



Jurisprudência da **Quinta Turma**

HABEAS CORPUS N. 101.024-RS (2008/0044291-2)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Cleomir de Oliveira Carrão - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: José Carlos Rodrigues da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Paciente absolvido da imputação de homicídio qualificado tentado (arts. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II, ambos do CPB). Inexigibilidade de conduta diversa reconhecida pelo Conselho de Sentença em razão da suposta traição da vítima. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Determinação, pelo tribunal *a quo*, de realização de novo julgamento. Acórdão devidamente fundamentado. Inocorrência de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. Ordem denegada.

1. Inexiste constrangimento ilegal ou violação da soberania do Júri Popular, em razão da anulação, pelo Tribunal de Justiça, da decisão absolutória do Conselho de Sentença, alicerçada unicamente na tese defensiva de inexigibilidade de conduta diversa porque a vítima estaria traindo seu ex-companheiro, o autor do homicídio, se tal argumento não encontra respaldo em qualquer elemento fático, evidenciando-se manifestamente contrário ao conjunto fático-probatório apurado na instrução.

2. A traição conjugal não respalda a ação homicida por suposta exclusão da culpabilidade fundada na *inexigibilidade de conduta diversa*.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

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 Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

DJe 29.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *José Carlos Rodrigues da Silva*, em adversidade ao acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, dando provimento ao apelo ministerial, cassou a decisão absolutória proferida pelo Conselho de Sentença e determinou a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, nos termos da seguinte ementa:

Apelação crime. Tentativa de homicídio qualificado. Réu absolvido por inexigibilidade de conduta diversa. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Acolhido.

Inexistência de sustentáculo jurídico, ao teor dos elementos probatórios coligidos para o entendimento manifestado pelo Tribunal do Júri, de que não era exigível conduta diversa. A inexigibilidade de outra conduta é situação limite quando ao réu não resta outra opção que não seja sacrificar bem alheio. No caso em tela, havia ao réu a possibilidade de agir de forma diversa da que agiu, não se podendo concluir que a situação fática em que se viu envolto o acusado, mesmo admitida a hipótese de traição conjugal, era limite ou extrema a ponto de não lhe restar outra opção que não fosse tentar sacrificar a vida alheia.

Apelo provido (fls. 59).

2. Depreende-se dos autos que o paciente foi absolvido, pelo Conselho de Sentença, da imputação de prática das condutas descritas nos arts. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II, ambos do CPB.

3. Sustenta a impetração, em síntese, inexistência de decisão absolutória manifestamente contrária à prova dos autos e de ofensa à soberania dos veredictos. Requer, ao final, seja restabelecida a decisão absolutória.

4. Indeferida a liminar (fls. 52) e prestadas as informações solicitadas (fls. 57-71), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da

República *Edinaldo de Holanda Borges*, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 73-75).

5. É o que havia para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Discute-se, no presente *Habeas Corpus*, se a anulação da decisão absolutória do ora paciente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul invadiu a competência soberana do Tribunal do Júri.

2. Consoante o art. 593, III, **d** do CPP, admite-se Apelação contra a decisão do Tribunal o Júri *manifestamente contrária à prova dos autos*. Nesse caso, nos termos do § 3º do referido artigo, o Tribunal *ad quem* dará provimento ao recurso *para sujeitar o réu a novo julgamento*.

3. É pacífico o entendimento nesta Corte de que a submissão da decisão popular ao duplo grau de jurisdição não ofende o princípio da soberania dos veredictos (HC n. 18.876-PE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 19.12.2002).

4. Todavia, a possibilidade de alteração da decisão dos jurados, ao argumento de ser manifestamente contrária à prova dos autos, não permite ao órgão revisor emitir juízo de mérito, ou seja, julgar o réu e decidir sobre sua condenação ou absolvição, tarefa que compete ao Conselho de Sentença.

5. É certo que a análise da prova é imprescindível nesses casos; com efeito, dizer se a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos impõe um mínimo de avaliação dessa prova, o que, muitas vezes, torna árdua a missão de traçar a linha divisória perfeita entre a competência do Tribunal revisor e a dos jurados. Nada obstante a dificuldade dessa tarefa, referida incursão no campo probatório é possível até o ponto suficiente para caracterizar a absoluta discrepância da decisão do Conselho de Sentença com a prova colhida, sendo inadmissível uma simples *interpretação* com o escopo de acolher uma ou outra tese possível, constituindo, essa hipótese, verdadeira afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

6. Eis a lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE:

A final, o art. 593, III, **d**, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.

Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o *error in iudicando* é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos, determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente a melhor decisão. Isso não significa, evidentemente, que a simples versão dada pelo acusado impeça que se dê provimento ao apelo da acusação. Não encontrando ela apoio na prova mais qualificada dos autos é de se prover o recurso para submeter o réu a novo Júri. A opção do Conselho de Sentença não se sustenta quando exercida indiscriminadamente, sem disciplina intelectual, em frontal incompatibilidade da decisão com a prova material inequívoca. (Código de Processo Penal interpretado, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 1.487-1.488).

7. Esse também, o entendimento perfilhado por esta Corte. Confira-se:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tribunal do júri. Desclassificação para homicídio culposo. Anulação do julgamento pelo tribunal *a quo* sob o fundamento de ter sido a opção do júri manifestamente contrária à prova dos autos. Existência de duas versões. Escolha pelo Conselho de Sentença. Soberania dos veredictos. Concessão da ordem.

1. Verifica-se nos autos a existência de duas versões a respeito dos fatos ocorridos (dolo eventual e culpa consciente), oportunizando, desta forma, ao Conselho de Sentença, a escolha da tese que lhe pareceu mais convincente, ainda que possa não ser a mais técnica ou mais justa.

2. Não estando a tese acolhida pelos jurados efetivamente divorciada das provas produzidas no processo, inadmissível é a sua reavaliação pelo Tribunal de Justiça, desconstituindo a opção do Júri, sob pena de afrontar o princípio da soberania dos veredictos, consagrado no art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal.

3. Ordem concedida para anular o acórdão impugnado e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para que seja julgada a apelação interposta pela defesa. (HC n. 39.286-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 22.08.2005).

8. Amparado por esse entendimento doutrinário e jurisprudencial, impende verificar se, no caso concreto, houve indevida usurpação da soberania do Júri, em vista da anulação, pelo Tribunal *a quo*, da decisão que absolveu o ora paciente ao entendimento de inexigibilidade de conduta diversa. E a resposta, ao meu sentir, é negativa.

9. Transcreve-se, no que interessa, o acórdão impugnado:

Pela prova coligida constata-se, com clareza, que o réu agiu impelido por motivação passional, contudo, extraem-se dos autos duas versões sobre o fato.

A versão mais robusta é a sustentada pela própria ex-companheira do acusado, Solange Carvalho de Lima (fl. 121v.), pela vítima, José dos Santos Godinho (fl. 121), bem como pelas testemunhas João Juvenal Ribeiro Godinho (fls. 106-107v.), Arquimedes Vieira de Carvalho (fls. 107v.-108) e Neusa dos Santos Godinho (fl. 153).

Tal versão dá conta de que Solange Carvalho de Lima, pouco tempo antes do fato delitivo havia se separado do réu, vundo a residir na casa de ser irmão Arquimedes, o qual era casado com Neusa, e lá acabou por iniciar relacionamento amoroso com a vítima, José, irmão de Neusa, que também residia na casa de Arquimedes. Em decorrência desta situação, por não aceitar a separação de Solange, e por constatar que Solange estava se relacionando com José, o réu, no dia do fato, à noite, teria invadido a casa de Arquimedes, pela janela do quarto onde Solange dormia com José, pondo-se a agredir José com um machado, causando-lhe graves lesões, só não o matando por circunstâncias alheias a sua vontade.

A outra versão, sustentada pelo réu, dá conta de que não havia separação alguma entre Solange e o acusado, e que este, no dia do fato, desconfiado da razão pela qual Solange não dormiria na casa do casal, decidiu segui-la até a casa de seu irmão Arquimedes, oportunidade em que flagrou-a na cama com José. Ato contínuo, a vítima, percebendo a presença do réu, teria se levantado da cama e ido em direção ao réu, aparentado ter algo nas mãos, sendo que o réu teria pego um machado da própria casa vindo a acertar golpes na vítima, fugindo na sequência.

Pois bem. A meu sentir, adotando-se qualquer das versões sobre os fatos, constantes dos autos, entendo que a decisão que acolheu a tese defensiva da inexigibilidade da conduta diversa, contrariou manifestamente a prova dos autos.

Explico.

A tese defensiva da legítima defesa putativa não foi acolhida pelos jurados, que negaram, por maioria de votos, o terceiro quesito a eles formulado. E nem poderia ser diferente, pois a vítima foi atingida na própria cama, provavelmente enquanto dormia, como demonstram as fotos das fls. 15 e 17. Logo, admitiram os jurados que o réu, intencionalmente, tentou matar a vítima em decorrência da situação que presenciou, só não logrando êxito em seu intento por razões alheias a sua vontade.

Entretanto, mesmo que os jurados tenham admitido que o réu foi alvo de uma traição conjugal, ainda assim dele seria exigível que agisse de modo diverso do que agiu.

(...).

No caso em tela, como já dito, mesmo que se admita, em tese, a traição conjugal por parte da vítima, a conduta do réu, jamais poderia ser acobertada pela excludente da inexigibilidade de conduta diversa. Caso contrário, razão outra que não a honra subjetiva, poderia ser cogitada à inexigibilidade de conduta diversa. Ora, conforme a moderna orientação jurisprudencial não há desonra do traído, senão do traidor, e mesmo que assim não fosse, a saída juridicamente possível para o caso seria a separação, e nunca uma tentativa de assassinato.

(...).

Com isso quero dizer que por qualquer das versões contidas nos autos, a do réu, praticamente isolada, ou a da vítima, amparada por boa parte da prova testemunhal, não há sustentáculo jurídico, ao teor dos elementos probatórios coligidos para o entendimento manifestado pelo Tribunal do Júri, de que não era exigível do réu conduta diversa.

Havia ao réu, sim, a possibilidade de agir de forma diversa da que agiu, não se podendo concluir que a situação fática em que o réu se viu envolto, mesmo que admitida a hipótese da traição conjugal, era limite ou extrema a ponto de não lhe restar outra opção que não fosse tentar sacrificar bem alheio, e o que é pior, vida alheia (fls. 66-70).

10. Na hipótese, o Tribunal *a quo* considerou manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados, porquanto a alegação de inexigibilidade de conduta diversa não se coaduna com o demonstrado no conjunto probatório.

11. Registre-se que, *in casu*, não se trata de versões para os mesmos fatos; ao contrário, cuida-se de uma conclusão sem qualquer amparo no conjunto das provas apresentadas e dissonante com as únicas produzidas em juízo. Já decidiu o STF que:

Não evidenciada, de forma cabal, a existência de duas versões verossímeis nos autos, afasta-se a alegação de que o acórdão impugnado, mandando o paciente a novo julgamento, tenha afrontado a soberania das decisões do Tribunal do Júri. *Habeas Corpus* indeferido (RT 568/371, Código de Processo Penal interpretado, ob. cit., p. 1.494).

12. Nesse sentido, cite-se, desta Corte:

Habeas corpus. Penal e Processo Penal. Tribunal do Júri. Homicídio qualificado. Absolvição: legítima defesa. Apelação do Ministério Público. Anulação da sentença: manifestamente contrária à prova dos autos. Princípio da soberania dos veredictos: não violação. Ordem denegada.

1. Esta Colenda Turma tem se posicionado, de forma muito criteriosa - e de outro modo não poderia ser -, em defesa da manutenção das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, impedindo que o Tribunal de Justiça viole o princípio da Soberania dos Veredictos.

2. A caracterização da violação do referido princípio implica adoção, pelo Tribunal de Justiça, de uma das versões alternativas e verossímeis, em contraposição àquela aceita pelo Júri Popular.

3. Estando, de outra parte, a decisão em completa dissociação com o conjunto probatório produzido nos autos, caracterizando arbitrariedade dos jurados, deve, o Tribunal de Justiça anulá-la, sem que isso signifique qualquer tipo de violação dos princípios constitucionais.

4. *In casu*, o impetrante não logrou demonstrar a dinâmica dos fatos ocorridos, tampouco apresentou as provas que teria lastreado a absolvição, ao contrário, colhe-se dos autos que o Tribunal de Justiça, examinando o conjunto fático-probatório, entendeu ser a tese da legítima defesa carente de sustentação probatória.

5. Ordem denegada. (HC n. 37.687-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 1º.07.2005).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Júri. Art. 121, § 1º do Código Penal. Anulação pelo e. Tribunal *a quo* do *decisum* do Conselho de Sentença. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

I. Merece ser anulado o *decisum* do Conselho de Sentença quando manifestamente contrário à prova dos autos. (Precedentes).

II. O fato de haver nos autos o depoimento de uma testemunha corroborando a tese da defesa esposada em plenário, somente poderia ser acatada pelos jurados se essa tivesse o mínimo de razoabilidade.

III. No presente caso, o e. Tribunal *a quo*, ao analisar o acervo probatório, refutou expressamente o depoimento da mencionada testemunha, tendo-o como inidôneo e ressaltando estar este em dissonância todo o restante das provas colhidas. Para que os jurados acolham uma das versões evidenciadas nos autos, é imprescindível que essa tenha o mínimo de fundamentação, o que incorre *in casu*.

