes -, pois não houve justificativa circunstancial que permitisse a adoção do *quantum* de 2/5 (dois quintos) na hipótese.

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena do paciente, tem-se que a sua reprimenda-base restou fixada em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria, mantém-se o reconhecimento da atenuante genérica da menoridade relativa, a qual, no entanto, não poderá reduzir a reprimenda aquém do mínimo legalmente previsto, consoante o Enunciado na Súmula n. 231 desta Corte Superior de Justiça.

Na terceira fase, aumenta-se a pena do paciente em 1/3, considerando-se a presença de duas majorantes - emprego de arma e concurso de agentes -, ficando a sua reprimenda, para cada delito de roubo, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa.

Por fim, mantém-se inalterado o aumento de 1/6 (um sexto) procedido por força do reconhecimento do concurso formal de crimes, ficando a *sanção do paciente definitiva em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 74 (setenta e quatro) dias-multa.*

No que diz respeito ao regime de cumprimento de pena imposto ao paciente, verifica-se que o juiz sentenciante fixou-lhe o modo inicial intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do CP, “tendo em vista que a atenuante da menoridade não foi considerada em favor do réu para efeito de fixação da pena, devendo influenciar a fixação do regime” (e-STJ fl. 46).

O egrégio Tribunal *a quo*, por sua vez, houve por bem dar provimento ao recurso ministerial para fixar ao acusado o regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena imposta, pelos fundamentos a seguir expostos:

Para fixação do regime inicial de cumprimento da pena, o magistrado deve levar em conta não somente a quantidade da pena, mas também as condições pessoais do condenado, observando-se, para tanto, os critérios previstos no art. 59 do CP.

[...]

*In casu*, a própria sentença reconheceu a periculosidade do agente, que praticou conduta altamente reprovável, em função da ausência de temibilidade e pelo grande prejuízo material causado às vítimas, não restando dúvidas, portanto, de que a ordem pública também foi atacada em seu aspecto de sentimento de segurança coletiva.

Sendo assim, atendendo aos critérios elencados no art. 59 do Código Penal, e considerando-se desfavoráveis ao réu, demonstra-se ser o regime fechado o necessário para reprovação e prevenção do crime, até porque se trata de roubo duplamente agravado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, conduta com caráter altamente reprovável.

Logo, apesar de o acusado não ser reincidente ou possuir maus antecedentes, não se pode deixar de considerar a reprovabilidade de sua conduta, porquanto praticou crime extremamente grave, servindo o regime semiaberto como incentivo para outras práticas delituosas, o que não se pode admitir. (e-STJ fls. 94-95).

Do contexto dos autos, evidencia-se que o sistema inicial de execução foi estipulado com fulcro na opinião em abstrato dos julgadores acerca da gravidade do crime em tela, em especial no reconhecimento de 02 (duas) causas especiais de aumento de pena, justificativa que, na esteira da jurisprudência reiterada desta Corte, é inidônea à determinação de regime mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base, como verificado no caso dos autos, não foi além do mínimo legal, destacando-se, ainda, que o carro roubado foi posteriormente recuperado (e-STJ fl. 37).

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Penal. *Habeas corpus*. Roubo. Emprego de arma de fogo. Causa de aumento de pena. Apreensão e perícia. Necessidade. Circunstâncias judiciais consideradas favoráveis. Pena-base fixada no mínimo. Estabelecimento do regime fechado com base na gravidade abstrata do delito. Constrangimento ilegal configurado.

[...]

2. A gravidade abstrata do delito não é justificativa idônea à fixação de regime prisional mais gravoso. No caso, a pena-base foi fixada em seu mínimo legal e consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais. Assim, não há óbice ao estabelecimento do regime semiaberto.

3. Ordem concedida para, afastando da condenação o acréscimo decorrente do emprego de arma, reduzir a pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, bem como garantir ao paciente o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC n. 119.104-SP, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14.12.2009).

Penal. *Habeas corpus*. Roubos circunstanciados. Regime de cumprimento da pena. Gravidade abstrata do delito. Impossibilidade. Art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal. Súmulas n. 269 e n. 440 do STJ. Isenção de custas. Improriedade da via eleita. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida.

[...]

2. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal).

3. “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito” (Súmula n. 440-STJ). [...]

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para fixar o regime inicial semiaberto para o início de cumprimento das penas impostas aos pacientes (HC n. 160.769-SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 02.08.2010).

A matéria, aliás, foi recentemente sumulada no âmbito desta Corte, no Enunciado n. 440, a saber:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos Verbetes n. 718 e n. 719, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Por fim, vale registrar que esse também é o entendimento da doutrina majoritária, coincidente com a ensinança do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Código Penal Comentado*:

Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave - não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve -, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos "circunstâncias e conseqüências do crime", previstos no art. 59.

[...]

Logo, se o réu recebeu pena mínima, porque todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, o fato de ter cometido delito considerado abstratamente grave não é motivo para colocá-lo em regime mais severo.

[...]

Em síntese: recebendo pena no mínimo, a regra é que o regime seja, também, o mais favorável. Elevando-se a pena acima do piso, é lógico que o magistrado possa estabelecer regime mais rigoroso. Em situações excepcionais, poder-se-ia admitir a pena no mínimo e regime mais severo. Concluindo, o mais importante nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no tocante à fixação do *quantum* da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime. (7ª edição, 2007, p. 298 e 299, Editora Revista dos Tribunais).

Por essas razões, de rigor a reforma do aresto impugnado nesse ponto, para estabelecer o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, **b**, do CP.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem para reduzir o *quantum* de aumento na terceira fase da dosimetria para 1/3 (um terço), ficando a reprimenda do paciente definitiva em *06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 74 (setenta e quatro) dias-multa* e fixar-lhe o modo inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 176.204-SC (2010/0108626-0)**

---

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: João Antônio de Souza Trajano

Advogado: João Antônio de Souza Trajano  
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina  
Paciente: Luiz Carlos Scharnowski (preso)

---

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Tráfico de drogas e associação para o narcotráfico. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Indeferimento. Circunstâncias que evidenciam a existência de organização criminosa. Quantidade da droga apreendida. Potencialidade lesiva das infrações. Gravidade concreta. Necessidade de acautelamento da ordem pública. Vedação legal à concessão do benefício. Fundamentação idônea e constitucional. Coação ilegal não demonstrada. Ordem denegada.

1. As circunstâncias demonstram a existência, em tese, de um grupo criminoso estruturado para a prática do delito de tráfico de drogas, mostrando-se necessária a custódia cautelar para o bem da ordem pública, pois há sérios riscos das atividades ilícitas serem retomadas com a soltura.

2. Evidenciada a gravidade concreta dos crimes em tese cometidos, diante da elevada quantidade de droga apreendida - 1.808,80 kg (*mil oitocentos e oito quilos e oitocentos gramas*) de maconha, mostra-se necessária a continuidade da segregação cautelar do paciente, para a garantia da ordem pública.

3. Não caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da negativa de concessão de liberdade provisória ao flagrado no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei n. 11.343/2006, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulada nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tal infração. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem denegada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

---

DJe 21.02.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Luiz Carlos Scharnowski*, contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que deu provimento ao Recurso em Sentido n. 2010.009225-5, revogando a decisão que deferiu a liberdade provisória ao paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c.c. o art. 40, V, todos da Lei n. 11.343/2006, na forma dos arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal.

O impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não haveria elementos concretos que evidenciassem a necessidade da custódia cautelar do paciente, restando ausentes quaisquer das hipóteses autorizadoras da medida de exceção previstas no art. 312 do CPP.

Sustenta que, com o advento da Lei n. 11.464/2007, que conferiu nova redação ao art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990, teria sido derogada a proibição constante do art. 44 da Lei de Drogas, tornando possível o deferimento da liberdade provisória aos acusados de crimes hediondos e equiparados.

Defende que o paciente não seria proprietário da droga apreendida, porque apenas estaria transportando o entorpecente mediante promessa de benefício financeiro, estando demonstrado que não é traficante habitual, o que demonstra fazer *jus* ao reconhecimento da figura do “tráfico privilegiado”, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja concedida a liberdade provisória ao paciente, assegurando-lhe o direito de responder solto aos demais termos processuais.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento parcial do *habeas corpus* e, nessa extensão, pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que, em 28.10.2009, o paciente foi preso em flagrante, tendo sido denunciado como incurso nas sanções previstas nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c.c. o art. 40, V, todos da Lei n. 11.343/2006, na forma dos arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal, pelo suposto cometimento dos fatos narrados nos seguintes termos:

### 1º Fato

No dia 27 de outubro de 2009, por volta das 20:00 horas, agentes da Polícia Federal receberam informações no sentido de que um caminhão vermelho [...] carregado com grande quantidade de drogas, estaria estacionado no pátio do Posto Ampessan [...].

[...] uma equipe de Policiais Federais se deslocou até o referido local, oportunamente em que localizaram o caminhão [...], de propriedade do denunciado Luiz Carlos Scharnowski [...].

No dia seguinte (28.10.2009), por volta das 08:00 horas, o denunciado Milton Luiz dos Santos compareceu no local, juntamente com o mecânico [...], oportunidade em que foram abordados pela equipe de policiais federais, que estavam em vigilância ininterrupta [...].

No interior da carroceria do aludido caminhão [...] foram localizados e apreendidos 1.808,80 Kg (mil oitocentos e oito quilos e oitocentos gramas), divididos em formato de 2.045 tijolos, da substância entorpecente *cannabis sativa*, vulgarmente conhecida como *maconha* [...].

[...]

Consta que a droga foi carregada no Município de Amambai, Estado de Mato Grosso do Sul e, posteriormente, transportada pelo denunciado Luiz Carlos Scharnowski [...], mediante apoio do denunciado Milton Luiz dos Santos, com quem se associou para o fim de praticar o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes de forma reiterada e permanente, tendo como destino o Estado de Santa Catarina, local em que a vultosa quantidade de droga seria descarregada por ambos os denunciados e por outras pessoas ainda não identificadas (e-STJ fl. 19-20).

Em 18.11.2009, o juiz singular concedeu a liberdade provisória ao paciente, em decisão assim fundamentada:

[...] não se me apresenta nenhum motivo para a decretação da prisão preventiva do denunciado, como prevê o artigo 312 do Código de Processo Penal, ou por outra razão aí não contemplada.

Às fls. 87 consta condenação do ora Requerente em 05.09.2008 por infração ao artigo 147, *caput*, c.c. o artigo 330, ambos do Código Penal, e com o artigo 7º, *caput*, da Lei n. 11.340/2006 [...]. Contudo, este fato, apenas, não pode, absolutamente, prejudicar a concessão da liberdade provisória, na hipótese.

Se o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins está entre o rol dos crimes ditos hediondos, como quer a Lei n. 8.072/1990, que não diz da impossibilidade de concessão de liberdade provisória, ainda que a Lei Especial n. 11.343/2006 diga em seu art. 44 que o tipo previsto em seu art. 33, *caput*, seja insuscetível de liberdade provisória, é certo que este art. 44 veio de ser revogado, implicitamente, pela Lei n. 11.464/2007, que, alterando o art. 2º da Lei n. 8.072/1990, exclui de seu inciso II a liberdade provisória.

Então, somando a isto o princípio constitucional da presunção de inocência, de concluir-se que é possível a concessão da liberdade provisória (e-STJ fls. 90-91).