Writ denegado, cassando-se a liminar anteriormente concedida. (HC n. 36.924-SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 28.02.2005).

13. Ante o exposto, denega-se a ordem, em conformidade com o parecer do MPF.

14. É como voto.

HABEAS CORPUS N. 109.738-RJ (2008/0141114-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Salvador Conti Tavares e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Márcio José Guimarães

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio qualificado tentado. Continuidade delitiva. Comprovação dos requisitos objetivos e da unidade de desígnios. Aplicação do parágrafo único do art. 71 do Código Penal. Regime integral fechado. Inconstitucionalidade.

1. Impõe-se o reconhecimento do crime continuado quando é incontroverso que os crimes foram cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, bem como evidente a unidade de desígnios. No caso, descabe concluir que o Paciente possuía uma motivação autônoma para cada crime de homicídio tentado que cometeu ao efetuar os disparos de arma de fogo contra os três policiais que o perseguiram. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. Em se tratando de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, cometidos com violência, o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva deve observar o disposto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal que autoriza ao Juiz exacerbar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas (caso dos autos), até o triplo.

3. “No que tange à hipótese do parágrafo único do art. 71 do CP, o Magistrado singular, ao fixar o percentual de acréscimo, ao contrário da hipótese prevista no caput do mesmo dispositivo legal, deve considerar o aspecto objetivo, qual seja, o número de infrações, assim como os subjetivos, caracterizados pelos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias do crime” (HC n. 69.779-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 18.06.2007), e não poderá ultrapassar a margem prevista para o

concurso material de crimes.

4. A declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, assegurou a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena nos termos artigo 112 da Lei de Execuções Penais aos crimes hediondos e equiparados praticados antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007.

5. *Habeas corpus* concedido para reconhecer a continuidade delitiva específica e determinar que o Juízo das Execuções Penais proceda o novo cálculo da pena, com suporte no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal. Ordem concedida de ofício, para afastar a imposição do regime integral fechado.

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, deferir o pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 26.04.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Márcio José Guimarães*, preso e condenado à pena de 33 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática de três tentativas do crime de homicídio qualificado e formação de quadrilha, em concurso material, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao desprover o recurso defensivo de apelação criminal, manteve *in totum* os termos da sentença penal condenatória.

O Impetrante alega, em suma, que os crimes foram praticados em continuidade delitiva. Alega que, ao contrário do entendimento do acórdão vergastado, a demonstração da unidade de desígnios não é requisito necessário para a configuração do crime continuado.

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para, “mantida a condenação, ser determinado ao Presidente do Primeiro Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que proceda à nova fixação da pena, observando-se a continuidade delitiva no que concerne aos crimes de homicídio” (fl. 07).

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fl. 66.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 76-83, opinando pela concessão da ordem, para reconhecer a continuidade delitiva e estabelecer o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Informam os autos que o Paciente foi condenado à pena de 33 anos e 6 meses de reclusão, em regime integral fechado, pela prática de três tentativas do crime de homicídio qualificado e formação de quadrilha, em concurso material, porque, nos termos da denúncia:

Na noite do dia 18 de janeiro de 2001, na descida do Viaduto Procurador José Alves Moraes, no Jacaré, próximo à Favela do Rato, os denunciados, com união de ações e desígnios, juntamente com outras pessoas não identificadas até a presente data, diante de vislumbrem a presença de policiais civis que faziam repressão da prática criminosa do “bonde”, com vontade livre e consciente de matar, efetuaram disparos de arma de fogo nos policiais *Gilvan Silva Souza*, *Adalberto da Silva Oliveira* e *João Carlos Batista Tavares*.

Um dos disparos efetuados pelos denunciados atingiu a vítima *Gilvan*, produzindo as lesões descritas no Auto de Exame de Corpo de Delito de fls. 102; as outras vítimas não foram atingidas.

Assim agindo, iniciaram os denunciados três crimes de homicídio, que não se consumaram por circunstâncias alheias às suas vontades, uma vez que a vítima *Gilvan* teve socorro eficaz e as outras não foram atingidas por erro de pontaria.

Os crimes foram praticados por motivo torpe, em razão da rivalidade existente entre traficantes e policiais que reprimem o tráfico de entorpecentes e os roubos dos automóveis utilizados para o “bonde”. (fl. 09)

O Tribunal Fluminense, vencido o Relator que anulava o julgamento plenário, manteve o veredicto dos jurados em sua totalidade, dando parcial provimento ao recurso da Defesa apenas para diminuir a reprimenda imposta pelo crime de quadrilha.

Em relação à continuidade delitiva, o voto condutor do acórdão impugnado entendeu que “correto se mostra o reconhecimento do concurso material relativamente aos crimes de homicídios qualificados tentados. Assim é porque os elementos dos autos demonstram que tais crimes decorreram de vontade e impulsos independentes do apelante Márcio José e de seus comparsas, o que afasta a hipótese de continuidade delitiva.” (fl. 53)

Pois bem, nos termos do art. 71 do Código Penal, o delito continuado evidencia-se quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie. Necessário também que os delitos guardem liame no que diz respeito ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva.

A respeito do tema surgiram algumas teorias, entre elas a teoria puramente objetiva, que abstrai os elementos subjetivos, e a teoria mista, também conhecida como híbrida, que entende ser necessária a presença de elementos objetivos e subjetivos.

Como bem explicitou a Exposição de Motivos do Código Penal no n. 59 (Lei n. 7.209/1984), o Brasil adotou, inicialmente, “o critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança”.

Contudo, posteriormente, a jurisprudência entendeu que o critério seria insuficiente, exigindo a necessidade do liame subjetivo entre as condutas. Como bem explica Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

A corrente ideal, sem dúvida, deveria ser a terceira, tendo em vista possibilitar uma autêntica diferença entre o singelo concurso material e o crime continuado;

afinal, este último exigiria a *unidade de desígnio*. Somente deveria ter direito ao reconhecimento desse benefício legal o agente criminoso que demonstrasse ao juiz o seu intuito único, o seu propósito global, vale dizer, evidenciasse que, desde o princípio, ou pelo menos durante o *iter criminis*, tinha o propósito de cometer um crime único, embora por partes. Assim, o balconista de uma loja que, pretendendo subtrair R\$ 1.000,00 do seu patrão, comete vários e contínuos pequenos furtos até atingir a almejada quantia. Completamente diferente seria a situação daquele ladrão que comete furtos variados, sem qualquer rumo ou planejamento, nem tampouco objetivo único. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 6ª ed., RT, 2006, p. 405)

Assim, esta Corte reiteradamente tem se manifestado no sentido de que, para restar caracterizada a continuidade delitiva, além dos requisitos objetivos, é necessária a demonstração da unidade de desígnios.

A propósito:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 157 do Código Penal. Progressão de regime. Tese não apreciada pela autoridade coatora. Supressão de instância. *Continuidade delitiva*. Art. 71 do CP. *Requisitos objetivos e subjetivos*. *Teoria mista (ou objetivo-subjetiva)*. Unificação de penas. Impossibilidade. Maneira de execução diversa. Elemento temporal.

I - Tendo em vista que a tese de progressão de regime não foi analisada pela autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância (Precedentes).

II - *Esta Corte vem entendendo, na dicção de sua douda maioria, que não basta para a caracterização da continuidade delitiva apenas o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva. Faz-se mister, ainda, a presença do requisito da denominada unidade de desígnios ou do vínculo subjetivo entre os eventos (Precedentes).*

III - "Não estando presentes os requisitos exigidos pelo legislador, não se configura a continuidade delitiva, mas sim a habitualidade criminosa." (HC n. 75.199-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ-MG, DJU de 15.10.2007).

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. (HC n. 93.440-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 22.04.2008; sem grifo no original)

No mesmo sentido, o seguinte julgado do Col. Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Crime continuado. Caracterização.

1. A continuidade delitiva (CP, art. 71) não pode prescindir dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução) e subjetivo (unidade de desígnios).

2. Impossibilidade de reexame, na via do *habeas corpus*, dos elementos de prova que o acórdão impugnado levou em consideração para não admitir a continuidade. Precedentes.

3. RHC improvido. (STF, RHC n. 85.577-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 02.09.2005.)

Portanto, não assiste razão ao Impetrante quando afirma que a demonstração da unidade de desígnios não é requisito necessário para a configuração do crime continuado.

Por outro lado, verifico que o Egrégio Tribunal *a quo* negou o benefício da continuidade delitiva sob o argumento de que os crimes não resultaram de um mesmo desígnio, sem, contudo, apresentar motivação para justificar a afirmação erigida.

Por isso, não obstante a afirmação do acórdão da Egrégia Corte *a quo*, a simples leitura da denúncia demonstra a existência de continuidade delitiva. É incontroverso que os crimes foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Resta evidente, também da leitura dos autos, que a motivação dos crimes foi a mesma, até porque as instâncias ordinárias não demonstraram ter ocorrido autonomia de propósitos na prática dos delitos.

No caso, não é possível concluir que o Paciente, ao efetuar os disparos de arma de fogo contra os três policiais que o perseguiram, possuía uma motivação autônoma para cada crime cometido.

No mesmo sentido é o parecer da Douta Subprocuradoria-Geral da República, que bem considerou que “não reclama exame aprofundado de provas a consideração de que o paciente agiu em continuidade delitiva, cometendo os crimes nas mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução, bem como com unidade de desígnios. Admitindo-se como imutável nesta via - uma vez mais - a apreciação dos fatos feita nas instâncias ordinárias, não há como entender que o paciente, ao efetuar os disparos de arma de fogo na direção dos policiais, desejasse ou assumisse o risco de provocar a morte de cada uma das vítimas individualizadamente” (fl. 80).

Confira-se, ainda, a jurisprudência desta Corte a respeito do tema:

Execução penal. *Habeas corpus*. Roubos majorados. Continuidade delitiva. Art. 71 do Código Penal. Requisitos objetivos preenchidos. Unificação de penas. Possibilidade.

I - No crime continuado é indispensável que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratique duas ou mais condutas delituosas de mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. (Precedentes).

II - *In casu*, o intervalo de 12 (doze) dias entre a prática dos crimes, bem como o fato das condutas terem sido praticadas em horários distintos, tendo sido o primeiro crime consumado no fim da tarde e o segundo no início, não são suficientes para reconhecer alteridade temporal. (Precedentes) III - Embora diverso o número de vítimas atingidas por cada conduta, tal circunstância, de caráter meramente acidental, não é suficiente para descaracterizar a identidade do *modus operandi* empregado, já que os delitos foram praticados pelos mesmos agentes, com emprego de arma de fogo e contra estabelecimentos comerciais localizados na mesma região administrativa.

Ordem concedida. (HC n. 101.110-DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 18.08.2008)

Recurso especial. Direito Penal. Pluralidade de delitos de roubo. Continuidade delitiva. Caracterização. Recurso provido.

1. “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.” (artigo 71 do Código Penal).

2. Como registrado no próprio acórdão impugnado, há semelhança nos modos de execução dos delitos e atendimento dos requisitos espacial e temporal, sendo certo que, embora diversos os motoristas dos veículos marca *Fiat Uno* em que eram transportados os “malotes-empresa”, o lesado de ambos os crimes, praticados na capital de São Paulo, é o *Unibanco*, inserindo-se a espécie entre as que este Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a presença dos elementos subjetivos e objetivos, incluídamente a unidade de desígnio, que determinam a caracterização da unidade do crime continuado.

3. Recurso provido. (REsp n. 620.156-SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 06.02.2006)

Penal. Homicídio qualificado. Reconhecimento de concurso material. Inocorrência. Continuidade delitiva. Configuração.

- Crime continuado é aquele no qual o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, os quais, pelas semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução, podem ser tidos como continuação dos outros (art. 71 do CP). O *modus operandi*, em tais delitos, deve ser o mesmo, sendo necessária a homogeneidade das condutas.

- No caso *sub judice*, a peça vestibular, bem como o libelo, apontam a ocorrência de um homicídio qualificado e em seguida a tentativa de cometimento de outro homicídio, pelas mesmas autoras e em circunstâncias objetivas homogêneas. Destarte, configura-se a continuidade delitiva, e não o concurso material.

- Ordem concedida para reconhecer a ocorrência de continuidade delitiva, afastando-se, assim, o concurso material. (HC n. 21.770-RJ, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 18.11.2002)

Habeas corpus. Penal. Homicídio qualificado (por três vezes). Paciente condenado à pena de 54 anos de reclusão. Inexistência de constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Antecedentes criminais. Personalidade homicida. Fundamentação idônea. Reconhecimento de continuidade delitiva. Presença dos requisitos objetivos (crimes da mesma espécie, cometidos em iguais condições de tempo, lugar e maneira de execução) e subjetivo. Unidade de desígnios verificada no fato de a ação ter sido voltada para a execução, na mesma empreitada criminosa, de todos os homens da família, por vingança. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a continuidade delitiva do art. 71, parágrafo único do CPB, fixada em definitivo a pena em 45 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

1. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *habeas corpus*, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente.

2. Destaca-se, no ponto, a acentuada culpabilidade do paciente, que teria não só premeditado o crime, como, executou as três vítimas na presença de familiares, inclusive crianças.

3. Para a configuração da continuidade delitiva, além do preenchimento, verificado na hipótese, dos requisitos objetivos enunciados pelo art. 71 do CPB - crimes de mesma espécie, cometidos em iguais condições de tempo, lugar e maneira de execução - há de estar presente um liame subjetivo, uma unidade de desígnios nos delitos perpetrados.

4. *In casu*, presente extreme de dúvidas os pressupostos objetivos, não há que se falar em autonomia de propósitos e sim em unidade de desígnios quando, nos três homicídios, o intento do agente era executar todos os homens de uma mesma família por vingança, a caracterizar, portanto, o requisito subjetivo para a configuração da continuidade delitiva.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a continuidade delitiva, mantida a pena base fixada na sentença (18 anos), aumentada uma vez (36) e mais metade (9), em razão de todas as circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao

paciente (art. 71, parág. único do CPB), perfazendo, assim, um total de 45 anos de reclusão, em regime inicial fechado. (HC n. 134.075-PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 03.11.2009)

Penal. *Habeas corpus*. Três homicídios qualificados. Crime continuado. Diversos crimes contra a vida praticados nas mesmas situações de tempo, lugar e maneira de execução. Pena-base. Circunstâncias judiciais analisadas contra os réus sem justificativa concreta. Uso de palavras sacramentais que cerceiam o contraditório e a ampla defesa. Ordem concedida para anular o acórdão e a sentença condenatória na parte relativa à fixação da pena, nos termos do voto da relatora. Mantida a prisão dos pacientes.

1. Os diferentes crimes da mesma espécie praticados mediante mais de uma ação, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução devem ser havidos em continuidade delitiva.

2. Não basta para satisfazer a necessidade de fundamentação das decisões, imposta pelo artigo 93, IX da CR, que o juiz afirme que determinada circunstância judicial milita contra o réu, sem expor exatamente as razões de decidir que conduzem a essa conclusão.

3. O exercício pleno do contraditório requer a fundamentação adequada da decisão, porque só assim a parte poderá saber se o juiz considerou ou não seus argumentos no momento de construir a decisão.

4. O exercício da ampla defesa e dos recursos a ela inerentes demanda o conhecimento das razões de decidir do julgador, para que a parte possa contra eles se insurgir em grau recursal.

5. Ordem concedida para anular o acórdão e a sentença na parte referente à fixação da pena, nos termos do voto da Relatora. Mantida a prisão dos pacientes. (HC n. 117.488-PE, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Sexta Turma, DJe 02.02.2009)

No mesmo sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Penal. Homicídios qualificados. Continuidade delitiva. Reconhecimento.

Paciente condenado por três homicídios praticados em vinte e seis de janeiro no mesmo local e nas mesmas circunstâncias.

Satisfeitos os requisitos do artigo 71 do Código Penal, impõe-se seja aplicada a regra concernente à continuidade delitiva, e não a que se refere ao concurso material.

Ordem concedida. (HC n. 93.367-RJ, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 11.03.2008, DJ de 18.04.2008)

Logo, em tendo sido constatada a presença dos pressupostos previstos no art. 71 do Código Penal, é de ser reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes.

Acrescento, todavia, que, em se tratando de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com emprego de violência, o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva deve observar o disposto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal que autoriza ao Juiz exacerbar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas (caso dos autos), até o triplo.

E, consoante a regra do parágrafo único citado, reconhecida a modalidade de concurso de crimes nele previsto, nominada pela doutrina de crime continuado específico, a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos - número de infrações praticadas - e subjetivos - antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime, e não poderá ultrapassar a margem prevista para o concurso material de crimes.

Sobre o assunto, aliás, confira-se o seguinte excerto doutrinário:

A possibilidade de haver a continuidade delitiva nas infrações penais em que o agente tenha atuado com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, contra vítimas diferentes, fez surgir a distinção entre o crime continuado simples e o crime continuado qualificado. Diz-se simples o crime continuado nas hipóteses do caput do art. 71 do Código Penal; qualificado é o crime continuado previsto no parágrafo único do art. 71 do mesmo diploma repressivo, que permite aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou mais grave, se diversas, até o triplo. (Rogério Greco - *in* Curso de Direito Penal - Parte Geral, Ed. Impetus, 4ª edição, 2004, fl. 666).

Esse magistério tem sido aplicado por esta Quinta Turma:

Execução penal. *Habeas corpus*. Roubo majorado e roubo majorado tentado. Continuidade delitiva específica. Art. 71, parágrafo único, do Código Penal. Requisitos. Unificação de penas. Possibilidade.

I - No crime continuado é indispensável que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratique duas ou mais condutas delituosas de mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. (Precedentes).

II - Na hipótese, o paciente preenche todos os requisitos para a unificação das penas.

III – “A continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, relaciona-se com os crimes continuados cometidos contra os bens personalíssimos, praticados dolosamente e com violência ou grave ameaça à pessoa, diferente da continuidade delitiva propriamente dita, prevista no seu *caput*, que cuida do tratamento jurídico penal relativo aos demais crimes praticados em continuidade delitiva.” (HC n. 69.779-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 18.06.2007).

IV - Reconhecida a modalidade de concurso de crimes prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, nominada pela doutrina de crime continuado qualificado ou específico, a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos - número de infrações praticadas - e subjetivos - antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime (Precedentes).

Ordem concedida. (HC n. 128.297-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 13.10.2009)

Criminal. HC. Homicídios qualificados tentado e consumado. Continuidade delitiva específica. Majoração da pena. Limite previsto para o concurso material observado. Ilegalidade não demonstrada. Ordem denegada.

1. Hipótese em que o paciente efetuou disparos de arma de fogo contra duas pessoas, tendo sido condenado pela prática de homicídios nas formas tentada e consumada.

2. Situação em que se verifica pluralidade delitiva de natureza dolosa, ofensa a vítimas diferentes, com emprego de violência.

3. Configurada a hipótese da continuidade delitiva específica, pode-se agravar a pena de duas formas: se forem idênticas as penas, uma delas pode ser até triplicada; se forem diversas, tal como no caso, a mais grave pode ser até triplicada.

4. O acréscimo não pode ser ilimitado, vez que não pode superar a margem prevista para o concurso material de crimes, tampouco o limite de trinta anos de reclusão.

5. Não resta configurada flagrante nulidade na espécie, posto que correta e fundamentadamente aplicada a regra da continuidade delitiva específica, conforme prevista no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, limitando-se a pena pela regra do concurso material.

6. Ordem denegada. (HC n. 36.413-RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 21.02.2005)

Por fim, com bem ressaltou o Ministério Público Federal, o regime integralmente fechado imposto pela sentença e mantido pelo acórdão impugnado também deve ser modificado, tendo em vista que a declaração

de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, assegurou a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena nos termos artigo 112 da Lei de Execuções Penais aos crimes hediondos e equiparados praticados antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para reconhecer a continuidade delitiva específica e determinar que o Juízo das Execuções Penais proceda o novo cálculo da pena, com suporte no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal. Concedo *habeas corpus*, de ofício, para afastar a imposição do regime integral fechado.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 122.442-GO (2008/0266989-1)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Belmiro César Pereira Ribeiro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: Edmar de Lima Andrade (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Dosimetria. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal sem fundamentação concreta ou com base em elementares do tipo. Constrangimento ilegal evidenciado. Sanção redimensionada.

1. Mostra-se inviável considerar como desfavoráveis ao paciente circunstâncias inerentes à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

2. Não tendo o juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavoráveis ao paciente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e tendo se utilizado

de elementares do tipo para elevar a sanção, de rigor a fixação da pena-base no mínimo legalmente previsto.

Qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CP. Reconhecimento. Competência do Conselho de Sentença. Exclusão. Impossibilidade. Soberania dos veredictos. Necessidade de exame aprofundado do conjunto probatório. Via inadequada. Inexistência de coação ilegal a ser sanada.

1. Tendo o Conselho de Sentença decidido, por cinco votos a dois, que estaria caracterizada, na espécie, a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inciso IV, do CP, e tendo o Tribunal de origem entendido que essa decisão não seria manifestamente contrária à prova dos autos, incabível a sua pretendida exclusão, por esta Corte Superior de Justiça, na via restrita do remédio constitucional.

2. Não se pode contestar a decisão emanada do Conselho de Sentença, tampouco acoimar que ilegal o acórdão impugnado que a manteve, visto que baseados no conjunto fático-probatório existentes nos autos e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o paciente efetivamente agiu, ou não, à traição, necessário o revolvimento de todo o conjunto probatório amealhado durante a instrução criminal, providência incabível em sede de *habeas corpus*, especialmente em se considerando que tal é atribuição exclusiva do Tribunal do Júri, constitucionalmente competente para dirimir os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c).

Privilégio previsto no art. 121, § 2º, do CP. Reconhecimento. Prisão preventiva. Direito de recorrer em liberdade. Matérias não discutidas pela Corte de origem. Indevida supressão de instância. *Writ* não conhecido nesses pontos.

1. Inviável a análise, por este Superior Tribunal de Justiça, do almejado reconhecimento do privilégio previsto no § 1º do art. 121 do CP, assim como do pretendido direito do réu de apelar solto, tendo em vista que essas questões não foram suscitadas perante o Tribunal de origem, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente concedida a ordem tão somente a fim de reduzir a reprimenda do paciente, tornando-a definitiva em 12 (doze) anos de reclusão, mantidos, no mais, a sentença que o condenou como incurso

nas sanções previstas no art. 121, § 2º, IV, c.c. o art. 65, III, alíneas **a** e **d**, do CP, e o aresto combatido.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 03.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Edmar de Lima Andrade*, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que, ao julgar a Apelação Criminal n. 25380/213, lá interposta pela Defesa, negou-lhe provimento, mantendo, na íntegra, a sentença que condenou o paciente à pena de 15 (quinze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por violação ao art. 121, § 2º, IV, c.c. arts. 65, III, alíneas **a** e **d**, do CP.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o Juiz-Presidente não teria aplicado devidamente a reprimenda do paciente, fixando-a no patamar de 16 anos de reclusão tão somente para não ensejar a prescrição da pretensão punitiva do Estado, visto que os fatos se deram em 1º.01.1983, a denúncia foi recebida em 14.04.1987, a sentença de pronúncia somente transitou em julgado em 22.05.2003, tendo sido levado a julgamento em 19.11.2003, salientando que o magistrado teria consignado como agravante o fato de o delito ter sido cometido na forma prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CP, o que entende indevido.

Assevera, outrossim, que o togado singular reconheceu presente a atenuante do art. 65, III, **a**, do CP, pelo que deveria ter aplicado a diminuição de pena prevista no art. 121, § 1º, do CP.

Informa que ingressará com pedido de revisão criminal em favor do paciente, circunstância que não prejudicará a apreciação do presente *mandamus*.

Assim, e alegando que a manutenção do decreto prisional do paciente não se justificaria, especialmente em se considerando suas condições pessoais favoráveis e o fato de que reclama, no presente *writ*, a redução da sanção que lhe foi imposta, o que poderá levar à extinção da sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, requereu a concessão sumária do remédio constitucional, permitindo-lhe que aguardasse em liberdade o seu julgamento, expedindo-se em favor do paciente alvará de soltura.

No mérito, pugna pela confirmação da medida de urgência, pela anulação da sentença impugnada e pela revogação da preventiva ordenada.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 676-677.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 681-689.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 691-693, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer que, no que pertine à alegada ilegalidade na aplicação da pena, “este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus*, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu”, sendo inclusive orientação pacificada que “a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu” (HC n. 77.964-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21.02.2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No caso em análise, constata-se, da leitura da sentença impugnada, que o paciente foi condenado à pena de 15 (quinze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções previstas no art. 121, § 2º, IV, c.c. o art. 65, III, alíneas **a** e **d**, do CP.

Para melhor análise da questão *sub examine*, cumpre destacar o trecho de sentença condenatória em que o juiz singular fixou a reprimenda-base do paciente, *verbis*:

Atenta às diretrizes dos artigos 59 e 68, ambos da mesma fonte legislativa, passo à dosimetria da pena, estabelecida conforme seja necessária e suficiente para reprovação da conduta.

Trata-se de acusado sadio, apto ao trabalho honesto, perfeitamente imputável, tendo plena noção de que estava agindo de forma contrária ao direito, sendo que outro comportamento era esperado de sua parte, do que disparar contra a vítima Cláudio Bezerra Duarte de forma consciente e livre, causando-lhe a morte. Assim, a sua conduta merece grande censurabilidade. Primário, de bons antecedentes. Motivos injustificados a toda evidência. Deixo de considerar a circunstância do crime, ante o reconhecimento pelo Conselho de Sentença da qualificadora da traição, evitando, assim, incorrer em bis in idem. Consequências gravíssimas, ante a morte da vítima. Vejo que não há nada nos autos que comprove satisfatoriamente que o comportamento da vítima tenha contribuído para o resultado.

Em face de tais dados, e pelo reconhecimento da qualificadora, fixo-lhe a pena acima do mínimo legal, isto é, em 16 (dezesseis) anos de reclusão.

Considerando o reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal e das atenuantes previstas no artigo 65, inciso III, letras **a** e **d**, todas do Código Penal, diminui-lhe a pena em 9 (nove) meses.

Na ausência de outras causas modificadoras da pena, fixo-a, definitivamente, em 15 (quinze) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, letra **b**, do Código Penal [...]. (fls.)