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpôs o recurso em sentido estrito perante o Tribunal de origem, o qual, entendendo presentes indícios de autoria e prova de materialidade, bem como verificando a necessidade da custódia cautelar, proveu o recurso ministerial para revogar a decisão deferitória da soltura clausulada, determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, pelos fundamentos a seguir aduzidos:

[...]

Em análise ao conjunto probatório em apreço, e sem pretender influência no julgamento do mérito da ação penal em curso, percebe-se que, em 28.08.2009, policiais federais, após obterem informações acerca de *uma grande quantidade de drogas armazenada em um caminhão* estacionado no pátio de um posto de combustíveis localizado às margens da BR-101, dirigiram-se ao referido

local, permanecendo em campanha no intuito de abordar os proprietários do veículo e da suposta carga ilícita. Na manhã, após a chegada do correu Milton Luiz dos Santos no estacionamento, os agentes público, ao perceberem que este supostamente tentava movimentar a carreta com o auxílio de um terceiro, efetuaram a abordagem, logrando êxito em apreender no reboque do aludido veículo 2.045 (dois mil e quarenta e cinco) tijolos da substância entorpecente conhecida como "maconha" [...]. Ato contínuo, o co-denunciado Milton Luiz dos Santos franqueou a entrada dos policiais em sua residência, ocasião em que prenderam o recorrido, que por sua vez confirmou a propriedade do veículo e confessou a realização do transporte interestadual da droga.

[...]

Do mesmo modo, se infere dos autos fortes sinais de autoria, mormente pela confissão procedida pelo recorrido durante a lavratura do auto de prisão em flagrante (fls. 08-09), o qual confirmou que *realizava o transporte de mercadoria nefasta da cidade de Amambaí-MS até o Estado de Santa Catarina*, utilizando, para o sucesso da empreitada criminosa, o caminhão de sua propriedade, além do apoio do correu Milton Luiz dos Santos.

[...]

Cumpre gizar, ainda, que as narrativas dos acusados *denunciam a existência de uma estrutura criminosa, porquanto em alguns trechos há a menção da participação de ambos, inclusive com funções predeterminadas no âmbito da possível organização, fator apto a demonstrar que a soltura provisória de Luiz Carlos Scharnowski não só abalaria a ordem pública, ao passo que facilitaria o retorno deste ao seio da associação ilegal para dar continuidade às ações objetivando a comercialização nefasta, mas também dificultaria o acesso aos demais integrantes da pretensa quadrilha, porquanto o próprio recorrido afirmou em seu relato perante a autoridade policial que aguardava a chegada de um terceiro para proceder a entrega da carga ilícita.*

Referido requisito [...] não tem seu conceito adstrito unicamente à necessidade de se impedir a reiteração da prática criminosa, abrangendo, inclusive, o efetivo resguardo da credibilidade do poder Judiciário em face da gravidade do delito e sua repercussão no meio social [...].

[...] com a soltura prematura do recorrido, há uma grande chance de evasão dos demais membros da estrutura criminosa, até mesmo com a dissipação da organização para fins ilícitos, além da ocultação de outros indícios, obstando a colheita de provas de uma forma geral e o desenvolvimento regular da instrução criminal.

[...]

Imperioso ressaltar, ainda, em relação à aplicação da lei penal, que segundo informações oriundas do auto de prisão em flagrante, sobretudo do interrogatório juntado às fls. 08-09, muito embora o recorrido tenha juntado, na ação penal

que tramita no juízo de origem, documentos comprobatórios de residência (fls. 148-149), o próprio confirmou exercer a profissão de caminhoneiro, o que torna dificultosa sua exata localização, circunstância que reforça ainda mais a necessidade da segregação cautelar [...]. Ademais, o comprovante de endereço demonstra que Luiz Carlos Schrnowski não reside no distrito da culpa [...].

Diante disso, em não havendo elementos para autorizar a concessão de liberdade provisória, a decisão que decretou-a deve ser reformada [...]. (e-STJ fl. 113-123).

Não obstante os argumentos expendidos na presente impetração, verifica-se, ao contrário do afirmado pelo impetrante, que a custódia antecipada do paciente encontra-se devidamente justificada e mostra-se necessária especialmente para a garantia da ordem pública, tendo em vista que as circunstâncias narradas na denúncia demonstram a existência, em tese, de um grupo criminoso voltado para a prática do delito de tráfico de drogas, inclusive com divisão de tarefas (e-STJ fl. 118), ressaltando-se que o paciente em tese transportou grande quantidade de substância entorpecente do Estado de Mato Grosso do Sul para Santa Catarina, em atividade supostamente *planejada há cerca de 01 (um) ano* e que “há fortes indícios de que o recorrido exerça função específica dentro da organização criminosa, visando sobretudo o tráfico de entorpecentes de forma interestadual” (e-STJ fls. 119 e 121), consoante bem apontado pela Corte de origem.

Tais circunstâncias evidenciam a imprescindibilidade da manutenção da medida de exceção, pois, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (HC n. 95.024-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20.02.2009).

Nesse sentido, esta Corte Superior de Justiça:

*Habeas corpus* liberatório. Associação para o tráfico de entorpecentes, porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e lavagem de dinheiro. Prisão temporária em 15.10.2008, posteriormente convertida em preventiva. Pedido de extensão de liberdade provisória concedida ao correu não analisado pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Paciente supostamente gerente de organização criminosa responsável pelo tráfico de drogas em Belo Horizonte-MG e outros Estados. [...] Ordem denegada.

[...]

2. Sendo indubitosa a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que determina a custódia cautelar do paciente, se presentes os temores receados pelo art. 312 do CPP.

3. In casu, a segregação provisória foi mantida pelo Tribunal Estadual para garantir a ordem pública e assegurar a instrução criminal, uma vez que o paciente supostamente integra organização criminosa voltada para a prática profissionalizada de comércio de grande quantidade de entorpecentes e armas, além de lavagem de dinheiro, indicando, pois, concreta possibilidade de reiteração criminosa.

4. A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.

[...]

6. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC n. 139.559-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 29.10.2009, DJe 30.11.2009) (Grifos nossos).

Ainda que assim não fosse, verifica-se que a autoridade impetrada apontou elementos concretos dos autos que evidenciam a necessidade da custódia antecipada para a garantia da ordem pública também em razão da gravidade concreta dos delitos em tese perpetrados, evidenciada pela natureza e pela elevada quantidade de droga apreendida - 2.045 (dois mil e quarenta e cinco) tijolos de maconha, perfazendo o total de 1.808,80 Kg (mil oitocentos e oito quilos e oitocentos gramas) (e-STJ fl. 117) -, circunstâncias que demonstram a potencialidade lesiva das infrações noticiadas, a justificar a não concessão da pretendida concessão da soltura clausulada, a bem da ordem pública.

Assim, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, em casos assemelhados, este Superior Tribunal assim já se posicionou, veja-se:

*Habeas corpus* liberatório. Processual Penal. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de drogas. Receptação e porte de armas. Prisão em flagrante em 1º.08.2007. Liberdade provisória. Vedação legal. Norma especial. Lei n. 11.343/2006. Grande quantidade de droga apreendida. Necessidade de preservação da ordem pública. Fundamentação idônea. Ordem denegada.

[...]

3. Ademais, no caso concreto, o indeferimento do pedido de liberdade provisória não se ressentia de fundamentação, em face dos fartos indícios de

autoria e da comprovada materialidade do delito. Acrescente-se, ainda, que consta da denúncia que o paciente seria um dos gerentes do esquema de traficância, tendo sido apreendidos em depósito 9 gramas de cocaína, traduzidos em 127 pedras de *crack* envoltas em papel alumínio e 14 cápsulas contendo a substância em pó, bem como 57,4 gramas de *Cannabis sativa* L, vulgarmente conhecida como maconha, acondicionadas em 16 invólucros de plástico, um talão de cheques em branco e um revolver, Taurus, calibre 32 SPL, municiado, **o que revela sua periculosidade e impõe a manutenção da custódia preventiva para garantia da ordem pública.**

4. A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada. (HC n. 94.053-SP, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 19.06.2008 - grifamos).

Ademais, não se pode olvidar a vedação legal contida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, que proíbe a concessão do referido benefício àqueles flagrados na prática dos crimes dos arts. 33, 34 a 35 da Lei n. 11.343/2006, cometidos na vigência da novel legislação especial, fundamento que, por si só, segundo orientação desta Quinta Turma, justifica a manutenção da constrição antecipada, mesmo após a vigência da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações.

Veja-se, nesse sentido, entre muitos, o seguinte julgado:

*Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Pedido de liberdade provisória. Impossibilidade. Art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Vedação legal. Não revogação pela nova redação do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, conferida pela Lei n. 11.464/2007. Excesso de prazo. Instrução encerrada. Não configuração. Alegação de condições pessoais favoráveis como fundamento para concessão de liberdade provisória. Insuficiente. Ordem denegada.

1. É certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a repercussão geral no julgamento do RE n. 601.384-RS, da Relatoria do Min. Marco Aurélio, em que se discute a impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados por crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

2. Contudo, enquanto o Plenário da Suprema Corte não decidir o mérito da questão proposta no referido Recurso Extraordinário, há de prevalecer o entendimento reiterado pela jurisprudência dos Tribunais Pátrios, inclusive

deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "(...) a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais" (STJ - HC n. 139.544-MG - Rel. Ministra Laurita Vaz - T5 - Quinta Turma - DJe 23.08.2010).

3. Não houve revogação do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pela nova redação do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, conferida pela Lei n. 11.464/2007. Ao contrário, o sistema normativo legal e constitucional se harmonizam, visto "que a proibição de liberdade provisória decorre da própria 'inafiançabilidade imposta pela Constituição'. (CF, art. 5º, XLIII)." (STF - HC n. 91.550-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.06.2007).

[...]

5. Esta Corte já pacificou entendimento de que condições pessoais favoráveis do paciente, por si só, são insuficientes para a concessão da liberdade provisória.

6. Ordem denegada. (HC n. 170.704-ES, Quinta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), julgado em 25.11.2010, DJe 06.12.2010).

No mesmo sentido, do Supremo Tribunal Federal:

*Habeas corpus*. Prisão em flagrante por tráfico de drogas. Liberdade provisória: inadmissibilidade. Ordem denegada.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/1990 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/2007, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/1990, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

2. A Lei n. 11.464/2007 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/2006, art. 44, *caput*), aplicável ao caso vertente.

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

4. Ordem denegada. (HC n. 98.548-SC, *Primeira Turma*, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24.11.2009, DJe 11.12.2009).

Assim, tendo o delito em espécie sido supostamente praticado em 28.10.2009, portanto já na vigência da Lei n. 11.343/2006, de rigor manter o entendimento adotado pela instância de origem no sentido de negar ao paciente o direito à liberdade provisória, sobretudo porque demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a presença do *periculum libertatis*, para o bem da ordem pública.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.