Contra essa decisão, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, pelos fundamentos a seguir expostos:

[...] a irrisignação prende-se tão somente às qualificadoras do motivo fútil e da traição.

Não abordou o recurso qualquer nulidade possível. E, se tal não foi exercitado, juntamente aos demais atos daquela fase, se viram acobertados pela preclusão objetiva. Preclusa a pronúncia para os sujeitos acusação e defesa, os autos vão a outro juízo natural: o *Júri*. E o que por ele for decidido, estará sujeito a novas inconformações.

É evidente que a matéria alegada é jurisdicionalmente relevante, só que preclusa, ante a ocorrência superveniente do juízo da causa, carecedora, portanto, de, por via própria e adequada, ser devidamente apreciada.

Ultrapassado, portanto, o momento adequado à arguição, preclusa encontra-se a matéria, sendo defeso qualquer modificação nesta fase processual.

Ao mérito.

[...]

O dirigente procedimental, após análise dos elementos da culpabilidade e das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, dosou e fixou a pena de maneira acertada, ou seja, para melhor reprovação e prevenção do crime cometido.

E a análise, mesmo que resumida, dos elementos da culpabilidade não invalida a sentença, desde que dê margem para o exercício da ampla defesa, como no caso.

Face ao exposto, acolhendo a manifestação da douda Procuradoria de Justiça, conheço da apelação para negar-lhe provimento. (fls. 411-413)

Irresignada, a Defesa ingressou com remédio constitucional perante a Corte Estadual, o qual não foi conhecido, determinando-se a remessa dos autos a esta Corte Superior de Justiça, pelas razões abaixo aduzidas:

Compulsando os autos, verifico a inadequação da via eleita, visto que esta Corte já analisou a dosimetria da pena, em grau de apelação [...], cujo trânsito em julgado se deu em data de 13 de abril de 2005 [...].

Desse modo, exaurida a competência desse Sodalício para o julgamento do remédio heróico, conforme bem asseverou a Procuradoria de Justiça Oficiante, falta a este Tribunal competência para apreciar o presente *writ*, pois, ao julgar e improver o referido recurso, tornou-se a verdadeira autoridade coatora.

[...]

Pelo exposto, acolhido o parecer do Órgão Ministerial de Cúpula, não conheço do pedido, por absoluta incompetência deste Tribunal.

Remetam-se, pois, os presentes autos ao Superior Tribunal de Justiça [...]. (fls. 667-669)

De plano, insta destacar que, no que no que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social;

personalidade do agente; motivos, circunstâncias e conseqüências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a reprimenda básica conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado.

No caso, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória, verifica-se que o magistrado singular, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavoráveis ao paciente a culpabilidade, os motivos e as conseqüências do delito, sem, contudo, ter indicado qualquer fundamento concreto para justificar as razões pelas quais as teria julgado negativas.

A Corte originária, por sua vez, limitou-se à afirmação de que “o dirigente procedimental, após análise dos elementos de culpabilidade e das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, dosou e fixou a pena de maneira acertada, ou seja, para melhor reprovação e prevenção do crime cometido” (fl. 413), razão pela qual manteve inalterada a reprimenda fixada, incorrendo, dessa forma, ambas as instâncias em flagrante ilegalidade.

Com efeito, o Juiz-Presidente considerou que a conduta do paciente mereceria “*grande censurabilidade*”, em razão de ele, “sadio, apto ao trabalho honesto, perfeitamente imputável, tendo plena noção de que estava agindo de forma contrária ao direito, sendo que outro comportamento era esperado de sua parte, ter disparado contra a vítima Cláudio Bezerra Duarte de forma consciente e livre, causando-lhe a morte” (fl. 319), o que não constitui fundamento idôneo a autorizar maior pena na primeira etapa da dosimetria, tendo em vista que o aferido pelo magistrado foi, na verdade, a culpabilidade em sentido estrito, elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, e não aquela em sentido lato - a reprovação social que o crime e seu autor merecem pela conduta criminosa praticada, observadas as suas peculiaridades -, utilizando-se, portanto, de elementos próprios do tipo para aferir negativamente essa circunstância, o que evidencia o constrangimento ilegal apontado.

Ao prosseguir na análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, o juiz de primeiro grau afirmou que os motivos do crime seriam “*injustificados a toda evidência*” (fl. 320), deixando, contudo, de apontar os elementos concretos pelos quais assim entendia, não constituindo, por isso mesmo, argumentação idônea a ensejar maior reprimenda do acusado, segundo a orientação da Quinta Turma deste Sodalício, eis que se trata de fundamento baseado em referências vagas.

A propósito, confira-se:

[...]

4. *A pena-base foi fixada acima do mínimo legal com fundamento em referências vagas sobre a personalidade e a conduta social do réu, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que as justifiquem, bem com em elementares comuns ao tipo e em maus antecedentes que não restaram devidamente comprovados nos autos.*

5. Recurso desprovido. Habeas corpus concedido de ofício para, mantida a condenação, anular o acórdão de apelação e a sentença condenatória na parte relativa à individualização da pena e determinar a adequação e a proporcionalidade da imposição da pena-base, à luz das circunstâncias judiciais desfavoráveis sobejamente reconhecidas nas instâncias ordinárias. (RHC n. 25.566-MS, Rel. Laurita Vaz, julgado em 21.05.2009, DJe 15.06.2009). (Grifos próprios)

Na mesma esteira, a Sexta Turma desta Corte Superior:

Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação inidônea. Ações penais em curso e circunstâncias inerentes ao tipo penal. Confissão espontânea. Reconhecimento e compensação com a reincidência. Regime inicial de cumprimento da pena. Ordem concedida.

1. Caracteriza constrangimento ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a apresentação de motivação idônea, não servindo para tal fim circunstâncias inerentes ao tipo penal.

[...]

4. Ordem concedida para reduzir as penas impostas aos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias multa, garantido a Luiz Carlos Hubeda Barbosa o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena. (HC n. 150.266-MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues - Desembargador convocado, julgado em 19.11.2009, DJe 07.12.2009)

Por fim, afirmou o juiz sentenciante que as consequências do delito seriam “*gravíssimas, ante a morte da vítima*” (fl. 320), o que não é de molde a autorizar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria, especialmente no referente ao homicídio, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido.

Dessa forma, justamente porque verificado que o decreto condenatório carece de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado, e tendo sido reconhecida a inexistência de qualquer circunstância judicial desfavorável, merece ser reformado nesse ponto, aplicando-se a sanção-base

do paciente no mínimo legalmente previsto, qual seja, em 12 (doze) anos de reclusão, que nestes moldes resta definitiva, já que as atenuantes reconhecidas em favor do réu não podem ser consideradas para reduzir a pena aquém do mínimo legalmente previsto na segunda etapa da dosimetria, consoante o Enunciado n. 231 deste STJ, e, ausentes causas outras modificativas da reprimenda que lhe foi imposta.

No que se refere à qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CP - homicídio cometido à traição, de emboscada -, afirma o impetrante que, “em momento algum, durante a instrução criminal, provou-se que a vítima não sabia o que poderia a ele acontecer em virtude das agressões físicas, morais e psicológicas ao paciente e sua família, tendo o fato ocorrido em local público, e não em emboscada” (fl. 19), razão pela qual entende que deveria ser afastada essa majorante.

Em que pesem os argumentos expendidos na inicial, tem-se que melhor sorte não socorre o impetrante.

No caso em apreço, verifica-se que o Conselho de Sentença, analisando as provas produzidas, de maneira soberana, entendeu, por 5 (cinco) votos a 2 (dois), que estaria caracterizada a qualificadora ora em comento (fl. 317).

E, quando do julgamento do recurso de apelação, o Tribunal Estadual entendeu que não haveria que se falar em decisão manifestamente contrária às provas dos autos, destacando que “é corrente irrefutável que, no caso de subsistirem duas ou mais versões dos fatos, os jurados estão legitimados a acolherem, por íntima convicção, aquela que lhes inspirarem maior credibilidade”, o que é decorrência lógica do próprio princípio da soberania dos veredictos, constitucionalmente assegurado em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c.

Por essas razões, não se pode contestar, na via estreita do *habeas corpus*, a decisão emanada do Conselho de Sentença, tampouco acoimar que ilegal o acórdão impugnado que a manteve, visto que baseados no conjunto fático-probatório existentes nos autos e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o paciente efetivamente agiu, ou não, à traição, necessário o revolvimento de todo o conjunto probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional, sobretudo quando o debate dessa natureza é atribuição exclusiva do Tribunal do Júri, constitucionalmente competente para dirimir os crimes dolosos contra a vida.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

[...]

7. O *Habeas Corpus* não é o meio adequado para se rever decisão soberana tomada pelo Júri Popular, pois não comporta dilação probatória; por isso, infirmar os fundamentos consignados no acórdão impugnado com o objetivo de reconhecer que o julgamento foi contrário à prova dos autos é medida que não cabe em sede de *Habeas Corpus*, marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento (HC n. 69.567-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 06.08.2007).

[...]

10. Ordem denegada. (HC n. 88.464-PR, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24.11.2008, DJe 19.12.2008)

Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Motivo fútil. Júri. Soberania dos veredictos.

Não há como na via eleita alterar a conclusão alcançada pelo Conselho de Sentença no que pertine ao reconhecimento da qualificadora do motivo fútil, porquanto, para tanto, seria indispensável ampla dilação probatória. Isso porque, a imputação descrita na acusação traduz uma hipótese que pode caracterizar a futilidade, a depender da prova amealhada.

Ordem denegada. (HC n. 81.101-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 07.02.2008, DJe 31.03.2008)

Relativamente ao almejado reconhecimento do privilégio previsto no § 1º do art. 121 do CP, verifica-se que essa questão não foi suscitada perante o Tribunal de origem, que inclusive afirmou que “a irresignação prendeu-se tão somente às qualificadoras do motivo fútil e da traição”, o que impede a análise dessa matéria por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

Ainda que assim não fosse, verifica-se que o Tribunal Popular entendeu, por 5 (cinco) votos a 2 (dois), que não estaria evidenciado, na espécie, que o paciente tivesse cometido o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, o que, por si só, afasta o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima, tendo em vista que a incumbência de decidir acerca da sua caracterização ou não é atribuída ao Conselho de Sentença.

Por fim, no que se refere à pretendida revogação da prisão cautelar do paciente, constata-se, igualmente, que essa questão não foi apreciada pela Corte de origem, de sorte que a sua análise por este Superior Tribunal de Justiça também implicaria indevida supressão de instância.

Ademais, verifica-se que o juiz singular, ao negar ao paciente o direito de recolher em liberdade, invocou elementos concretos dos autos ensejadores da necessidade da sua segregação antecipada para assegurar a aplicação da lei penal, destacando que, “antes do seu julgamento, ficou foragido por mais de dezenove anos” (fl. 320), argumento que encontra respaldo na jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que a fuga do paciente do distrito da culpa, comprovadamente demonstrada nos autos, constitui fundamento idôneo a ensejar a manutenção da medida de exceção, conforme precedente a seguir colacionado:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado. Paciente beneficiado com liberdade provisória. Evasão do distrito da culpa nas vésperas do julgamento pelo Tribunal do Júri. Decretação da prisão preventiva. Necessidade de garantir a aplicação da lei penal. Réu foragido há mais de 2 anos. Segregação cautelar devidamente justificada. Art. 312 do CPP. Precedentes do STJ. Ordem denegada.

[...]

3. A fuga do réu do distrito da culpa ou sua oposição ao chamamento processual são elementos suficientes para a decretação de sua custódia cautelar, tanto pela conveniência da instrução criminal como para garantir a aplicação da lei penal. Precedentes do STJ.

(...)

5. Ordem denegada. (HC n. 95.133-MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 17.11.2009, DJe 07.12.2009)

De se destacar, por outro lado, que em consulta à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, não há registro da interposição de qualquer ação ou recurso da decisão ora combatida perante aquele Sodalício.

Finalmente, não há o que se falar em prescrição da pretensão punitiva do Estado, em quaisquer de suas modalidades, já que, finalmente estabelecida a pena em 12 anos de reclusão, o lapso prescricional passou a ser de 16 anos, consoante o art. 109, II, do CP, prazo que não transcorreu entre os marcos prescricionais dispostos no art. 117 do CP.

Com efeito, não se passaram 16 anos entre: a) a data dos fatos, que ocorreu em 1º.01.1983 (fl. 33) e a do recebimento da denúncia, que foi em 14.04.1987 (fls. 33); b) entre este último e o dia da pronúncia, prolatada em 07.07.1995 (fl. 105); c) entre esta e a data da confirmação da sentença de pronúncia – 27.02.2003 (fl. 201); d) entre este dia e o da publicação da sentença

condenatória, ocorrida em 19.11.2003 (fl. 320); d) entre esta última e a data do acórdão que a confirmou – 17.02.2005 (fl. 413); e, por fim, e) entre este dia e o de hoje.