---

### HABEAS CORPUS N. 183.592-RJ (2010/0159633-5)

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: José Carlos Tórtima e outro

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Giane Dias de Menezes

---

#### EMENTA

*Habeas corpus* preventivo. Advogada denunciada por falsidade ideológica e uso de documento falso. Acusação de inserir informação falsa em contrato social (endereço da sede da empresa) e fazer uso desse documento para propor ação de forma a atrair a competência de foro declaradamente favorável à tese sustentada. Inépcia da denúncia caracterizada. Insuperável necessidade de denúncia trazer no seu próprio contexto escrito todos os elementos da imputação. O

simples fato de ser advogada da empresa, dissociado de qualquer outra circunstância fática ou de conduta realizada, exceto o ajuizamento de ação judicial, é insuficiente para caracterizar participação em delito de falsidade ideológica ou uso de documento falso. Peça inaugural lastreada em mera presunção. Ausência de delimitação mínima da conduta da paciente. Prejuízo à defesa evidente. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem concedida, para declarar a inépcia da denúncia, e determinar o trancamento da ação penal em relação à paciente.

1. É certo que todas as funções processuais penais são de inescandível relevância, mas a de denunciar, a de aceitar a denúncia, a de restringir prematuramente a liberdade da pessoa, a de julgar a lide penal e a de dosimetrar a sanção imposta exigem específico trabalho intelectual de esmerada elaboração, por não se tratar de atos burocráticos de simples ou fácil exercício, mas sim de atividade complexa, em razão de percutirem altos valores morais e culturais subjetivos a que o sistema de Direito confere incontornável proteção.

2. A formulação de qualquer denúncia se acha legalmente submetida as rigorosas exigências formais absolutamente insuperáveis, dentre as quais avulta a da exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias [art. 41 do CPP], a se realizar dentro do seu próprio contexto escrito.

3. Na hipótese, forçoso reconhecer que a denúncia não contém a exposição clara de como teria se dado a participação da acusada nos fatos delituosos narrados; isso porque, limita-se a dizer que ela sabia da falsidade por ter ajuizado ações em favor de sua constituinte; todavia, esse fato, dissociado de qualquer outra conduta que demonstre atuação efetiva na simulação e o dolo, é insuficiente para vinculá-la à elaboração de documento com falso conteúdo.

4. Sem a indicação mínima de qualquer conduta que faça supor que a Advogada tinha ciência da falsidade da alteração contratual, o fato de ter ajuizado ações em favor do seu então constituinte só pode ser tido como próprio ao regular exercício profissional.

5. É sempre de suma relevância que a denúncia explicitamente claramente elementos seguros e sérios, coerentes e confiáveis quanto

à materialidade e a provável autoria do ilícito, pois sem eles a peça ministerial imerge em ilações ou suposições de alta vagueza, sem dúvida não bastantes para lastrear o ajuizamento de Ação Penal; é inadmissível a denúncia que não vincula o acusado a qualquer núcleo dos tipos imputados, como se dá na hipótese em apreciação, sob pena de inviabilizar totalmente o exercício da ampla defesa. Precedentes.

6. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal instaurada em relação à ora paciente, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dra. Fernanda Lara Tórtima (p/ pacte).

Brasília (DF), 22 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 04.04.2011

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Giane Dias de Menezes*, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem em idêntico *writ* ali impetrado, mantendo o curso do processo-crime instaurado contra a paciente. O aresto restou assim ementado:

*Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Inocorrência.

I. Hipótese em que a denúncia atribui à paciente participação nos fatos delituosos de forma que lhe é possível exercer seu direito de defesa;

II. Não obstante a aparente fragilidade do conjunto probatório, não se está diante de constrangimento ilegal que ampare a pretensão de trancamento da ação penal, sendo inviável o exame aprofundado das provas na estreita via do *habeas corpus*.

III. Ordem denegada (e-STJ, fls. 47).

2. Revelam os autos que a paciente foi denunciada pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 299 e 304 do CPB (falsidade ideológica e uso de documento falso).

3. Conforme narra a denúncia, o sócio-gerente da sociedade por quotas de responsabilidade limitada *Sul Petróleo Transporte e Comércio Ltda.* teria agido em conluio com a paciente na simulação da alteração de sua sede comercial, com vistas a alterar a verdade dos fatos de forma a influir sobre o Juiz natural competente para conhecer de ação judicial proposta com o intuito de afastar a incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) relativa a combustíveis.

4. No presente *writ*, alega o impetrante, em suma, a inépcia da inicial acusatória, uma vez que esta não explicita fatos concretos que materializam a participação da paciente nas fraudes apontadas.

5. Aduz que, com relação ao crime de falsidade ideológica (alteração simulada do endereço da empresa do corréu *Elder Luis Mussi Bagiani* no contrato social) não menciona a denúncia de que maneira teria a paciente, Advogada contratada da sociedade comercial, participado da pretensa fraude, mormente porque sequer é ela que lança o visto no mencionado contrato, mas outra causídica.

6. Alega que, no tocante ao uso de documento falso, a inicial afirma que a paciente, mesmo tendo plena ciência da simulação, usou o referido contrato social adulterado para propor ação judicial em favor de sua contratante, sendo certo que tal afirmação, desacompanhada de qualquer elemento fático e lastreada tão-somente no fato da propositura de ações judiciais caracteriza mera presunção.

7. Indeferido o pedido de liminar (fls. 80-81) e prestadas as informações solicitadas (fls. 89-90 e 106-109), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Moacir Mendes Sousa*, manifestou-se pela denegação da ordem, ao argumento de que a denúncia permite o exercício da ampla defesa, bem como que o trancamento de Ação Penal por

meio de HC é medida excepcional, estando ausentes as hipóteses para o seu cabimento (fls. 259-266).

8. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A alegação do presente HC é de inépcia da inicial acusatória porque não descreveu, minimamente, qual a participação da paciente, Advogada da empresa *Sul Petróleo Transporte e Comércio Ltda.*, pertencente ao corréu *Elder Luís Mussi Bagiani*, na suposta *simulação de mudança de endereço comercial da empresa por meio de instrumento de alteração de contrato social*, nem indicaria como o simples ajuizamento de ação judicial configuraria *uso de documento falso*.

2. No que interessa, a peça acusatória aduziu o seguinte:

Os denunciados à época dos fatos sócio-gerente, o primeiro e Advogada, a segunda, da empresa *Sul Petróleo Transporte e Comércio Ltda.*, inscrita no CNPJ sob o n. 45.492.475/0001-03, simularam em 18 de março de 2002, de forma livre e consciente, por meio de instrumento de alteração do contrato social, a modificação da sede da empresa retro mencionada para o Município de Nova Friburgo-RJ, mas precisamente na Av. Nossa Senha do Amparo, n. 4.145, Conselheiro Paulino (vide fls. 11-16, onde consta a assinatura do primeiro na referida alteração contratual) com a finalidade de alterar a verdade sobre o Juiz Natural competente para conhecer da ação judicial proposta com o intuito de livrar-se da Cide. A alteração com falso domicílio foi registrada na Jucesp no dia 12.04.2002 (fl. 16).

Ocorre que, de fato, a empresa nunca operou no referido endereço, sendo o ato flagrante simulação.

Com efeito, a certidão aposta pelo Sr. Oficial de Justiça/Executante de Mandados em diligência de constatação (fl. 182) deixou claro que nunca houve, por parte da empresa *Sul Petróleo Transporte e Comércio Ltda.* qualquer atividade no endereço constante da alteração contratual acima mencionada. (...). Ademais, a impetração de mandado de segurança nesse juízo por parte da empresa em questão, postulando a não incidência da chamada Cide do petróleo, se deu apenas 41 (quarenta e um) dias após a referida alteração contratual.

Como demonstrado, o primeiro denunciado inseriu informação diversa daquela que deveria constar no Contrato Social da empresa *Sul Petróleo Transporte e Comércio*, uma vez que, em momento algum, a referida pessoa jurídica exerceu atividades econômicas ou comerciais conexas com seu objeto social, ou, ainda,

qualquer outro tipo de atividade no endereço da Av. Nossa Senhora do Amparo, n. 4.145, Conselheiro Paulino, Nova Friburgo-RJ. Da mesma forma, fizeram inserir tal informação falsa nas petições iniciais das Ações n. 2002.51.05.000607-7, n. 2002.51.05.000608-9, n. 2002.51.05.001465-7 e n. 2003.51.05.000276-3, o que foi realizado com plena ciência da simulação pelo segundo denunciado, causídico da empresa, quando propôs as ações nesta subseção judiciária, mediante uso do contrato social que continha a falsidade.

Toda esta empreitada para criar a sede de fachada nesta cidade teve como objetivo firmar a competência territorial da Vara Federal de Nova Friburgo, especialmente com o intuito de os réus valerem-se, através da empresa, do entendimento já externado pela Magistrada que então era titular da Subseção da Justiça Federal de Nova Friburgo, Dra. Cláudia Valéria Bastos Fernandes, sobre a inconstitucionalidade da Cide, objeto dos mandados de segurança (...) e sobre a inconstitucionalidade da limitação de quantidade de compra por parte da ANP, objeto das ações principais de conhecimento (...), sendo fato notório entre distribuidoras de derivados de petróleo que o Juízo Federal de Nova Friburgo, na época, estava concedendo liminares antecipatórias de tutela para impedir a cobrança da Cide, bem como para liberar os pedidos de compra diretamente na Refinaria, sem intermediação da Petrobrás.

(...).

Assim agindo, os denunciados, em comunhão de desígnios, de forma livre e consciente, inseriram e fizeram inserir na alteração do contrato social acima referido e nas petições iniciais, declaração falsa, diversa da que deveria constar, sobre o real domicílio da empresa, consistente no endereço simulado, com o especial fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, firmando competência territorial diversa da que deveria prevalecer (burla ao princípio do Juiz Natural), tendo também se utilizado do contrato social mendaz junto à Justiça Federal de Nova Friburgo por quatro vezes, razão pela qual estão incursos nas penas do art. 299, 06 vezes, c.c. o 71 (falsidade ideológica em continuidade delitiva, três vezes, sendo 02 relacionadas com as alterações contratuais com endereços fictícios e 04 relacionadas às petições iniciais nas quais se inseriu o domicílio simulado) e 304, 4 vezes, c.c. 71 (uso continuado do documento falso, com a utilização da alteração contratual simulada em cada inicial), todos do Código Penal Brasileiro. (fls. 15-19).

3. A formulação de qualquer denúncia se acha submetida a exigências legais absolutamente insuperáveis, dentre as quais avulta a da exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), sem cujo integral atendimento não pode ser validamente exercido o poder de denunciar ou restará a iniciativa denunciatória carente de aceitabilidade judicial, devendo ser prontamente rejeitada pelo Juiz que a examina.

4. Com efeito, o art. 41 do CPP traça essas exigências de forma segura e rigorosa, fornecendo os dados axiais da denúncia, indispensáveis à definição dessa peça processual de tão magna relevância no Processo Penal:

Art. 41 - A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

5. A reflexão sobre o conteúdo desse dispositivo deixa à mostra que, para se cumprir a exigência legal da *exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*, impõe-se que deva o órgão denunciante *conhecer e saber*, previamente, a *realidade objetiva* do fato, sem o que terá de se valer, obrigatoriamente, de alegações genéricas ou suposições subjetivas, insuficientes para dar conta da própria *materialidade* do acontecimento que constitui o núcleo rígido do tipo penal (crime).

6. *A exposição circunstanciada dos fatos sempre esteve associada, na tradição dos estudos processuais penais, no Brasil e em outros países, ao direito de ampla defesa que é consectário da ação penal, entendendo-se que a falta dessa descrição pormenorizada ou mesmo a presença de descrição defeituosa, fantasiosa ou incompleta, além de tolher a jurisdição penal, sacrifica o pleno exercício das prerrogativas defensivas.*

7. A jurisprudência do colendo STF tradicionalmente acolheu de forma ampla essa tese da exigência da descrição pormenorizada da conduta do agente, identificando-a com as referidas prerrogativas do direito ao devido processo legal e do direito à ampla defesa [RHC n. 60.652-SP, Rel. Min. *Rafael Mayer*, RT 574/440; RHC n. 60.929-RJ, Rel. Min. *Francisco Resek*, RT 576/472; RHC n. 85.658-ES, Rel. Min. *Cezar Peluso*, DJU 21.06.2005].

8. É certo que, por vezes, se admite a chamada *denúncia* genérica, quando, pelas peculiaridades do crime ou nos crimes de autoria coletiva, não se puder, de plano, identificar a conduta de cada um dos acusados.

9. Pois bem, na hipótese, forçoso reconhecer que a denúncia não contém a exposição clara de como teria se dado a participação da acusada nos fatos delituosos narrados; isso porque, o só fato de ser Advogada da empresa e de ter entrado com ações judiciais em favor de sua constituinte, *dissociado de qualquer outra conduta que demonstre atuação efetiva na simulação e o dolo*, é insuficiente para vinculá-la à *elaboração de documento com falso conteúdo*.

10. Veja-se que a paciente foi denunciada por suposta *participação no delito de falsidade ideológica*, na modalidade *fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*; todavia, a denúncia, em nenhuma passagem, indica como teria se dado essa participação, limitando-se à assertiva de *pleno conhecimento da segunda denunciada, por ser causídica da empresa*. Merece destaque o fato de que outra Advogada assina a mencionada alteração contratual junto com o dono da sociedade empresarial.

11. Quanto ao delito de uso de documento falso, sem a indicação mínima de qualquer conduta que faça supor que a Advogada tinha ciência da falsidade da alteração contratual, o fato de ter ajuizado ações em favor do seu então constituinte só pode ser tido como próprio ao regular exercício profissional.

12. Tanto é assim que o próprio Procurador de Justiça atuante no Tribunal *a quo* opinou favoravelmente ao pleito de trancamento da Ação Penal, nos seguintes termos:

No entanto, a exordial não revela de que forma teria a Advogada contribuído para a consumação do crime de falsidade ideológica, na elaboração contratual, visto que na cópia do contrato social às fls. 41-46 consta o nome de outra Advogada, Patrícia Martins Filgueiras. Tampouco figura a paciente como testemunha do ato.

A mera indicação do suposto falso endereço nas petições iniciais subscritas pela denunciadas nas ações que foram propostas não equivalem a seu conhecimento, muito menos participação acerca da aventada falsidade do mesmo, visto que constava de documento oficial, com presunção *juris tantum* de legalidade.

Dessa forma, a denúncia não observou todos os requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal quando não individualizou a conduta que teria sido praticada pela agente, com base em prova e não em conjecturas. (fls. 38).

13. Colhe-se, ainda, do voto-vencido proferido pela ilustre Desembargadora *Liliane Roriz*, o seguinte:

Concordo com o prolator do parecer do Ministério Público aqui do Segundo Grau, dizendo estar havendo uma presunção de culpabilidade pelo simples fato de a Advogada ter assinado a inicial do mandado de segurança. Não há um fato narrado sequer que diga que há um crime no fato de ela ter assinado uma inicial de um mandado de segurança. Pode até ser que haja, mas, então, que viesse numa inicial benfeita e dizendo onde está o ato típico praticado por ela. (fls. 67-68).

14. Dessa forma, não se pode admitir uma denúncia que não vincula o acusado a qualquer núcleo dos tipos imputados, como se dá na hipótese em apreciação, sob pena de inviabilizar totalmente o exercício da ampla defesa.

15. Confira-se, a propósito, a jurisprudência desta Corte sobre a questão:

*Habeas corpus*. Estelionato. Fraude na entrega de coisa. Trancamento da ação penal. Denúncia inepta. Imputação genérica e abstrata. Conduta atípica.

1. No caso, pela leitura da denúncia e das peças que a embasaram, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, não se vislumbra suficientemente demonstrado o dolo na conduta do paciente em induzir ou manter o seu cliente em erro, mediante qualquer artifício que lhe pudesse encobrir a realidade fática, bem como a ocorrência de vantagem ilícita obtida para si ou o prejuízo alheio.

2. Embora não seja necessária a descrição minuciosa dos acontecimentos, a denúncia deve, ao menos, relatar fato individualizado, perceptível e que traduza uma conduta típica e, na forma como se apresenta, encerra descrição abstrata, sendo atípico o fato narrado.

3. De outra parte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o descumprimento de contrato sem elementos de ilícito penal não pode ensejar a persecução penal.

4. Inexistindo previsão legal no ordenamento pátrio para o enquadramento do paciente como sujeito ativo do crime tipificado no art. 171 do Código Penal, por mero inadimplemento de obrigação contratual e, não narrando a denúncia, conforme exigência do art. 41 do CPP, indicativo de eventual conduta ilícita perpetrada pelo acusado, a continuidade da ação penal configura constrangimento ilegal.

5. *Habeas corpus* concedido para trancar a ação penal de que aqui se cuida por falta de justa causa. (HC n. 55.889-ES, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 28.09.2009).

Penal e Processo Penal. Crime contra o Sistema Financeiro, contra a ordem tributária, crimes de lavagem de dinheiro e crime de bando. Trancamento da ação penal. Alegação de inépcia e falta de justa causa. Ordem concedida para anular a denúncia em relação ao paciente. Nulidade dos atos subsequentes. Ressalva da possibilidade de oferecimento de outra denúncia.

1. Denúncia genérica, sem imputação fática concreta.

2. Inépcia da denúncia.

3. Alegação de dificuldade para a imputação, ante o número significativo de crimes e de réus: fundamento inidôneo que não elide a obrigação de apresentar denúncia com os requisitos do art. 41 do CPP.

4. Esboroa-se, por via oblíqua, o Estado Democrático de Direito, com todos os seus preciosos princípios, se se permite ao acusador oferecer denúncia sem imputação fática precisa.

5. Inépcia reconhecida.

6. Ordem concedida, para declarar a nulidade da denúncia, trancando-se a ação penal, mas permitido o oferecimento de outra denúncia, com os requisitos legais. (HC n. 134.044-SP, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 17.08.2009).

16. Ante o exposto, concede-se a ordem, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário, determinando o trancamento da Ação Penal quanto à ora paciente.

---

### HABEAS CORPUS N. 192.696-SC (2010/0226460-0)

---

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Douglas Fischer

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Juliano Carvalho Batista

---

#### EMENTA

Penal. *Habeas corpus*. Crime ambiental. Pesca predatória. Pequena quantidade de pescado devolvido ao *habitat* natural. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Particularidades do caso concreto. Relevância penal da conduta. Crime contra o meio ambiente. Especial relevo. Ordem denegada.

I. Hipótese em que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/1998, porque teria sido flagrado pela Polícia Militar de Proteção Ambiental, praticando pesca predatória de camarão, com a utilização de petrechos proibidos em período defeso para a fauna aquática e sem autorização dos órgãos competentes.

II. A quantidade de pescado apreendido não desnatura o delito descrito no art. 34 da Lei n. 9.605/1998, que pune a atividade durante o período em que a pesca seja proibida, exatamente a hipótese dos autos, isto é, em época de reprodução da espécie, e com utilização de petrechos não permitidos.

III. Paciente que, embora não possua carteira profissional de pescador, faz da pesca a sua única fonte de renda.

IV. Para a incidência do princípio da insignificância devem ser considerados aspectos objetivos referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, bem como a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC n. 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.11.2004), que não restou demonstrado *in casu*.

V. A Constituição Federal de 1988, consolidando uma tendência mundial de atribuir maior atenção aos interesses difusos, conferiu especial relevo à questão ambiental, ao elevar o meio-ambiente à categoria de bem jurídico tutelado autonomamente, destinando um capítulo inteiro à sua proteção.

VI. Interesse estatal na repressão da conduta, em se tratando de delito contra o meio-ambiente, dada a sua relevância penal.

VII. Ordem denegada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, denegou a ordem”. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Douglas Fischer em favor de Juliano Carvalho Batista contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao recurso, mantendo a sentença de primeiro grau.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/1998, porque teria sido flagrado pela Polícia Militar de Proteção Ambiental, praticando pesca predatória de camarão, com a utilização de petrechos proibidos em período defeso para a fauna aquática e sem autorização dos órgãos competentes.

Recebida a denúncia, foi oferecida proposta de suspensão condicional do processo, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 01 (um) ano em entidade beneficente.

Diante do descumprimento das condições impostas, foi determinada a revogação da suspensão do processo (fl. 109), dando-se prosseguimento à ação penal.

Sobreveio sentença que o condenou, nos termos da inicial acusatória, à pena de 01 (um) ano de detenção, substituída por restritiva de direitos.

Em sede de apelação, através da qual postulava pelo reconhecimento da atipicidade da conduta em aplicação ao princípio da insignificância, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a condenação.

Na presente impetração, pugna pelo reconhecimento da insignificância penal, sob o argumento de que o caso concreto revela uma excepcionalidade, eis que se está diante de uma pesca de aproximadamente 04 (quatro) quilogramas de camarão devolvidos vivos ao *habitat* natural.

Liminar indeferida à fl. 417.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem (fls. 441-443).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Douglas Fischer em favor de Juliano Carvalho Batista contra acórdão do

Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao recurso, mantendo a sentença de primeiro grau.

Em razões, pugna pelo reconhecimento da insignificância penal, sob o argumento de que o caso concreto revela uma excepcionalidade, eis que se está diante de uma pesca de aproximadamente 04 (quatro) quilogramas de camarão devolvidos vivos ao *habitat* natural.

Não obstante a pequena quantidade de pescado apreendido, o que, numa visão primeira atrairia a aplicação do princípio da insignificância, outros aspectos devem ser levados em consideração na análise de seu efetivo cabimento.

A tese da insignificância penal restou afastada nas instâncias ordinárias. O Tribunal *a quo*, com efeito, assim decidiu a respeito:

Insignificante é a conduta sem censura social pelo irrelevante dano - pretendido e realizado - e não a conduta de dano relevante, que acidentalmente não atinge êxito. Seria indevidamente premiar o criminoso fracassado, excluindo-lhe mesmo a pena tentada. Insignificante é a conduta de furto de papel, de dar uma palmada no filho. Não é jamais insignificante furto de um malote bancário - ainda que coincidente com pequenos valores - ou de tentar caçar, pescar e por fatores alheios a sua vontade, ver frustrado o resultado pretendido.

Na espécie tem-se ainda outro obstáculo, há tipicidade por crime de mera conduta, de perigo abstrato, em crime ambiental. Assim, irrelevante é o resultado da pesca, considerada criminosa na conduta constante do fato principal apenas pela realização desse ato de pesca.

O tipo penal do art. 34 da Lei n. 9.605/1998 abrange condutas de resultado e crimes de mera conduta. São crimes de resultado as modalidades de pesca com produto em espécie, tamanho ou quantidades proibidos, ou pela destinação do produto da pesca; são crimes de mera conduta a pesca proibida pelo local ou época da atividade, ou pelo uso de petrechos proibidos: (...).