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do presente *habeas corpus*, e nessa extensão, dá-se parcial provimento tão somente a fim de reduzir a reprimenda do paciente, que resta definitiva em 12 (doze) anos de reclusão, mantida, no mais, a sentença que o condenou como incurso nas sanções previstas no art. 121, § 2º, IV, c.c. o art. 65, III, alíneas **a** e **d**, do CP, e o aresto combatido.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 123.373-RJ (2008/0273251-1)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Alexandre Inglez de Souza - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Demerson da Silva Dias

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio e lesões corporais na condução de veículo automotor. Crime culposo. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Favorabilidade. Imposição da pena-base no mínimo. Substituição por restritivas de direitos. Negativa. Consequências dos delitos. Circunstância não elencada no inciso III do art. 44 do CP. Ilegalidade. Constrangimento evidenciado.

1. De acordo com o art. 44, *caput* e inciso I, do CP, “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, em qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”.

2. A análise sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito deve ter por base as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, à exceção das consequências do delito e do comportamento da vítima, não reproduzidas no inciso III do art. 44 do CP.

2. Encontrando-se a negativa de substituição fulcrada unicamente em circunstância não elencada no inciso III do art. 44 do CP - as consequências do delito - e verificando-se que a reprimenda básica foi estipulada no mínimo legalmente previsto para os tipos penais violados, diante da favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, devida a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, especialmente porquanto cuida-se de delito culposos.

3. Ordem concedida para substituir a reprimenda do paciente por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e em prestação de serviços à comunidade, ambas por igual período da reclusiva, esta última em dia e horários a serem definidos pelo Juízo da Execução.

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 Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 03.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública, em favor *Demerson da Silva Dias*, contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do

Estado do Rio de Janeiro que, julgando *writ* lá ajuizado, denegou a ordem, mantendo a sentença que condenou o paciente ao cumprimento de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, como incurso nas sanções dos arts. 302 e 303, *caput*, da Lei n. 9.503/1997, na forma do art. 70 do Código Penal, sem qualquer substituição (HC n. 0910/07).

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, visto que o Tribunal não poderia deixar de reformar a sentença no ponto em que negou ao paciente a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, na medida em que o Juízo inaugural fixou a reprimenda-base no mínimo legal, por entender que eram-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do CP, todavia, negou-lhe a permuta, ao fundamento de que as conseqüências do crime foram graves.

Argumenta que, ao assim agir, o sentenciante incidiu em nítida contradição e também em equívoco, visto que o art. 44, III, do CP, não prevê as conseqüências do crime como elemento para análise da substituição, sendo, no seu entender, irrelevantes referidas conseqüências nos crimes culposos, “eis que nesses delitos a reprovabilidade recai sobre a conduta praticada e não sobre o resultado, isto é, enquanto nos crimes dolosos há um desvalor da finalidade, [...] e nos crimes culposos o desvalor é da ação” (fls. 9).

Requeru, assim, a concessão sumária da ordem, para que fosse recolhido o mandado de prisão expedido contra o paciente, até o julgamento do presente remédio constitucional, postulando, no mérito, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, confirmando-se a medida ao final, quando do julgamento definitivo do *writ*.

A liminar foi indeferida e, estando os autos devidamente instruídos, dispensou-se a solicitação de informações à autoridade impetrada.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Dos elementos que instruem os autos, constata-se que o paciente foi condenado ao cumprimento de 3 anos de reclusão, em regime aberto, e à pena de proibição de condução de veículo

automotor, por ter infringido os arts. 302, *caput*, por quatro vezes, e 303, *caput*, por duas vezes, da Lei n. 9.503/1997, c.c. art. 70 do CP, porque, no dia 21.03.2004, por volta das 2h40min, na rodovia BR 101, no entroncamento das rodovias RJ 162 e RJ 120, em Professor Souza, comarca de Casimiro de Abreu-RJ, conduzindo seu veículo, infringiu seu dever de cuidado objetivo, ingressando na contramão de direção, interceptando a trajetória do automóvel dirigido por Patrick Louzada Pinto, que trafegava em sentido contrário, em sua mão de direção, com este colidindo, vindo a causar lesões corporais naquele e nas vítimas Sheila Muzi Brito, Bruno Martins Rodrigues, Robson de Souza Rodrigues, Breno Martins Rodrigues e Jorge Luiz Azevedo Silva, as quais foram a causa eficiente da morte dos quatro últimos, somente sobrevivendo as duas primeiras, que se encontravam no carro contra o qual o denunciado colidiu (Sentença - fls. 22).

No presente *writ* a Defensoria Pública pleiteia, em suma, a substituição da sanção reclusiva por penas restritivas de direitos, objetivamente viável na espécie, uma vez que se cuida da prática de crimes culposos e, segundo o art. 44, *caput* e inciso I, do CP: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, em qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”.

Da leitura da sentença condenatória, infere-se que as circunstâncias judiciais foram consideradas todas favoráveis ao paciente, contudo, ao analisar a possibilidade de substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, o togado singular assim se manifestou:

Em tese, o condenado faria jus a aplicação do art. 43/48 do Código Penal. No entanto, as consequências do delito foram tão catastróficas e contundentes que entende este Juízo ser totalmente desaconselhável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Não estamos falando de um delito menor, mas sim de quatro homicídios e duas lesões corporais de natureza grave, embora culposas. Estaria o Judiciário prestando um desserviço à comunidade se condenasse ao pagamento de cestas básicas ou prestação de serviços. Assim, deixo de aplicar a substituição da pena. (fls. 26)

O Tribunal impetrado, por seu turno, manteve o entendimento esposado pelo Juízo sentenciante, ao analisar o pleito defensivo em sede de *habeas corpus*, ao assim se pronunciar:

Verifico que o entendimento do magistrado *a quo* se mostra, a meu ver, suficientemente fundamentado, não havendo correção a ser efetuada em sede de *Habeas Corpus*.

[...].

Na verdade, a pena aplicada foi benevolente, dada a natureza gravíssima da conduta delituosa, que extinguiu quatro vidas e lesionou, de forma grave, pela simples imprudência do paciente em conduzir seu automóvel na contramão.

Assim, a substituição requerida somente incentivará o paciente a agir com descaso, e em nada contribuirá para que o mesmo adquira consciência de que deve ter uma conduta diligente e cautelosa em todos os sentidos, principalmente na direção de um veículo. (fls. 28 e 29)

No que pertine à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, dita o art. 44, III, do Código Penal, que a pena privativa de liberdade poderá ser convertida em restritivas de direito somente quando “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Neste dispositivo, infere-se que o legislador optou por deixar ao arbítrio do julgador, dentro de seu prudente critério, a deliberação sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito, contudo não se trata de discricionariedade livre, mas vinculada, já que deve ter por base as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, à exceção, como bem observado pela impetrante, das consequências do delito e do comportamento da vítima, não reproduzidas no inciso III do art. 44 do CP.

A propósito, desta Corte Superior:

Processo Penal e Penal. *Habeas corpus*. Princípio da identidade física. Inaplicabilidade no Direito Penal. Dosimetria. Maioria das circunstâncias judiciais favoráveis. Réu primário, de bons antecedentes e boa conduta social. Personalidade. Motivação inidônea. Conseqüências não influenciam na substituição da pena privativa de liberdade. Possibilidade substitutiva. Ordem parcialmente concedida.

1- O princípio da identidade física do Juiz não foi consagrado pelo nosso Direito Processual Penal.

2- A circunstância de o réu ocultar a verdade, não produzindo prova em seu desfavor, não pode ser contra ele considerada para entendê-lo como de má personalidade.

3- *As conseqüências do crime não podem ser obstativas da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, porquanto não a contemplou o legislador com tal finalidade (art. 44, III, do CP).*

4- Se a maioria das circunstâncias judiciais milita em favor de réu não-reincidente, a substituição é um seu direito público subjetivo.

5- Ordem parcialmente concedida para determinar refazimento da pena, no que se refere à personalidade do paciente e efetuar a sua substituição.

(HC n. 91.176-RJ, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Quinta Turma, julgado em 11.12.2007, DJ 07.02.2008 p. 1 - grifamos)

A doutrina aponta na mesma direção, veja-se:

Determina também o texto legal que se mostre suficiente a substituição em face da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do condenado, bem como dos motivos e das circunstâncias do crime (art. 44, III, CP).

O último requisito legal é o de que a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos atenda ao caráter de suficiência para a reprovação e a prevenção do crime. O legislador penal tornou comuns às penas restritivas de direitos as mesmas finalidades e quase todos os mesmos indicadores que deverão nortear o juiz na individualização das penas privativas de liberdade (*excluiu apenas, como dados aferidores, as conseqüências do crime e o comportamento da vítima, que se mostrariam irrelevantes para a formação do juízo de suficiência*). [...]. Cada um desses indicadores será objeto de consideração no art. 59 do Código Penal. (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Alberto Silva Franco e outros. RT:SP, 8ª ed., 2007, p. 292 e 293 - destacamos)

Rogério Greco tem idêntico posicionamento, veja-se:

O requisito de natureza subjetiva encontra-se no inciso III do art. 44 do Código Penal, que, juntamente com os dois anteriores, possibilita a substituição desde que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

[...]

Dessa forma, a fim de encontrar a pena-base para o delito cometido pelo agente, deverá o juiz analisar, uma a uma, todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, primeiro momento do critério trifásico previsto pelo art. 68 do mesmo estatuto. Ao final das três fases, estabelecido o regime prisional, concluindo-se pela aplicação de pena não superior a quatro anos, não sendo o sentenciado reincidente em crime doloso, *o juiz deverá reavaliar as circunstâncias judiciais, à exceção das conseqüências do crime e do comportamento da vítima, cuja*

análise não foi exigida pelo inciso III do art. 44 do Código Penal, a fim de se decidir pela substituição. (Curso de Direito Penal. Parte Geral. Volume I. ed. Impetus: RJ, 9ª ed., 2007, p. 534 - grifamos)

E, na hipótese *sub examine*, como visto, tem-se que as razões expendidas pelo sentenciante, e confirmadas pelo Tribunal impetrado, para manter a negativa de substituição da reprimenda por penas alternativas mostram-se insuficientes para vedar a permuta, posto que fundadas unicamente nas consequências da ação criminosa em exame, que, embora realmente graves, já que, em razão da conduta imprudente do paciente, houve o falecimento de quatro pessoas e a ocorrência de lesões corporais graves em outras duas, não deveriam ser levadas em conta para a análise da suficiência da medida no caso concreto, especialmente em se considerando que se tratam de crimes culposos.

A simples opinião do magistrado acerca da conveniência da medida, sem mais, não tem o condão de obstar o benefício, já que, como visto, a lei não lhe atribui poder discricionário livre para decidir sobre o assunto; ao contrário, o legislador instituiu parâmetros bem claros para a permuta, consubstanciados em um juízo positivo de sua suficiência para a prevenção e repressão da conduta incriminada, enumerando taxativamente os elementos que devem ser considerados nessa análise e que, sendo positivos, como ocorre na hipótese presente, já que, quando da aplicação da pena-base, todas as circunstâncias judiciais foram sopesadas favoravelmente, inclusive as consequências do delito, mostra-se devida a concessão da permuta.

Nesse contexto, encontrando-se a negativa de substituição fulcrada unicamente em circunstância não elencada no inciso III do art. 44 do CP e verificando-se que a reprimenda básica foi estipulada no mínimo legalmente previsto para os tipos penais violados, de ser concedida a ordem para substituir a reprimenda do paciente por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e em prestação de serviços à comunidade, ambas por igual período da reclusiva, e esta última em dia e horários a serem definidos pelo Juízo da Execução.

Diante do exposto, concede-se a ordem para substituir a reprimenda do paciente por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e em prestação de serviços à comunidade, ambas por igual período da reclusiva, esta última em dia e horários a serem definidos pelo Juízo da Execução.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 138.089-SC (2009/0106982-9)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Cláudio Gastão da Rosa Filho e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: José Wodzinsky (preso)

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 396-A do CPP. Lei n. 11.719/2008. Denúncia. Recebimento. Momento processual. Art. 396 do CPP. Resposta do acusado. Preliminares. Motivação. Ausência de constrangimento ilegal.

I - A par da divergência doutrinária instaurada, na linha do entendimento majoritário (**Andrey Borges de Mendonça; Leandro Galluzzi dos Santos; Walter Nunes da Silva Junior; Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto**), é de se entender que o recebimento da denúncia se opera na fase do art. 396 do Código de Processo Penal.

II - Apresentada resposta pelo réu nos termos do art. 396-A do mesmo diploma legal, não verificando o julgador ser o caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito, designando data para a audiência a ser realizada.

III - A fundamentação referente à rejeição das teses defensivas, nesta fase, deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejudgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime.

IV - No caso concreto a decisão combatida está fundamentada, ainda que de forma sucinta.

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

unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 22.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *José Wodzinsky*, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Depreende-se dos autos que após ter sido denunciado, foi aberto prazo para que o paciente oferecesse defesa nos termos do art. 396-A do CPP.

Ao assim proceder, a defesa levantou diversas preliminares e requereu, ao final, o não recebimento da peça vestibular, ao argumento de ausência de justa causa para a ação penal.

A Magistrada condutora do feito, não vislumbrando hipótese de absolvição sumária, determinou o prosseguimento do feito.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* alegando, em breve síntese, que a decisão exarada não estaria fundamentada, haja vista que não foram enfrentadas as questões preliminares apontadas na defesa apresentada.

O e. Tribunal de origem denegou a ordem em v. acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Pretendida declaração de nulidade da decisão que recebeu a denúncia. Ausência de fundamentação. Desnecessidade. Decisão interlocutória na qual o magistrado deve analisar a existência dos requisitos do art. 41 do CPP. Obediência, ademais, ao novo procedimento dado pela Lei n. 11.719/2008. Eiva inexistente. Ordem denegada.