*Acrescento, de todo modo, que na espécie resta evidente a ofensa ao bem jurídico, pois o acusado estava realizando pesca de camarão com o uso de gerival malha 25 mm em período defeso, na Baía da Babitonga, o que interrompe o ciclo de reprodução, ciclo este que permite a perpetuação das espécies.*

Tem-se, assim, que a ação delituosa está longe de ser considerada insignificante. (fls. 393-394).

Na inicial acusatória consta que “o denunciado, ao avistar a embarcação policial, empreendeu fuga, tendo sido acompanhado e abordado próximo a Ilhas das Flores, portando aproximadamente 04 (quatro) quilos de camarões recém capturados, o quais foram soltos no mar.” (fl. 19).

Inicialmente, no que diz respeito à alegação de insignificância da conduta, esta Corte já entendeu, em oportunidades anteriores, *que a quantidade de pescado apreendido não desnatura o delito descrito no art. 34 da Lei n. 9.605/1998*, que pune a atividade durante o período em que a pesca seja proibida, exatamente a hipótese dos autos, isto é, em época de reprodução da espécie, e com utilização de petrechos não permitidos (inciso II, do parágrafo único do art. 34).

No presente caso, verifica-se que o paciente fez uso de instrumento denominado *gerival*, que - segundo informações constantes na página oficial do Fundacentro/Fundação Acqua Forum - Programa Nacional de Segurança Saúde e Meio Ambiente de Trabalho nas Atividades de Pesca e Mergulho Profissionais - constitui-se em um tipo de arte de pesca utilizada na captura do camarão em regiões estuarinas, e que dependendo da malha pode ser altamente predatório, pois *consiste no arrasto do camarão que se encontra nos berçários, capturando assim exemplares muito inferiores ao tamanho recomendado para comercialização*.

Conforme se extrai da Notícia de Infração Penal Ambiental (fls. 24-25), o paciente, embora qualificado como pescador, não possui Carteira de Pescador Profissional, documento que o habilitaria à prática de pesca com uso de *gerival* e outros petrechos considerados de uso profissional, constando que *utilizava um tamanho de malha inferior ao estipulado pela Portaria Ibama n. 84/02*.

E embora o paciente tenha devolvido todo o pescado recolhido, ainda vivo, ao seu *habitat* natural, demonstrativa de suposta ausência de dano ao meio ambiente, o fez tão somente porque foi abordado por policiais em plena prática delitiva, o que deve ser levado em consideração no presente caso em que o paciente, embora não possua carteira profissional de pescador, faz da pesca a sua única fonte de renda (fls. 273-275).

Dentro desse contexto, embora se pretenda demonstrar a inexistência de lesividade ao meio ambiente no caso específico, não se pode acolher a tese de ausência de relevância penal da conduta, eis que o paciente incidiu no delito previsto no art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/1998 e faz da pesca o seu meio de vida.

Para a incidência do princípio da insignificância devem ser considerados aspectos objetivos referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, bem como a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC n. 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.11.2004), que não restou demonstrado *in casu*.

Deve ser ressaltado, por último, que a Constituição Federal de 1988, consolidando uma tendência mundial de atribuir maior atenção aos interesses difusos, conferiu especial relevo à questão ambiental, ao elevar o meio-ambiente à categoria de bem jurídico tutelado autonomamente, destinando um capítulo inteiro à sua proteção. Em seu art. 225, com efeito, a Carta Magna assim proclama:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sendo assim, tratando-se de delito contra o meio-ambiente, é inviável a afirmação do desinteresse estatal na sua repressão.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 193.111-RJ (2010/0228401-1)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Dário José Soares Júnior

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Carlito Martins da Silva (preso)

---

#### **EMENTA**

*Habeas corpus*. Processual Penal. Paciente condenado pela prática dos delitos previstos nos arts. 273, § 1º, alínea **b**, e 334, § 1º, alínea **c**, do Código Penal. Mantida, na sentença, a custódia cautelar. Fundamentação inidônea. Ilegalidade. Presunção de não-culpabilidade que prevalece até o trânsito em julgado da condenação. Precedentes. Inobservância, pelo magistrado singular, da regra prevista no parágrafo único, do art. 387, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Ordem concedida.

1. A segregação processual, no caso, fora justificada, em síntese, sob o fundamento de que houve transporte noturno da mercadoria ilegal, por via de uma estrada vicinal – o que demonstraria sua intenção de cometer outros crimes.

2. Ocorre, entretanto, que a presunção mais plausível é contrária ao que decidido. Por ser o Paciente pequeno comerciante, doente crônico, com quase sessenta anos, é de se supor que não se envolverá com delitos. Vê-se, assim, que não fora explicitado um motivo concreto, sequer, apto a justificar a medida constritiva.

3. “Em matéria de prisão processual, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” (STF, HC n. 101.705-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 03.09.2010).

4. Frise-se: “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP” (HC n. 84.078-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 26.02.2010).

5. Vê-se, assim, que o Juiz sentenciante não atendeu à regra prevista no parágrafo único, do art. 387, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008 – regra que exige fundamentação idônea para a manutenção ou decretação da prisão quando da prolação da sentença.

6. Ordem concedida para, em conformidade com o parecer ministerial, ratificar a liminar deferida, assegurando ao Paciente o direito de aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade.



## ACÓRDÃO

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

taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJe 04.04.2011

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Requer-se, na presente impetração, em suma, liminarmente e no mérito, seja reconhecido o direito do Paciente de apelar em liberdade.

O pedido liminar fora deferido, no período de férias, pelo Eminentíssimo Presidente desta Corte, Ministro *Ari Pargendler* (fl. 224).

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 239-249, acompanhadas de documentos.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 258-262, pela concessão da ordem.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de *Carlito Martins da Silva*, contra acórdão assim ementado (fls. 17):

*Habeas corpus*. Prisão preventiva após a sentença condenatória. Presença de elementos concretos. Necessidade de garantir a ordem pública. Ordem denegada.

I - O paciente restou condenado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 273, § 1º, **b**, e 334, § 1º, **c**, do CP, a uma pena definitiva de 11 (onze) anos de reclusão, sendo fixado o regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena. Para a fixação da pena relativa ao crime do art. 273 do CP, ponderou o magistrado sentenciante o quantitativo expressivo de medicamentos apreendidos junto ao paciente, quando de sua prisão em flagrante (2 mil comprimidos de *Pramil*), a demonstrar o grande potencial de dano à saúde da comunidade;

II - Plenamente justificada a manutenção da prisão preventiva do paciente, na medida em que a presença de elementos concretos a denotar a necessidade de garantir a ordem pública – já analisada quando do julgamento de *writ* anterior – restou corroborada pela sua condenação, bem assim pela pena que lhe foi atribuída;

III - Ordem denegada.

A título elucidativo, extraio o seguinte trecho do Voto condutor do Acórdão ora impugnado (fls. 11-16):

Inicialmente, observo que a presença de motivos para manutenção da prisão preventiva do paciente, com amparo na necessidade de resguardo à ordem pública já restou analisada por este Relator, quando do julgamento do HC n. 2010.0201.008842-9, cujo voto ora transcrevo, *verbis*:

O MM. Juízo *a quo*, ao rejeitar o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa, converteu a prisão em flagrante em preventiva nos seguintes termos, *verbis*:

Ao contrário do que tenta afirmar, principalmente no que toca à primariedade e bons antecedentes, o requerente já foi, em 2 outras oportunidades recentes, preso em flagrante por estar portando produto contrabandeado.

A primeira vez em que Carlito foi preso se deu no dia 13 de junho de 2008, onde fora preso em flagrante exatamente no Posto Policial que se situa na cidade de Porciúncula-RJ, caminho para Tombo-RJ. Nesta ocasião, Carlito foi preso com pacotes de cigarro, sendo que na ocasião estava dirigindo exatamente a D-20 que diz estar apreendida. A segunda vez ocorreu em 24 de outubro de 2008, quando Carlito foi surpreendido no centro de Itaocara portando 626 pacotes de cigarros, dentro do mesmo carro (Chevrolet D-20). Na ocasião, a 135ª DP fez o registro.

Ao que parece, Carlito desenvolve as mesmas atividades, preso sempre em flagrante delito. Há enorme probabilidade destes fatos ocorrerem novamente caso não haja a positivação da medida coercitiva de privação da liberdade. A garantia da ordem pública resta sobejamente comprometida. Solto encontrará, com certeza, novos horizontes para continuar a perpetrar ações delituosas, principalmente os de contrabando/descaminho, como aliás vem ocorrendo ao longo de 02 anos. (...)

(...) Não está este magistrado decretando a preventiva sob o fundamento da gravidade da pena e sim em razão da grande

probabilidade de reincidir na conduta que o levou à prisão. Ressalto por fim, que o acusado não comprovou ter residência fixa e muito menos que possui atividade lícita.

*In casu*, o paciente foi preso em flagrante transportando de maneira ilegal um total de 535 pacotes de cigarro de origem estrangeira, que não apresentavam o selo de recolhimento do IPI - Imposto sobre Produtos Importados, e 100 (cem) cartelas do medicamento *Pramil*, totalizando 2.000 (dois mil) comprimidos, cuja substância ativa, o Sildenafil, é a mesma utilizada no remédio *Viagra*.

Como informado pela autoridade apontada como coatora, esse medicamento, de origem paraguaia, teve a sua importação e comercialização proibidas no Brasil pela Anvisa através da Resolução n. 2.997/2006.

Verifica-se pela fundamentação utilizada pelo juízo que a prisão preventiva do paciente, decretada com base na garantia da ordem pública, teve por fim impedir a reiteração de condutas criminosas, tendo em vista que, em duas outras ocasiões, ele já teria sido preso em flagrante pelo contrabando de cigarros.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que a possibilidade objetiva de reiteração criminosa constitui motivação idônea para a fixação da custódia cautelar com vistas à preservação da ordem pública, tal como se sucede no caso destes autos. *In casu*, como ressaltado pelo juízo *a quo*, a necessidade da custódia cautelar se justifica diante da possibilidade de o paciente, posto em liberdade novamente, encontrar os mesmos estímulos para delinquir.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça também já decidiu, acertadamente, que a preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas para a “irrupção de conflitos e tumultos”, mas abrangeria também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.

E ainda, em que pese os crimes praticados pelo paciente não terem se dado mediante o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, não se pode concluir, ao contrário do sustentado pela defesa, pela ausência de gravidade das infrações penais, tendo em vista que o crime do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, prevê uma pena mínima abstrata de 10 (dez) anos de reclusão, o que impedirá, no caso de uma eventual condenação, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Por outro lado, ao contrário do sustentado pelo MD. Procurador da República, tal crime não se reveste do caráter de hediondo, pois, como

informado pela própria autoridade impetrada, “a denúncia não narra fato referente à falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto para fins terapêuticos”, e conforme decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “a introdução clandestina, em solo brasileiro, de produto de origem estrangeira destinado a fins terapêuticos ou medicinais somente é considerada crime hediondo quando o medicamento é ‘falsificado, corrompido, adulterado ou alterado’ (art. 1º, VII-B, da Lei n. 8.072/1990)”, muito embora não se deixe de reconhecer que a saúde pública também corre riscos pela comercialização clandestina desse medicamento.

Daí porque irrelevante a necessidade de um laudo pericial para atestar ou não a falsidade dos medicamentos apreendidos, e assim, comprovar a materialidade do crime do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, como sustentado pela defesa.

Quanto ao crime de descaminho previsto no artigo 334 do Código Penal, muito embora seja possível a declaração de extinção da punibilidade do agente, conforme previsão contida na Súmula n. 560 do Supremo Tribunal Federal, esta somente se dará no caso de pagamento integral do tributo devido. E como bem observado pelo juízo *a quo*, não há qualquer manifestação do paciente nesse sentido. Ao contrário, os elementos contidos nos autos indicam que, na verdade, a sua intenção não era fraudar o Fisco, mas o lucro fácil e a qualquer custo, já que em todas as ocasiões em que foi preso em flagrante estava dirigindo a caminhonete Chevrolet D-20, de propriedade de seu filho.

Por fim, o fato de o paciente ostentar a condição de primário e possuir bons antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), além de ter família constituída, não constitui, por si só, motivo suficiente para afastar a necessidade de sua segregação cautelar, conforme já ficou assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - e do Superior Tribunal de Justiça. E, como observado pelo MD Procurador da República, o paciente não poder ser considerado idoso, por não ter ainda 60 anos completos, *ex vi* da Lei n. 10.741/2003 - Estatuto do Idoso, já que nasceu no dia 30.01.1952.

Com relação ao seu problema de saúde, a mera juntada do atestado médico informando que o paciente é portador de uma doença crônica, adenoma prostático, e necessita de cuidados médicos e uso de medicação contínua, não se revela apta a revogar a sua custódia cautelar, tampouco determinar a sua prisão domiciliar.

Ante o exposto, *denego a ordem de habeas corpus* requerida.

Por ora, pretende o impetrante sejam reavaliados os motivos para manutenção da prisão preventiva após a prolação de sentença condenatória pelo MM. Juízo *a quo*.

Em suas informações, dá conta o MM. Juízo impetrado que, na r. sentença, ressaltou-se que “os motivos iniciais para a decretação da prisão preventiva extrapolam o átimo da prolação da sentença. Independentemente desta, há o risco concreto de reiteração criminosa (...). Numa fundamentação mais profunda, agora, vejo o acerto da decisão anteriormente consignada, pois, apesar de haver notícia de anteriores anotações acerca da prática do crime de descaminho (02 ocorrências em 2008), vejo que o *modus operandi* do acusado (transporte à noite de mercadoria, através de uma estrada vicinal) transparece ainda mais o desejo do mesmo em continuar na senda criminosa, se especializando ainda mais no coércio de cigarros internados indevidamente (e até falsificados) e expandindo seus horizontes, agora, para o tráfico de remédios. (...) Desta forma, mantenho a prisão preventiva decretada anteriormente, respeitando o art. 387, parágrafo único do CPP”. (fls. 254-256).

Mister salientar, ainda, que, como se vê da cópia da r. sentença, acostada às fls. 10-34 do *writ*, que o paciente restou condenado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 273, § 1º, **b**, e 334, § 1º, **c**, do CP, a uma pena definitiva de 11 (onze) anos de reclusão, sendo fixado o regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena. Para a fixação da pena relativa ao crime do art. 273 do CP, ponderou o magistrado sentenciante o quantitativo expressivo de medicamentos apreendidos junto ao paciente, quando de sua prisão em flagrante (2 mil comprimidos de *Pramil*), a demonstrar o grande potencial de dano à saúde da comunidade.

Dessarte, entendendo plenamente justificada a manutenção da prisão preventiva do paciente, na medida em que a presença de elementos concretos a denotar a necessidade de garantir a ordem pública – já analisada quando do julgamento do *writ* acima citado – restou corroborada pela sua condenação, bem assim pela pena que lhe foi atribuída.

Ante o exposto, voto pela denegação da ordem.

O eminente Presidente desta Corte, Ministro *Ari Pargendler*, ao deferir o pedido liminar, fundou-se no que se segue (fl. 224):

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Dário José Soares Júnior em favor de Carlito Martins da Silva contra acórdão proferido pela Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região “para conceder ao paciente o direito de apelar em liberdade” (fl. 10).

O impetrante alega que a possibilidade do paciente voltar a delinquir não é motivo para permanecer preso.

2. A regra é a de que o réu responde o processo em liberdade. A exceção supõe que, solto, possa comprometer a ordem pública ou a instrução do processo. Na espécie, essas situações excepcionais não estão presentes. A gravidade do delito, invocada na decisão impugnada, faz parte do tipo penal, e uma certeza acerca

da prática da conduta nele contemplada depende da conclusão do processo. ***Já a possibilidade de que o paciente volte a delinquir é uma hipótese. Pode não ser uma probabilidade. Pequeno comerciante, com quase sessenta anos, padecendo de doença crônica (vide fl. 15), a presunção, salvo melhor juízo, é que não mais se envolverá com o ilícito, diante da pena a que está sujeito em função da acusação que pesa contra si.***

***Defiro, por isso, a medida liminar para relaxar a prisão do paciente,*** se por outro motivo não estiver preso. (sem grifos no original)

Com efeito, efetivamente não se demonstrou a necessidade da medida excepcional adotada, relevando, para isso, ainda, os fundamentos da decisão deferitória proferida pelo Eminentíssimo Ministro-Presidente.

Como é cediço, a prisão cautelar é medida extrema e excepcional, que implica sacrifício à liberdade individual, sendo imprescindível, em face do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva.

Desse modo, a gravidade em abstrato do delito, dissociada de qualquer outro elemento concreto e individualizado, não têm, por si só, o condão de justificar a custódia cautelar, pois é imprescindível que a prisão provisória seja decretada com motivação válida e aliada a um dos requisitos legalmente previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nas instâncias antecedentes, a prisão fora justificada, em síntese, repita-se, sob o fundamento de “que o *modus operandi* do acusado (transporte à noite de mercadoria, através de uma estrada vicinal) transparece ainda mais o desejo do mesmo em continuar na senda criminoso, se especializando ainda mais no comércio de cigarros internados indevidamente (e até falsificados) e expandindo seus horizontes, agora, para o tráfico de remédio”.

A presunção mais plausível, entretanto, é contrária ao que decidido. Por ser o paciente doente crônico (fl. 15), com quase sessenta anos, é de se supor que o pequeno comerciante não se envolverá com delitos.

Vê-se, assim, que não fora explicitado um motivo concreto, sequer, apto a justificar a medida constritiva, razão pela qual a ordem deve ser deferida.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

*Habeas corpus.* Prisão preventiva. Requisitos do art. 312 do CPP. Garantia da ordem pública. Considerada tão-só a gravidade abstrata do crime. Fuga do

estabelecimento prisional. Ausência de aditamento ao decreto de prisão. Falta de fundamentação. Ordem concedida.

1. Em matéria de prisão processual, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. A mera referência vernacular à garantia da ordem pública não tem a força de corresponder à teleologia do art. 312 do CPP. Até porque, no julgamento do HC n. 84.078, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade, assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não-culpabilidade. Direito subjetivo do indivíduo que tem a sua força quebrantada numa única passagem da Constituição Federal. Leia-se: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º).

3. Esta nossa Corte entende que a simples alusão à gravidade do delito ou a expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque o juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto de prisão cautelar. Sem o que não se demonstra o necessário vínculo operacional entre a necessidade do confinamento cautelar do acusado e o efetivo acautelamento do meio social.

4. Ordem concedida. (STF, HC n. 101.705-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 03.09.2010).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado consumado. Homicídio qualificado tentado. Prisão cautelar. Ordem pública. Conveniência da instrução criminal. Aplicação da lei penal. Gravidade abstrata do crime. Ausência de fundamentação idônea e concreta. Ordem concedida com recomendação. Expedido alvará de soltura clausulado. Demais pedidos julgados prejudicados.

1. A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, bem como a alegação de ser abstratamente grave o delito em tese praticado, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculada de qualquer fator concreto.

2. A tentativa de sair do local do crime, logo após a sua suposta prática, não pode ser interpretada como tentativa de fuga e obstrução de aplicação da lei penal, eis que é comum ao ser humano a prática de atos que impliquem em sua própria defesa.

3. Se não estão presentes os elementos fáticos, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, para conceder a liberdade provisória, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta.

4. Ordem concedida para revogar a prisão decorrente da pronúncia. Com recomendação, nos termos do voto da Relatora. Expedido alvará de soltura clausulado. Demais pedidos julgados prejudicados. (STJ, HC n. 109.586-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ-MG, DJe de 10.11.2008.)

*Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Gravidade do delito. Fundamentação genérica e abstrata. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida.

1. A ameaça à ordem pública, como pressuposto que autoriza a prisão preventiva (CPP, art. 312), deve estar demonstrada de forma consistente no decreto prisional, não sendo suficiente o juízo valorativo sobre a gravidade do delito.

2. A simples reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada dos fatos concretos ou baseada em meras suposições, não é suficiente para atrair a incidência do art. 312 do Código de Processo Penal, tendo em vista que esse dispositivo legal não admite conjecturas. A decretação da medida restritiva de liberdade antecipada deve reger-se sempre pela demonstração da efetiva necessidade no caso concreto.

3. Ordem concedida para determinar a imediata expedição de alvará de soltura ao paciente, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo processante, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia cautelar, com a estrita observância do disposto no art. 312 do CPP. (STJ, HC n. 81.225-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 03.11.2008).

Acrescente-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 84.078-MG, Rel. Min. *Eros Grau*, decidiu que a custódia cautelar, mesmo após a sentença condenatória, mantida em segundo grau, e sem trânsito em julgado, só pode ser implementada se devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A referida orientação deve ser adotada por todos os Tribunais Pátrios, como forma de se tornar mais substancial o princípio constitucional da presunção de inocência. Confira-se a ementa do referido julgado:

*Habeas corpus*. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

**3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.**

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os Tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE n. 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/1961, que deu nova redação à Lei n. 869/1952], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque - disse o relator - “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando

verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

**8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.** (HC n. 84.078-MG, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05.02.2009, DJe de 26.02.2010).

Vê-se, portanto, que o Juiz sentenciante não atendeu à regra prevista no parágrafo único, do art. 387, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008 – regra que exige fundamentação idônea para a manutenção ou decretação da prisão quando da prolação da sentença, *in verbis*:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

Parágrafo único. O juiz decidirá, **fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar**, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. (sem grifos no original.)

Ante o exposto, *concedo a ordem*, nos termos do Parecer Ministerial, para confirmar a liminar deferida pelo Eminentíssimo Ministro-Presidente *Ari Pargendler* e assegurar ao Paciente o direito de aguardar o julgamento da apelação em liberdade.

É como voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 29.970-PA  
(2009/0134964-5)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Rita de Cássia Gaspar da Silva

Advogado: Mário David Prado Sá

Recorrido: Estado do Pará

Procurador: Sérgio Oliva Reis e outro(s)

---

**EMENTA**

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Contratação temporária de professor da Secretaria de Educação do Estado do Pará. Prorrogação do contrato por mais de 15 anos consecutivos. Superação da nota de provisoriedade identificada no momento da primeira avença. Consumação da situação jurídica colmatada *ex ope temporis*. Direito líquido e certo à permanência no serviço público. Recurso ordinário provido.

1. A teor do disposto nos arts. 37, II e 206, V da Constituição Federal, o ingresso no serviço público está sujeito à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo no caso de cargo em comissão e na hipótese prevista no inciso IX do citado art. 37, qual seja, contratação temporária de prestação de serviço, caso em que a Administração pode rescindir a qualquer momento o contrato administrativo em virtude da extinção do interesse na sua continuação.