“O despacho de recebimento da denúncia, por sua natureza interlocutória simples, prescinde da fundamentação a que alude o art. 93, IX, da CF/1988, até porque o Juiz, ao deflagrar a ação penal, não pode incidir em pré-julgamento da matéria criminal objeto da inicial acusatória” (HC n. 00.004158-0, de Otacílio Costa, rel. Des. Jorge Mussi). (fl. 141).

Daí o presente *writ* por meio do qual os impetrantes renovam as alegações dirigidas anteriormente ao e. Tribunal *a quo*. Desse modo, apontam ausência de fundamentação da decisão quanto ao exame das preliminares destacadas na defesa oferecida.

Asseveram que “é evidente que não basta cumprir a formalidade, abrindo-se o prazo para responder a acusação, disposto no art. 396 do CPP, é necessário que, de maneira fundamentada, sejam analisados todos os argumentos contidos na peça vestibular defensiva, sob pena de renegar ao mundo da ficção legal o art. 396 e o art. 396-A, do mesmo diploma legal.”

Buscam, ao final, a concessão da ordem para que seja anulada a decisão atacada.

O pedido liminar foi indeferido (fl.154-155).

Informações prestadas às fls.163-164.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A defesa se insurge contra a r. decisão que, ao determinar o prosseguimento do feito, não teria enfrentado adequadamente as preliminares levantadas na resposta oferecida pelo denunciado.

Com efeito, alegou a defesa:

a) nulidade do feito em razão das investigações terem sido conduzidas pelo Ministério Público e,

b) excesso de prazo na duração das escutas telefônicas.

A magistrada condutora do feito, em contrapartida, consignou:

R.h.

Vistos para despacho

l. A despeito das nulidades argüidas pelas ilustradas defesas em sede de preliminar, consigno que não são de molde a ensejar a absolvição sumária de nenhum dos acusados.

Apenas para registrar, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida pelo Min. Felix Fisher no Habeas Corpus n. 123.501-SC (2008/0274096-5) impetrado pela ré Jurema Wulf já se pronunciou quanto à legalidade da investigação conduzida pelo Ministério Público, bem como quanto à suficiência da fundamentação das decisões que concederam a prorrogação das escutas telefônicas, *in verbis*:

Quanto à alegação de nulidade do procedimento administrativo de investigação que embasou a denúncia, por ter sido instaurado e realizado, exclusivamente, no âmbito do Ministério Público, o entendimento assente no âmbito desta Corte é no sentido de que, por força de expressa previsão constitucional e legal, o *Parquet* possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo de investigação e conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de *dominus litis* (REsp n. 610.072-MG, 5ª Turma, Re. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 24.11.2008; HC n. 94.810-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 13.10.2008; HC n. 92.952-RN, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, DJe 08.09.2008; RHC n. 19.136-MG, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 14.05.2007).

No que se refere à alegação de nulidade da decisão judicial que autorizou a realização das escutas telefônicas, bem como de suas sucessivas prorrogações, por carência de fundamentação, em exame perfunctório, não vislumbro qualquer eiva de nulidade, estando as decisões, aparentemente, suficientemente fundamentadas.

II. Desta forma, mister se faz o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos. (fls. 120-121).

Verifica-se, de forma cristalina, que a decisão combatida, ainda que de forma sucinta, analisou as preliminares levantadas pela defesa e, dessa forma, não as acolhendo, determinou o prosseguimento do feito.

Nulidade, portanto, não há.

Vale ressaltar, por oportuno, que com a recente reforma promovida no Código de Processo Penal (Lei n. 11.719/2008) instaurou-se, em sede doutrinária, polêmica relativa ao momento em que se daria o recebimento da denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público. Isso porque tanto o art. 396 quanto o 399 fazem menção ao referido ato processual. Aquele, antes da resposta do réu, e este, após.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró bem sintetizou a polêmica:

Definida em quais situações o juiz deve rejeitar a denúncia ou queixa, cabe analisar qual o primeiro momento em que o juiz deverá fazê-lo ou, ao contrário, em que situação a peça acusatória deverá ser recebida.

Exatamente neste ponto, a reforma do Código de Processo Penal tem causado uma grande celeuma: a contradição evidente entre o art. 396, *caput*, e o art. 399, posto que ambos se referem ao recebimento da denúncia, em dois momentos distintos.

O novo art. 396 dispõe: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.” (destacamos)

Por sua vez, depois da resposta (art. 396-A, CPP), não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397, CPP), o novo art. 399 dispõe: “Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.” (destacamos)

Não há como coexistirem dois recebimentos da denúncia. (*in* “Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 76, jan-fev 2009”, Editora RT)

Neste ponto, acompanho a doutrina majoritária que afirma ser o momento adequado ao recebimento da denúncia o previsto no art. 396 do CPP, portanto, tão logo oferecida a acusação, e antes da citação do acusado, ante a previsão expressa, recebê-la-á, insere no dispositivo.

Nesta senda ensina a doutrina:

Assim, uma vez oferecida a denúncia, e não vislumbrando o magistrado as hipóteses de rejeição de que trata o art. 395, ele deverá receber a peça, com todos os seus efeitos, inclusive o de interromper a prescrição. (**Leandro Galluzzi dos Santos** *in* “As reformas no processo penal - As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma”. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Editora RT, São Paulo: 2008, p. 323).

De toda sorte, o melhor mesmo é que, antes mesmo da resposta do acusado, haja a oportunidade para que o juiz se pronuncie, nas apenas pela rejeição como era a proposta original do Executivo, como, igualmente, se for o caso, pelo recebimento da ação penal, o que, aliás, é a regra (**Walter Nunes da Silva Junior** *in* “Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri”, Editora Renovar, Rio de Janeiro: 2009, p. 90).

Além destes: **Andrey Borges de Mendonça** in “*Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*”. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 267-268; **Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto** in “*Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*”. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 338.

Por conseguinte, não há razão lógica para se alterar o entendimento, aliás, de longa data firmado na jurisprudência, tanto desta Corte, quanto a do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a decisão que recebe a denúncia dispensa fundamentação.

Neste sentido, *v.g.*:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Recebimento da denúncia. Desnecessidade. Ausência de intimação para constituir novo defensor e da defensora dativa para tomar ciência da sentença condenatória. Defesa técnica deficiente. Nulidades. Não-ocorrência. Constrangimento ilegal não-configurado. Ordem denegada.

1. Em virtude de sua natureza interlocutória, o juízo positivo de admissibilidade da acusação penal prescinde de fundamentação, salvo na ação penal de competência originária de Tribunal. Precedentes do STJ e do STF.

(...)

5. Ordem denegada.

(HC n. 119.226-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 08.09.2009).

Nestes termos, foi recebida a denúncia, na fase do art. 396 do CPP, e determinada a citação do paciente para o oferecimento de resposta (fl. 87).

Não obstante, com a inovação trazida ao procedimento, não mais se limita a defesa a apresentar defesa prévia, de conteúdo reduzido que, na prática, não implicava, regra geral, em atuação defensiva relevante. Agora, a teor do disposto no art. 396-A do CPP, poderá o acusado “arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.”

Abre-se, então, ao Magistrado, a possibilidade de absolver sumariamente o réu quando verificar: *i*) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude; *ii*) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; *iii*) que o fato narrado não constitui crime ou *iv*) extinta a punibilidade do agente. Poderá também, segundo preconiza abalizada

doutrina, rever, após as alegações defensivas, a presença das condições da ação e pressupostos processuais.

Dessarte, a nova regulamentação do tema permite concluir que, uma vez não verificadas as hipóteses de absolvição sumária, deverá dar-se, mais uma vez, seguimento ao feito, designado-se data para a audiência a ser realizada.

Chega-se ao ponto nevrálgico da impetração, consistente em definir se a rejeição das teses da defesa veiculadas na resposta necessita ser fundamentada.

Tenho para mim que se não fosse necessário exigir que o Magistrado apreciasse as questões relevantes trazidas pela defesa - sejam preliminares ou questões de mérito - seria inócua a previsão normativa que assegura o oferecimento de resposta ao acusado.

Por outro lado, contudo, não se pode olvidar que a manifestação judicial se dará em fase embrionária do feito, momento em que ainda não terá ocorrido a instrução probatória, revelando que o momento, salvo raras exceções, não permitirá ao juiz externar um juízo conclusivo sobre a *quaestio*.

Por tal motivo, a fundamentação referente à rejeição das teses defensivas, nesta fase, há de ser concisa, limitando-se a demonstrar, por via oblíqua, a admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejudgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime.

Dessa forma, tenho que no caso concreto não há nulidade por falta de fundamentação, uma vez que a decisão fustigada apreciou, ainda que em juízo de prelibação, as teses defensivas, concluindo, a seguir, pelo prosseguimento do feito.

Ante o exposto, *deneço* a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 139.667-RJ (2009/0118642-1)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Márcia Dinis e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Nelson Roberto Nogueira Mucury Gracio

EMENTA

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Exercício ilegal da medicina. Tráfico de drogas. Trancamento da ação penal quanto ao crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Impossibilidade. Substâncias prescritas previstas na Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) na lista “C1” que trata das substâncias sujeitas a controle especial e que de acordo com os arts. 1º, parágrafo único e 66, caput, ambos da Lei n. 11.343/2006 são consideradas drogas. Prescindibilidade de realização de exame pericial para a constatação de que tais substâncias podem causar dependência. Dado verificado a partir da mera constatação de que tais substâncias encontram-se elencadas na referida listagem administrativa. Possibilidade de *concurso formal* entre os crimes previstos no art. 282 do Código Penal e no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. *Precedente desta Corte.*

I - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC n. 901.320-MG, *Primeira Turma*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25.05.2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC n. 87.324-SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU de 18.05.2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC n. 91.634-GO, *Segunda Turma*, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05.10.2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC n. 88.139-MG, *Primeira Turma*, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17.11.2006).

II - A Lei n. 11.343/2006, diferentemente das anteriores leis de drogas que visavam reprimir e prevenir o tráfico e o uso indevido, frise-se, de *substâncias entorpecentes ou que determinassem dependência física ou psíquica*, expressamente se vale da expressão tráfico de “*drogas*”, *denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde*, definindo como tais as *substâncias ou os produtos capazes de*

causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006), sendo certo que, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998. Ou seja, de acordo com a Lei de Drogas em vigor entende-se por drogas aquelas substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

III - “De acordo com art. 66 da Lei n. 11.343/2006, ampliou-se o rol de substâncias abarcadas pela criminalidade de tóxicos, incluindo-se aquelas sob controle especial.” (HC n. 86.215-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 08.09.2008).

IV - A simples verificação de que as substâncias prescritas pelo paciente encontram-se elencadas na Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) na lista C1, que trata das *substâncias sujeitas a controle especial*, é suficiente para a sua caracterização como *droga*, sendo prescindível a realização de exame pericial para a constatação de que tais substâncias, *efetivamente*, causam dependência. O exame pericial será necessário para que *outros dados* (v.g.: natureza e quantidade da substância apreendida, potencialidade tóxica, etc), *que não a possibilidade de causar dependência*, sejam aferidos, porquanto esse último ponto já é respondido a partir da previsão da substância nas listas mencionadas.

V - Com a mera previsão da substância no complemento da norma penal em branco, afasta-se a necessidade, e até mesmo a possibilidade de, a partir da realização de exame pericial aduzir-se se a substância, frise-se, expressamente prevista na *listagem administrativa* (expressão cunhada por **Vicente Greco Filho** in “Lei de Drogas Anotada, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 14) possui ou não capacidade de causar dependência. Esse dado é aferido pela simples inclusão de qualquer substância na destacada lista. Essa interpretação é obtida pela interpretação literal do *art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006* onde se lê que “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, *assim*

especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.”

VI - Note-se que a própria *Lei de Drogas* quando trata tanto do *laudo de constatação* (art. 50, § 1º), como do *laudo definitivo* (art. 58, § 1º) apenas se refere a *natureza e quantidade da substância apreendida*, é dizer, a própria materialidade do delito, não fazendo qualquer referência a necessidade, por óbvio inexistente, de demonstração da capacidade da substância de causar dependência, porquanto, essa indagação é satisfatoriamente respondida com a constatação de que a substância apreendida encontra-se prevista no *complemento da norma penal em branco*.

VII - O tipo penal previsto no *art. 282 do Código Penal* (exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica) pune a conduta daquele que *sem autorização legal*, é dizer, sem qualquer título de habilitação ou sem registro deste na repartição competente (**Nelson Hungria** in “Comentários ao Código Penal - Volume IX”, Ed. Forense, 2ª edição, 1959, p. 145), ou ainda, *exorbitando os limites desta*, exerce, ainda que à título gratuito a profissão de médico, dentista ou farmacêutico. Trata-se de *crime de perigo abstrato, habitual*, que procura tutelar a *saúde pública* do dano que pode resultar do exercício ilegal e abusivo da medicina, bem como da arte dentária ou farmacêutica (**Heleno Cláudio Fragoso** in “Lições de Direito Penal - Parte Especial - Volume II”, Ed. Forense, 1ª edição, 1989, p. 275) cuja prática em concurso formal com o delito de tráfico de drogas é perfeitamente possível.