2. Contudo, considerando as peculiaridades do caso concreto e diante da primazia da segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas colmatadas *ex ope temporis*, ainda que o ato administrativo tenha nascido de forma irregular.

3. No presente caso, a recorrente encontra-se no exercício do cargo de Professora de Educação Especial da Secretaria de Educação do Estado do Pará há mais de 15 anos, o que, por si só, revela a extensão das consequências da reversão, a esta altura, da Docente à

situação anterior à sua contratação, impondo não apenas um recuo de 15 anos em seu *status* profissional, mas também um retrocesso na sua vida, com os mais variados desdobramentos.

4. Em caso como este, seria uma penalização injustificável a exclusão da Professora do quadro de Docentes do Esta do Pará, decorrente unicamente da opção administrativa de prorrogar o contrato de prestação de serviço, transmudando a natureza excepcional da contratação temporária, utilizada para atender necessidade provisória de interesse público, por tempo determinado. Nas palavras do Professor VICENTE RÁO, *seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças* (O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo, RT, 1991, p. 323).

5. Ademais, neste caso, não é nada recomendável, do ponto de vista do interesse público, que uma pessoa que já se encontra trabalhando desde 1992, sem que haja qualquer indício de que exerça seu trabalho de maneira insatisfatória, seja abruptamente dali desalojada e sofra uma drástica modificação na sua situação profissional, econômica e moral, com consequências irreversíveis.

6. Recurso Ordinário provido para assegurar o direito líquido e certo da recorrente de ser reintegrada no cargo de Professora de Educação Especial da Secretaria de Educação do Estado do Pará, com o ressarcimento de todos os seus direitos, inclusive vencimentos e cômputo do tempo de serviço, desde a data da sua exoneração; bem como para assegurar o direito de ser mantida no serviço público.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 28.03.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por *Rita de Cássia Gaspar da Silva*, em adversidade ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará que extinguiu o feito sem resolução do mérito, em decisão consubstanciada na seguinte ementa:

Mandado de segurança. Servidor público temporário. Ausência de direito líquido e certo. Provimento a cargo público. Concurso. Princípio constitucional. Prejudicial ventilada no Tribunal acolhida. Processo extinto sem resolução do mérito.

I - Considerando que se trata de mandado de segurança preventivo e em face da questão prejudicial levantada na tribuna consistente em que o Estado do Pará não demitirá os servidores temporários até que o cargo seja ocupado por servidores efetivos, aplica-se o Princípio da Continuidade do serviço público.

II - Prejudicial acolhida.

III - À unanimidade de votos, processo extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267, IV do CPC, nos termos do voto do relator (fls. 187).

2. Os Embargos de Declaração opostos (fls. 197-200) foram conhecidos, mas improvidos (fls. 245-253).

3. A recorrente assevera ter direito líquido e certo a ser reintegrada no seu cargo de Professora de Educação Especial da Secretaria de Educação do Estado do Pará, bem como a ser albergada pela estabilidade plena para permanecer nesse cargo. Caso assim não se entenda, alega ter direito a permanecer no referido cargo até que venha a ser realizado pelo Estado concurso público para a educação especial.

4. Aduz que foi contratada como servidora temporária pela Secretaria de Educação do Estado do Pará em 1º.06.1992, tendo o seu contrato de trabalho sido prorrogado sucessivamente até 31.12.2007. Alega que em virtude da boa-fé dos servidores públicos contratados temporariamente, bem como do

princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, como o presente caso, destinado aos alunos portadores de deficiência, deve ser atribuído caráter permanente à contratação.

5. Em contrarrazões, o Estado do Pará alega preliminar de deserção. Quanto ao mérito alega a ausência de direito líquido e certo da Impetrante, uma vez que o servidor temporário não possui estabilidade no serviço público, sendo certo que *a dispensa do servidor temporário pode ser efetivada pela Administração Pública em qualquer momento, sem prévio aviso, diante de critérios pautados na oportunidade e na conveniência do encerramento do pacto* (fls. 273).

6. Além disso, informa que *o Entre Federado vem cumprindo cláusula de acordo judicial celebrado com o Ministério Público do Trabalho, no escopo de substituir os servidores temporários pelos efetivos, depois de ultimadas as fases integrantes dos concursos públicos* (fls. 274).

7. O douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *Moacir Guimarães Moraes Filho*, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso (fls. 283-288).

8. É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, deve ser afastada a preliminar de deserção do recurso por ausência de preparo, uma vez que os beneficiários da justiça gratuita, como no caso (fls. 26), estão dispensados desse recolhimento, pelo que a alegação do Estado do Pará não merece acolhimento.

2. Como visto, o presente Recurso Ordinário em Mandado de Segurança foi interposto para adversar acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Pará que denegou a ordem impetrada pela recorrente para manter o ato da Governadora do Estado do Pará que negou a efetivação da recorrente no cargo de Professora da Educação Especial, para o qual foi temporariamente contratada. A recorrente alega seu direito líquido e certo ao provimento definitivo no referido cargo em razão da sua boa-fé, bem como do princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

3. Por sua vez, o Estado do Pará sustenta que a função pública exercida pela Impetrante é temporária e tem natureza precária, sendo certo que a

Administração Pública detém discricionariedade para exonerar *ad nutum* o servidor, independentemente de prévio processo administrativo.

4. Ao que se constata, os fundamentos que dão suporte à impetração revestem-se de inquestionável plausibilidade jurídica, porquanto põe em relevo controvérsia de índole superior, consubstanciada na ponderação de valores relacionados ao princípio da legalidade dos atos administrativos, em face do postulado da segurança jurídica, igualmente prezável pela ordem jurídica.

5. Com efeito, não se discute que, a teor do disposto nos arts. 37, II e 206, V da Constituição Federal, o ingresso no serviço público está sujeito à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo no caso de cargo em comissão e na hipótese prevista no inciso IX do citado art. 37 (contratação temporária de prestação de serviço). Também não se questiona que a Administração pode rescindir a qualquer momento o contrato administrativo dos servidores temporários em virtude da extinção do interesse público na continuação da contratação.

6. Ocorre que a presente controvérsia reveste-se de peculiaridades que demandam uma flexibilização dos citados preceitos, que não podem ser aplicados de forma absoluta, como se passa a demonstrar.

7. A Impetrante foi contratada temporariamente por 06 meses pela Secretaria de Educação do Estado do Pará, em 1º de junho de 1992, em conformidade com a Lei Complementar Estadual n. 7, de 28 de agosto de 1991, que regulamenta a contratação temporária no Estado do Pará, e estabelece, em seu art. 2º, que as contratações têm prazo determinado de 06 meses, *prorrogável por igual período e por uma única vez*.

8. No entanto, com fundamento nas posteriores Leis Complementares Estaduais Paraenses n. 11/1993, n. 19/1994, n. 30/1995 e n. 36/1998, esse contrato foi sucessivamente prorrogado até 31.12.2007.

9. Diante desse quadro, impõe-se reconhecer a realidade das coisas e constatar que a situação da recorrente é resultado de ato da própria Administração Pública que, ao invés de promover concurso público específico para o cargo, *dentro do prazo da temporariedade*, optou por prorrogar o contrato, assim transmudando a natureza excepcional da contratação temporária, que realmente deveria ser utilizada apenas para atender necessidade provisória de interesse público, por tempo determinado.

10. Além disso, não se pode perder de vista que a recorrente encontra-se no exercício do cargo de Professora *há mais de 15 anos*, o que, por si só, revela a extensão das consequências da reversão, a esta altura, da sua situação funcional. A manutenção do acórdão recorrido significará impor à recorrente não apenas um recuo de 15 anos em seu *status* profissional, mas significará, em verdade, recuar a sua vida, com os mais variados desdobramentos, importando numa penalização injustificável, como há de se convir, já que, como visto, decorre unicamente da referida opção administrativa do Estado.

11. Acerca dessa questão, convém trazer à baile a brilhante lição do Professor VICENTE RÃO:

(...) a inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de ser destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas, Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças (O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo, RT, 1991, p. 323).

12. Diante desse quadro, impõe-se a aplicação da teoria do fato consumado, a fim de atingir o equilíbrio entre os princípios da legalidade e da igualdade com os princípios da segurança jurídica e da estabilidade nas relações sociais tocadas pelo Direito Público, de modo a confirmar-se juridicamente uma solução socialmente aceitável; é inegável que Administração Pública pode muito, mas não pode tudo, não podendo, por exemplo, sobrepor-se aos efeitos do tempo ou impedir que o seu decurso inevitável produza resultados que não podem ser ignorados, como se o desfazimento de atos administrativos pudesse devolver às pessoas o tempo pretérito e todas as suas passadas alegrias.

13. Dest'arte, considerando as peculiaridades do caso concreto e diante da primazia da segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas colmatadas *ex ope temporis*, ainda que o ato administrativo tenha nascido de forma irregular.

14. Importa, ainda, destacar que o Estado do Pará não traz elementos que permitam a conclusão de que a recorrente violou o princípio da boa-fé objetiva,

nem que se valeu de meios espúrios para forçar a sedimentação de uma situação de fato, com o fito de obter, posteriormente, o benefício da aplicação da *teoria do fato consumado*.

15. Além do que, não é nada recomendável, do ponto de vista do interesse público, que uma pessoa que já se encontra trabalhando desde 1992, sem que haja qualquer indício de que exerça seu trabalho de maneira insatisfatória, seja abruptamente dali desalojada e sofra uma drástica modificação na sua situação profissional, econômica e moral, com consequências irreversíveis.

16. A corroborar a tese expendida, confira-se os seguintes precedentes:

Administrativo. Exame da Ordem. Em regra não cabe ao Poder Judiciário revisar os critérios adotados pela banca examinadora. Legítima consolidação da situação fática. Teoria do fato consumado.

1. O Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora na análise do mérito das questões em concurso público, salvo se a questão impugnada pelo candidato apresentar-se dissociada dos pontos constantes do edital ou teratológica.

2. Todavia, ainda que a instância ordinária incida em desacerto, a Primeira Seção desta Corte Superior tem entendido que as situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de se causar à parte excessivo prejuízo. Trata-se da aplicação da teoria do fato consumado, que privilegia o princípio da segurança jurídica e a estabilidade nas relações sociais.

3. A teoria do fato consumado, contudo, não pode ser aplicada indiscriminadamente sem uma análise sobre as particularidades de cada caso. Há situações onde o princípio da boa-fé objetiva impõe o seu afastamento. A título de exemplo, não se poderia considerar consolidada uma situação de fato resultado de conduta antijurídica premeditada. O Direito não pode premiar a torpeza.

4. *In casu*, todavia, não há elementos no acórdão que permitam a conclusão de que o recorrido violou o princípio da boa-fé objetiva, nem de que se valeu de meios espúrios para forçar a sedimentação de uma situação de fato, com o fim de obter, posteriormente, o benefício da aplicação da teoria do fato consumado.

5. Recurso especial improvido (REsp n. 1.130.985-PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 19.02.2010).

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidores públicos que assumiram cargos efetivos sem prévio concurso público, após a CF de 1988. Atos nulos. Transcurso de quase 20 anos. Prazo decadencial de cinco anos cumprido, mesmo contado após a Lei n. 9.784/1999, art. 55. Preponderância do princípio da segurança jurídica. Recurso ordinário provido.

1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público.

2. O art. 55 da Lei n. 9.784/1999 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos e permitindo, *a contrario sensu*, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno quinquenal, mediante a convalidação *ex ope temporis*, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.

3. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular.

4. O poder da Administração, dest'arte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.

5. Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica.

6. Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembléia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II da Constituição Federal, é indubitavelmente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas Paraibana.

7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

8. Recurso Ordinário provido, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias (RMS n. 25.652-PB, de minha relatoria, DJe 13.10.2008).

Agravo regimental em recurso especial. Administrativo. Concurso público. Reprovação em exame psicotécnico. Continuidade no certame por força de medida liminar. Aprovação. Posse e exercício há mais de dez anos. Convalidação e teoria do fato consumado.

1. A teoria do fato consumado é discutível criação jurisprudencial, cuja invocação, quando admitida, somente é cabível em situações especialíssimas, mormente quando se preserva situação decorrente de liminar, embora irregular e ilegal, porque consolidada no tempo e irreversível.

2. Pena de se atender mais à letra do que ao espírito da lei, forçoso reconhecer como caracterizada a convalidação da investidura no cargo público, a ensejar a aplicação da teoria do fato consumado, nas hipóteses tais, em que o candidato, por força de medida liminar, prossegue no certame e é aprovado, e assim permanece no exercício da função por mais de dez anos.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 139.279-ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 22.04.2008).

17. Encontra-se patente, portanto, o direito líquido e certo da recorrente de ser mantida no serviço público; por tais fundamentos, dou provimento ao Recurso Ordinário, para determinar a reintegração da Servidora no cargo de Professora de Educação Especial da Secretaria de Educação do Estado do Pará, com o ressarcimento de todos os seus direitos, inclusive vencimentos e cômputo do tempo de serviço, desde a data da sua exoneração; bem como assegurar o direito dela de permanecer no referido cargo.

18. É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 962.078-RS (2007/0139871-1)**

---

Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ)

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Leonardo Beulk

Advogado: Léa Brito Kasper - Defensora Pública e outros

---

### EMENTA

Execução penal. Recurso especial. Regime semiaberto. Apenado trabalha em comarca diversa daquela em que deve cumprir a pena. Possibilidade da prisão domiciliar. Peculiaridade do caso concreto. Fins sociais da pena. Ressocialização e condições pessoais do detento. Violação ao art. 117 da LEP não configurada. Princípio da razoabilidade. Divergência jurisprudencial indemonstrada.

1. O condenado tem o dever e o direito de trabalhar garantidos pela Constituição Federal e pela legislação específica.

2. Assim, *em virtude da particularidade do caso ora em análise, qual seja - tendo o Réu encontrado emprego em comarca diversa e distante daquela onde deveria cumprir sua pena*, há de ser mantido seu direito a prisão domiciliar, não se aplicando o disposto no art. 117 da LEP.

3. É consabido que o apenado também é um sujeito de direitos e que o objetivo principal da pena, na moderna concepção de Estado democrático de direito, é a sua ressocialização e não o seu banimento nefasto do convívio em sociedade.

4. Não havendo o recorrente demonstrado, mediante a realização do devido cotejo analítico, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e o direito aplicado nos acórdãos mencionados e paradigmas, resta desatendido o comando do art. 255 do RISTJ.

5. Recurso desprovido.

### ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ),  
Relator

---

DJe 21.03.2011

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ): Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local que deu parcial provimento ao agravo em execução interposto pelo ora Recorrente contra decisão de 1ª instância pela qual fora deferido ao Recorrido a prisão albergue domiciliar, autorizando-o a recolher-se à prisão apenas nos fins de semana, nos termos da seguinte ementa (e- STJ fl. 182):

Execução penal. Regime semi-aberto. Trabalho exercido pelo apenado em cidade distante da comarca do juízo da execução. Determinação de recolhimento à casa prisional apenas nos finais de semana mantida. Imposição de prisão domiciliar durante os dias da semana. Necessidade de aplicação do direito de acordo com as circunstâncias de modo a viabilizar a finalidade precípua da execução penal, de “harmônica integração social” (art. 1º da LEP).

Agravo parcialmente provido.

Sustenta o recorrente ofensa ao art. 117 da LEP, ante a concessão de prisão domiciliar fora das hipóteses legais expressamente estabelecidas, aduzindo, em síntese, que “no caso sob apreço, o apenado não está cumprindo pena em regime mais gravoso, afastada qualquer hipótese de ausência de vaga em estabelecimento condizente com aquele regime fixado na decisão judicial, porquanto vem cumprido regularmente a pena no regime semi-aberto em estabelecimento adequado. In casu, *o apenado conseguiu emprego em cidade distante da Comarca do Juízo da execução, não podendo esse fato prevalecer como óbice ao regular cumprimento da pena privativa de liberdade. Ao contrário teríamos que admitir que qualquer preso consiga uma oportunidade de emprego em comarca distante da onde cumpre pena, obrigará o Estado a transferi-lo imediatamente, sob pena de obrigar-se a autorizar o recolhimento para regime mais brando, em flagrante afronta à lei de execução penal.*” (e-STJ fls. 197-198) (grifei)

Colaciona arestos oriundos do Excelso STF para configurar a divergência jurisprudencial.

Requer, assim, a cassação do acórdão impugnado para que seja mantido o regular cumprimento da pena do apenado no regime prisional semiaberto.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 203-212) e admitido o recurso na origem (fls. 214-216), foram os autos encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República *Francisco Dias Teixeira*, opinou pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 225-230).

Importante frisar que estes autos foram a mim atribuídos em 17.12.2010, último dia útil de funcionamento desta Colenda Corte, antes do recesso de final de ano, determinado pela Portaria n. 651, datada de 11.11.2010.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) (Relator): Conforme relatado, sustenta o recorrente ofensa ao art. 117 da LEP, ante a concessão de prisão domiciliar fora das hipóteses legais expressamente estabelecidas.

Da análise dos autos, verifica-se que o recorrido cumpre pena de reclusão de 7 anos e 3 meses, em regime semiaberto, pela prática de roubo e furto qualificado (fls.49).

O apenado deveria cumprir pena na Comarca de Espumoso, tendo conseguido emprego, no entanto, na cidade de Colorado, o que o fez postular a prisão domiciliar que, concedida pelo juízo monocrático, foi mantida em sede de agravo em execução, em decisão assim ementada, *verbis*:

Execução penal. Regime semi-aberto. Trabalho exercido pelo apenado em cidade distante da comarca do juízo de execução. Determinação de recolhimento à casa prisional apenas nos finais de semana mantida. Imposição de prisão domiciliar durante os dias da semana. Necessidade de aplicação do direito de acordo com as circunstâncias de modo a viabilizar a finalidade precípua da execução penal, de "harmônica integração social" (Art. 1º da LEP). Agravo parcialmente provido. (e-STJ fls. 182)

É certo que o trabalho é um direito fundamental de qualquer cidadão brasileiro, garantido pelo art. 6º da Magna Carta: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Grifei).

Por outro lado, a Lei de Execuções Penais determina que o labor é, não só um dever, como um direito do apenado:

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

(...)

II - atribuição de trabalho e sua remuneração.

O que nos leva à conclusão de que o condenado em razão da legislação aplicável, tem garantido o seu direito de trabalhar, além de possuir a obrigação de fazê-lo, como meio de promover a cidadania e a sua ressocialização, objetivo principal da pena na moderna concepção de Estado democrático de direito, ou seja, ele também é um sujeito de direitos e a função social da pena é a sua ressocialização e não o seu banimento nefasto do convívio em sociedade.

O acórdão impugnado manteve a decisão primeva, aduzindo que:

*...omissis...*

Em qualquer regime o trabalho constitui direito-dever do preso e deve ser compatibilizado com o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Negar ao apenado o direito de apresentação semanal fazendo com que perca o trabalho, meio de sustento, em grave situação de desemprego geral, implicaria exacerbação da pena e desvio do objetivo primordial da execução, de propiciar harmônica integração social do condenado (art. 1º, da LEP).

Para que a liberação não fique incondicionada, é possível e necessário aplicar por analogia, excepcionalmente, as regras dos arts. 115 a 117 da LEP, impondo-se ao apenado a prisão domiciliar semanal, além do recolhimento à casa prisional nos finais de semana. (e- STJ fls. 184)

Aliás, esse é o mesmo entendimento adotado no parecer do Ministério Público Federal, que pode ser assim sintetizado:

Execução da pena. Trabalho externo. Regime semiaberto e prisão albergue domiciliar (art. 117 da Lei n. 7.210/1984)

1) O art. 117 da LEP, que dispõe sobre a prisão albergue domiciliar, não a prevê para a hipótese de sentenciado em cumprimento de pena em regime semiaberto e exercendo trabalho externo com vínculo empregatício.

2) O artigo 1º da LEP, a par de estabelecer que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal”, também preconiza que é sua finalidade “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”

3) Demonstrada, no caso concreto, a impossibilidade ou extrema dificuldade de se conciliar o trabalho com o regime semiaberto de cumprimento da pena, não ofende o art. 117 da LEP a concessão da denominada prisão albergue domiciliar ao sentenciado, já que, apesar de aparente colidência com esse dispositivo legal, a solução acaba por se compatibilizar com outras normas da mesma lei.

Parecer no sentido de ser negado provimento ao recurso.

...omissis...

6. A decisão do Juízo da Execução está assim fundamentada:

[...]

Compareceu a este Juízo o apenado Leonardo Beulk, dizendo, em síntese, não possuir condições financeiras de deslocar-se diariamente ao município de Espumoso, haja vista encontrar-se laborando na cidade Colorado.

Evidente é a escassez de vagas no mercado de trabalho em nosso país. De notar, que o apenado está devidamente empregado em atividade lícita, a qual exerce na cidade de Colorado-RS. Não considerar o pedido do reeducando significaria deixar-lhe à míngua, uma vez que o gasto com o deslocamento diário importa em quase todo o montante de sua renda.

[...].

Isto posto, tenho por conceder ao reeducando a apresentação semanal, devendo para tanto, apresentar-se na Casa Prisional às 12 horas do sábado, e lá permanecendo até às 07:30 min da manhã de segunda-feira, bem como feriados. (e- STJ fls. 225-228)

Assim, a decisão ora recorrida, ao conceder a prisão domiciliar, não importou em ofensa à lei federal e nem dissentiu da jurisprudência desta Corte Superior, que tem adotado o entendimento no sentido de ser possível a permissão do cumprimento da pena em regime domiciliar, *em casos excepcionais*,

que diferem do elencado no art. 117 da LEP, *hipótese dos autos*.

*Importante ressaltar que, em razão da peculiaridade do caso concreto, visando a ressocialização do condenado e levando em consideração suas condições pessoais, entendo que é possível enquadrá-lo como exceção das hipóteses discriminadas no dispositivo legal tido como violado.*

Dessa forma, não há se falar em violação ao art. 117 da Lei n. 7.210/1984.

Por outro lado, o recorrente, malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, não realizou o necessário cotejo analítico, que não se satisfaz pela mera transcrição de ementas ou trechos de votos, não restando demonstradas, assim, as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e os arestos paradigmas.

Ademais, é pacífico o entendimento segundo o qual “para apreciação do recurso especial com base em aventado dissídio pretoriano impõe-se que teses jurídicas antagônicas tenham incidência em situações concretas de absoluta similitude fática, evidenciada mediante o cotejo analítico estabelecido entre o aresto recorrido e o paradigma indicado” (EDcl no REsp n. 731.510-MA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe 09.03.2009).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