VIII - Não existe a vinculação necessária, que se pretende estabelecer, da prática do crime previsto no art. 282 do Código Penal com o crime de tráfico de drogas. De fato, não se exige para a configuração do crime de exercício ilegal da medicina que o agente prescreva substância tida pela legislação como droga para os fins da Lei n. 11.343/2006. O vulgar exercício da medicina por parte daquele que não possui autorização legal para tanto é suficiente para a delimitação do tipo em destaque. Se o agente ao exercer irregularmente a medicina ainda prescreve droga, resta configurado, em tese, conforme já reconhecido por esta Corte em outra oportunidade (HC n. 9.126-GO, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 13.08.2001) o

concurso formal entre o art. 282 do Código Penal e o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

Habeas corpus denegado. Cassada a medida liminar anteriormente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem, cassar a liminar anteriormente deferida. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Ricardo Cerqueira (p/ pacte)

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 1º.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Nelson Roberto Nogueira Mucury Gracio*, denunciado como incurso nas sanções do *art. 282 do Código Penal* e do *art. 33 da Lei n. 11.343/2006*, em face de v. acórdão prolatado pela c. 4ª Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos do *writ* n. 3119/09 e que restou assim ementado:

Ementa: *Habeas-corpus*. Crimes de exercício ilegal de medicina e de tráfico ilícito de entorpecentes na modalidade de prescrever denúncia recebida. Indeferimento de pedido de prisão preventiva. Pedido de trancamento da ação penal quanto ao crime da Lei de Drogas e ainda de concessão do benefício de transação penal no delito remanescente. Alegação de ausência de justa causa porque as substâncias prescritas não são consideradas capazes de causar dependência física ou psíquica, além de não haver prova da materialidade. Ação penal iniciada com prova documental que contém indícios de autoria e materialidade. Via estreita do *habeas-corpus* que impede o exame aprofundado das provas constrangimento *illegal*. Inexistência. Ordem denegada. (fl. 101).

Nas razões do presente *mandamus* argumentam os impetrantes que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, porquanto

A falta de justa causa dá ação penal impetrada é perceptível *primus ictus oculi*: o tipo previsto no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, que define as modalidades do crime de tráfico de drogas, por ser uma norma penal em branco, é complementado pela Portaria n. 344/1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), do Ministério da Saúde (doc. n. 04), onde estão relacionadas, dentre outras, as substâncias que causam dependência física ou psíquica.

De acordo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, as substâncias entorpecentes e psicotrópicas, classificadas nas listas A-I, A-2, A-3, B-I, B-2, da Portaria n. 344/1998, são as que podem determinar dependência física ou psíquica.

O art. 1º, da Lei n. 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, define, em seu parágrafo único, o conceito de drogas, nos seguintes termos:

Art. 1º (*omissis*)

Parágrafo único: Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

A expressão “drogas”, tratada no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, refere-se, exclusivamente, às substâncias capazes de causar dependência física ou psíquica. Drogas, portanto, são exatamente as substâncias entorpecentes e psicotrópicas listadas na Portaria n. 344/1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

As substâncias supostamente prescritas pelo Paciente, embora submetidas a controle especial pela Portaria n. 344/1998 da Anvisa, não são substâncias que geram dependência química ou psíquica (doc. n. 04). São substâncias controladas somente porque podem causar efeitos colaterais e, portanto, estão classificadas na lista C-1 da referida Portaria e não entre as consideradas entorpecentes e psicotrópicas, para fins da Lei n. 11.343/2006.

A prescrição de “cloridrato de fluoxetina” e “risperidona”, em tese, poderia até caracterizar a conduta típica do crime de exercício ilegal da medicina, mas nunca tráfico de drogas, haja vista que tais substâncias não se enquadram dentre aquelas capazes de causar dependência física ou psíquica, conforme disposto no parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 11.343/2006.

Verifica-se, *in casu*, ao menos em relação à imputação de tráfico de drogas, a manifesta ausência de justa causa para a deflagração de ação penal, em razão da atipicidade da conduta atribuída ao Paciente na denúncia. (fls. 11-12).

Aduzem, ainda, que “o constrangimento ilegal decorrente da instauração de ação penal contra o Paciente por fato atípico toma-se ainda maior diante da ausência da prova da materialidade do delito, consubstanciada na inexistência de laudo pericial, o que viola o princípio constitucional do devido processo legal.” (fl. 12).

Por fim, sustentam que

o que se verifica nos autos da ação penal impugnada é uma única conduta duplamente tipificada. Isto é, o Paciente foi denunciado porque teria, em tese, sem ser médico, receitado medicamento a paciente que estava sob tratamento psicoterapêutico.

De fato, consta da denúncia que o Paciente estaria exercendo a atividade de médico psiquiatra, porém, a única conduta que se narra é a de prescrever remédio em receituário cujo CRM não lhe pertencia. *Não há qualquer descrição de conduta da qual se pudesse inferir o dolo para traficar entorpecentes.* (fl. 14).

Requerem, assim, a concessão da ordem para trancar a ação penal em relação ao delito de tráfico ilícito de drogas.

Medida liminar concedida à fl. 86.

Informações prestadas pela autoridade tida como coatora às fls. 93-94.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela *denegação da ordem* em parecer assim ementado:

Ementa: Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Exercício ilegal de medicina. Prescrição ilegal de substância sujeita a controle especial. Conduta que se insere no tipo penal do tráfico de drogas. Portaria/Anvisa n. 344, de 12 de maio de 1998. Inteligência do art. 66 da Lei n. 11.343/2006. Pedido de trancamento da ação penal por de atipicidade da conduta. Improcedência. Precedentes dessa egrégia Corte.

1. Esse Colendo Superior Tribunal entende que “o trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito” (RHC n. 18.477-SP).

2. Ao contrário do asseverado pelo Tribunal *a quo*, verifica-se que analisar a tese de atipicidade da conduta *não* pressupõe *dilação* probatória, porque é necessária apenas a confrontação do tipo penal estabelecido no art. 33 da Lei n.

11.343/2006, bem como o exame das listagens contidas na Portaria/Anvisa n. 244, de 12 de maio de 1998, e a aplicação do disposto no art. 66 da Lei n. 11.343/2006.

3. Do preâmbulo da Lei n. 11.343/2006 consta que esta “institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre *Drogas* - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de **drogas**; define crimes e dá outras providências.”

4. Por sua vez, o tipo penal do tráfico está definido da seguinte maneira: “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, *prescrever*, ministrar, entregar a consumo ou fornecer **drogas**, ainda que gratuitamente, *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*.”

5. No que se refere à definição legal da palavra “drogas”, dispõe o art. 66 do citado diploma legal: “para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se **drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998**.”

6. A lei que criminaliza o tráfico não menciona, especificamente, o termo “entorpecentes”, no sentido que tipificar condutas que envolvam apenas esse tipo de substância. Ao contrário, a lei foi mais geral - e não poderia ser de outra maneira - e utiliza do termo “droga” com o intuito de abranger *todas* as substâncias listadas na Portaria/Anvisa n. 344, de 12 de maio de 1998. Precedente desse Colendo STJ (HC n. 86.215-RJ). A conduta do paciente, portanto, é típica para o tráfico de drogas porque prescreveu à vítima, como se médico fosse, substância sujeita a controle especial.

7. Parecer pela denegação da ordem. (fls. 108-109).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Busca-se, no presente *writ*, o reconhecimento de que as substâncias prescritas pelo paciente (cloridrato de fluoxetina e risperidona) por não serem capazes de causar dependência química ou psíquica não são consideradas drogas para os fins da Lei n. 11.343/2006 e que é de se reconhecer a absorção do delito de tráfico de drogas pelo crime de exercício ilegal de medicina, porquanto “a única conduta que se narra é a de prescrever remédio em receituário cujo CRM não lhe pertencia. *Não há qualquer descrição de conduta da qual se pudesse inferir o dolo para traficar entorpecentes*.” (fl. 14)

Pretende-se, assim, a concessão da ordem para que seja determinado o trancamento da ação penal em relação ao delito de tráfico de drogas.

Confirmam-se, inicialmente, os seguintes *excertos doutrinários*:

Marcellus Polastri Lima (*in Curso de Processo Penal*, vol. 1, 2ª edição, Lumen Juris, 2003, p. 205-208) assim trata do tema:

A justa causa, tem sido identificada pela doutrina como o próprio interesse de agir, e mesmo com as demais condições para o exercício do direito de ação, consoante já se via do entendimento de José Barcelos de Souza, *verbis*:

A expressão é útil e cabível, podendo ser usada perfeitamente para exprimir a ausência não apenas daquela condição (falta de interesse de agir), mas de *qualquer das condições para o exercício da ação penal*. (destaque nosso)

Tal interpretação se dá em virtude de que o art. 648, I, do CPP, que trata do *habeas-corpus*, prevê que existirá *coação ilegal* quando não houver *justa causa*.

De acordo com Frederico Marques:

Sem que o *fumus boni juris* ampare a imputação, dando-lhe contornos de imputação razoável, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou a queixa não pode ser admitida ou recebida.

O antigo anteprojeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei n. 1.655 de 1983), sob a influência do citado professor, adotava e identificava a justa causa como fundamento razoável e o legítimo interesse, consoante se vê da exposição de motivos, assim ficando redigido o parágrafo único do art. 7º:

A acusação deve ser rejeitada de plano, por ausência de justa causa, se não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse.

Verdade que a justa causa em sentido amplo, na forma do previsto no art. 648 do CPP, serve para designar a existência das condições da ação, de forma a identificar a imputação razoável, por outro lado, porém em *sentido estrito*, parte da doutrina a erige em verdadeira condição autônoma para exercício da ação penal.

E foi o professor Afranio Silva Jardim quem primeiro erigiu a justa causa como condição autônoma para o exercício da ação penal, identificando-a com a exigência do lastro mínimo de prova que fornece arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado.

Porém tal é refutado por José Barcelos de Souza:

Também não é justa causa uma condição autônoma, uma quarta condição da ação.

Com efeito, denúncia ou queixa que não descrever fato criminoso em tese se mostra inépta, não podendo a aptidão de uma inicial ser erigida em condições da ação.

Do mesmo modo, a questão da justiça do processo em face da prova, matéria que diz respeito ao processo, não pode ser tratada como condição da ação.

Se parece correto afirmar que, ontologicamente, não seria a justa causa uma quarta condição da ação, no processo penal é incabível o exercício da ação penal sem um lastro probatório mínimo, apesar de não haver tal exigência em lei.

E é o próprio José Barcelos de Souza que reconhece:

...é aí que a justa causa se apresenta no seu sentido próprio de requisito particular de admissibilidade - demanda com causa de pedir não destoante da prova - uma peculiaridade do processo penal sem correspondência no processo civil. A decisão de rejeição, fundada na prova, não é sentença de improcedência. A decisão é simplesmente de admissibilidade.

Portanto, mesmo se não considerada a justa causa como quarta condição da ação, no processo penal, para recebimento da inicial é, como as condições da ação, exigida como condição de admissibilidade.

Obviamente que não se fará aqui exame de mérito, na forma do art. 386 do CPP, pois não se trata de se aferir procedência da imputação com juízo de mérito, e sim de se averiguar se há *suporte probatório mínimo para a imputação*, ou seja se o fato narrado está embasado no *mínimo de prova*, se encontra correspondência em inquérito ou peça de informação.

Destarte, o juiz não poderá fazer confronto de provas, ou averiguar se estas são boas ou não, mas apenas verificar se a imputação foi lastreada em elementos colhidos, mesmo que isolados ou contraditados, sem juízo de mérito, pois, como é evidente, não pode haver imputação gratuita, sem arrimo algum, ou mesmo que narre fato completamente diverso daquele apurado.

Trata-se, na verdade do mesmo *fundamento razoável* a que se referia Frederico Marques, que assim já definia a justa causa, aqui identificada com fundamento em elementos razoáveis ou mínimos.

Guilherme de Souza Nucci (*in Código de Processo Penal Comentado*, Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2003, p. 648), sobre a ausência de justa causa, assevera:

Desdobra-se a questão em dois aspectos: a) justa causa para a ordem proferida, que resultou em coação contra alguém; b) justa causa para a existência

de processo ou investigação contra alguém, sem que haja lastro probatório suficiente. Na primeira situação, a falta de justa causa baseia-se na inexistência de provas ou de requisitos legais par que alguém seja detido ou submetido a constrangimento (ex.: decreta-se a preventiva sem que os motivos do art. 312 do CPP estejam nitidamente demonstrados nos autos). Na segunda hipótese, a ausência de justa causa concentra-se na carência de provas a sustentar a existência e manutenção da investigação policial ou do processo criminal. Se a falta de justa causa envolver apenas uma decisão, contra esta será concedida a ordem de *habeas corpus*. Caso diga respeito à ação ou investigação em si, concede-se a ordem para o trancamento do processo ou procedimento.

Júlio Fabbrini Mirabete (*in Processo Penal*, 14ª edição, Atlas, 2003, p. 138-139) destaca:

Ultimamente tem se incluído como causa de rejeição da denúncia ou da queixa por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir) a inexistência de elementos indiciários que amparem a acusação. É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova que demonstre ser ela viável; é preciso que haja *fumus boni iuris* para que a ação penal tenha condições de viabilidade pois, do contrário, não há justa causa. Tem-se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e a autoria, para que opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando, por exemplo, o simples oferecimento da versão do queixoso. Evidentemente não se exige prova plena nem um exame aprofundado e valorativo dos elementos contidos no inquérito policial ou peças de informação, sendo suficientes elementos que tornam verossímil a acusação.

Nessa linha, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC n. 901.320-MG, *Primeira Turma*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25.05.2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC n. 87.324-SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU de 18.05.2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC n. 91.634-GO, *Segunda Turma*, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05.10.2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC n. 88.139-MG,

Primeira Turma, Rel. *Min. Carlos Britto*, DJU de 17.11.2006), o que não é o caso apresentado nos autos.

Confira-se, por oportuno a *imputatio facti* descrita na denúncia:

Por período de tempo ainda não determinado, mas pelo menos entre o ano de 2006 e até o final do ano de 2007, no consultório situado na Rua Álvaro Alvim, n. 37, sala 1307, no bairro da Cinelândia, nessa comarca, o ora denunciado, livre e conscientemente, exercia a profissão de médico psiquiatra, sem possuir autorização legal.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o ora denunciado, livre e conscientemente, por diversas vezes, em desígnios criminosos autônomos, prescrevia drogas, sem autorização em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta do presente procedimento que o denunciado exercia a profissão de psiquiatra, atendendo a diversos pacientes, utilizando para tanto, do n. de registro no Conselho Regional de medicina do médico Luiz Tadashi Nakamura e de diversos documentos classificados. Insta observar que, inclusive, o denunciado conseguiu se filiar ao Riostoc (Riostoc é um grupo aberto, de ajuda voluntária, que se propõe a melhorar a qualidade de vida dos pacientes que apresentam Transtorno Obsessivo compulsivo e Síndrome de Tourette), que funciona junto ao Hospital Phillipe Pinnel, localizado no bairro de Botafogo.

Apurou-se ainda, que neste período, o denunciado prescreveu diversos medicamentos controlados aos seus pacientes, através da expedição de receituário de controle especial.

Os fatos somente foram descobertos porque, no mês de junho de 2007, em razão de indicação do Riostoc, Luiz Américo P. Quintiere levou seu irmão, Roberto Henrique P. Quintiere (diagnosticado com Transtorno Obsessivo Compulsivo, desde o ano de 2003), para continuar o tratamento com o denunciado, em seu consultório. Nas consultas realizadas nos meses de junho, julho, agosto, setembro e outubro, o denunciado não só clinicou. Roberto, como também, prescreveu o uso das substâncias “cloridrato de fluoxetina” e “risperidona”, através da expedição de receituário de controle especial, como se médico fosse.

Em decorrência da falta de assistência médica e pelo uso do “remédio”, Roberto teve uma recaída e, inclusive, em um surto psicótico, se atirou pela janela do 2º andar do prédio onde reside, vindo a se lesionar. Em razão desse fato, Luiz Américo procurou auxílio policial.

As substâncias prescritas pelo denunciado estão elencadas na lista C-1, da Portaria n. 344/1998 da Anvisa.

Dessa forma, está o denunciado incurso nas sanções do artigo 282 do Código Penal e artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. (fls. 24-25).

O *punctum salines* restou devidamente enfrentado no voto vencido do qual se extrai o seguinte excerto:

Embora verdadeiro que a ação penal só deve ser obstada em casos excepcionais, especialmente quando inexistentes vestígios de autoria e do crime, certo é que, na presente hipótese, pode-se afirmar, de antemão, que a substância prescrita pelo paciente, na “suposta” condição de psicólogo, não tem natureza entorpecente, de acordo com a Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, republicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1998, Seção I, não constando a mesma nas listas A1, A2, A3, B1 e B2, mas, unicamente, na lista C-1, que é a lista de substâncias sujeitas a controle especial, em razão de condições sanitárias não esclarecidas, e não por causar dependência.

Além do mais, a prescrição de medicamentos por suposto médico seria artefato impunível do crime de exercício ilegal da medicina, pois conduta essencial do exercício da medicina, entre outras, sem a qual esta não seria possível.

Assim, é abusiva a denúncia e seu recebimento, por absoluta falta de justa causa em relação ao crime de tráfico de entorpecente, e, no Estado Democrático de Direito, a concessão da ordem é uma imposição legal, sem prejuízo da apuração da responsabilidade dos que atuaram contra expressa disposição da lei (fls. 104-105).

A *Lei n. 11.343/2006*, diferentemente das anteriores leis de drogas que visavam reprimir e prevenir o tráfico e o uso indevido, frise-se, de *substâncias entorpecentes ou que determinassem dependência física ou psíquica*, expressamente se vale da expressão tráfico de “*drogas*”, *denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde*, definindo como tais as *substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União* (art. 1º, parágrafo único, da *Lei n. 11.343/2006*), sendo certo que, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, *denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial*, da Portaria SVS/MS n. 344 de 12 de maio de 1998. Ou seja, de acordo com a *Lei de Drogas* em vigor *entende-se por drogas aquelas substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*.

A propósito, confira-se o que restou dito por **Gilberto Thums** e **Vilmar Pacheco** in “Nova Lei de Drogas - Crimes, Investigação e Processo”, Editora Verbo Jurídico, 2007, p. 29-30:

A Nova Lei de Drogas modificou a terminologia em relação à lei anterior quanto ao objeto de incriminação. Tecnicamente é melhor, porque a antiga Lei de Tóxicos (n. 6.368/1976) utilizava a expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. Estes termos criavam dificuldades em face das listas da Anvisa, pois todas as substâncias das Listas C e D não podiam ser consideradas para o efeito do antigo art. 12, porque não coincide a nomenclatura. O mesmo ocorria com as substâncias que não eram entorpecentes nem psicotrópicas, mas estavam sob controle do poder público.

A nova lei emprega a expressão *drogas*, que significa substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. É pertinente observar que, temendo possíveis controvérsias jurídicas acerca do tema, o legislador tomou a cautela de dispor, ao final da lei, que “até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998”. Neste contexto, continuam valendo as listas e os termos empregados pela Anvisa para a Nova Lei de Drogas, até que sejam adaptadas à nova terminologia.

Os tipos penais contêm normas em branco, porque referem-se à droga (substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica) ou insumo ou produto químico utilizado na preparação de drogas. Quem estabelece a lista de substâncias é o Ministério da Saúde, através da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). A Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, criou o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, mas, atualmente, as substâncias constam da Resolução RDC n. 15, de 1º.03.2007, da Anvisa, que discrimina as listas de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS n. 344, de 12.05.1998. O mesmo ocorre com o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes, que são discriminadas por nome científico.

No plano jurisprudencial há precedente da c. *Sexta Turma* desta Corte no qual restou consignado que “De acordo com art. 66 da Lei n. 11.343/2006, ampliou-se o rol de substâncias abarcadas pela criminalidade de tóxicos, incluindo-se aquelas sob controle especial.” (HC n. 86.215-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 08.09.2008).

A simples verificação de que as substâncias prescritas pelo paciente encontram-se elencadas na Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) na lista C1, que trata das *substâncias sujeitas a controle especial*, é suficiente para a sua caracterização como *droga*, sendo prescindível a realização de exame pericial para a constatação de que tais

substâncias, *efetivamente*, causam dependência. O exame pericial será necessário para que *outros dados* (v.g.: natureza e quantidade da substância apreendida, potencialidade tóxica, etc), *que não a possibilidade de causar dependência*, sejam aferidos, porquanto esse último ponto já é respondido a partir da previsão da substância nas listas mencionadas.

Com a mera previsão da substância no complemento da norma penal em branco, afasta-se a necessidade, e até mesmo a possibilidade de, a partir da realização de exame pericial aduzir-se se a substância, frise-se, expressamente prevista na *listagem administrativa* (expressão cunhada por **Vicente Greco Filho** in “Lei de Drogas Anotada, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 14) possui ou não capacidade de causar dependência. Esse dado é aferido pela simples inclusão de qualquer substância na destacada lista. Essa interpretação é obtida pela interpretação literal do *art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006* onde se lê que “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, *assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.*”

Note-se que a própria *Lei de Drogas* quando trata tanto do *laudo de constatação* (art. 50, § 1º), como do *laudo definitivo* (art. 58, § 1º) apenas se refere a *natureza e quantidade da substância apreendida*, é dizer, a própria materialidade do delito, não fazendo qualquer referência a necessidade, por óbvio inexistente, de demonstração da capacidade da substância de causar dependência, porquanto, essa indagação é satisfatoriamente respondida com a constatação de que a substância apreendida encontra-se prevista no *complemento da norma penal em branco*.

O tipo penal previsto no *art. 282 do Código Penal* (exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica) pune a conduta daquele que *sem autorização legal*, é dizer, sem qualquer título de habilitação ou sem registro deste na repartição competente (**Nelson Hungria** in “Comentários ao Código Penal - Volume IX”, Ed. Forense, 2ª edição, 1959, p. 145), *ou ainda, exorbitando os limites desta*, exerce, ainda que à título gratuito a profissão de médico, dentista ou farmacêutico. Trata-se de *crime de perigo abstrato, habitual*, que procura tutelar a *saúde pública* do dano que pode resultar do exercício ilegal e abusivo da medicina, bem como da arte dentária ou farmacêutica (**Heleno Cláudio Fragoso** in “Lições de Direito Penal - Parte Especial - Volume II”, Ed. Forense, 1ª edição, 1989, p. 275) cuja prática em concurso formal com o delito de tráfico de drogas é perfeitamente possível.

Não existe a vinculação necessária, que se pretende estabelecer, da prática do crime previsto no *art. 282 do Código Penal* com o crime de tráfico de drogas. De fato, não se exige para a configuração do crime de exercício ilegal da medicina que o agente prescreva substância tida pela legislação como droga para os fins da Lei n. 11.343/2006. O vulgar exercício da medicina por parte daquele que não possui autorização legal para tanto é suficiente para a delimitação do tipo em destaque. Se o agente ao exercer irregularmente a medicina ainda prescreve droga, resta configurado, em tese, conforme já reconhecido por esta Corte em outra oportunidade (HC n. 9.126-GO, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 13.08.2001) o *concurso formal* entre o *art. 282 do Código Penal* e o *art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006*.

Ante o exposto, denego a ordem. *Cassada a medida liminar anteriormente concedida.*

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 145.131-PR (2009/0161566-3)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Impetrante: Mauricio Stegemann Dieter
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: Felicidade Juventina Emílio
Paciente: Rubia Carla de Aguiar e Silva

EMENTA

Habeas corpus preventivo. Venda não autorizada de camisetas com imagens de personagens infantis. Inocorrência de violação de direito autoral. Idéia já incorporada ao processo de industrialização e registrada como marca pelo proprietário. Hipótese, em tese, de crime contra registro de marca (art. 190, I da Lei n. 9.279/1996). Decadência do direito à queixa, pois passados mais de 9 anos desde a prática do delito. Extinção da punibilidade. Parecer do MPF pela concessão

da ordem. Ordem concedida, para trancar a ação penal proposta em desfavor das pacientes.

1. O inciso I do art. 190 da Lei n. 9.279/1996 dispõe que responderá penalmente o individuo que tiver em estoque produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada de outrem, ou seja, se for verificada a usurpação de marca já existente. Para a configuração do tipo tem-se, portanto, que a marca reproduzida esteja de fato registrada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

2. Depreende-se pela análise dos autos que os desenhos reproduzidos pelas pacientes foram registrados como marca pelo INPI, classificados como marca mista. Dessa forma, apesar de serem fruto da intelectualidade do seu criador, encontram-se incorporados ao processo de industrialização, sendo aplicável, portanto, o art. 8º da Lei n. 9.610/1998, segundo o qual, não são objeto de proteção como direitos autorais o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

3. O art. 199 da referida Lei afirma que para a apuração dos crimes previstos naquele Título somente se procede mediante queixa. *In casu*, configura-se extinta a punibilidade pela decadência do direito de propor a queixa pela titular do registro das marcas, pois passados mais de 9 anos desde a ocorrência dos fatos.

4. Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, concede-se a ordem, a fim de trancar a Ação Penal proposta em desfavor das pacientes.

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, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Felicidade Juventina Emílio e Rubia Carla de Aguiar e Silva*, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que denegou a ordem em *writ* em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Ação penal. Violação de direito autoral. Inadequação do tipo. Requisitos. Inocorrência. Princípio da Insignificância. Necessidade de aprofundamento do exame de prova. Impossibilidade. Ordem denegada (fl. 25).

2. Consta-se, pela análise dos autos, que as pacientes foram denunciadas pela prática, em tese, do crime previsto no art. 184, § 2º do CPB (violação de direito autoral).

3. No presente *writ*, alega-se, em síntese, o equívoco quanto à tipificação do delito praticado pelas pacientes, pois, segundo a defesa, o presente caso refere-se ao crime contra registro de marca, regulado em lei específica, e não à violação do direito de autoria, prevista no Código Penal. Portanto, por força do princípio da lei penal específica, o fato típico previsto em lei especial derroga a validade da lei geral. Sendo assim, tendo em vista a decadência do direito de queixa pela realização do crime contra registro de marca, requer a concessão da ordem para trancar a Ação Penal promovida contra as pacientes.

4. Ademais, afirma-se que *ainda que se ignore o absurdo equívoco na imputação e contra a lógica e o princípio da legalidade se mantenha inalterado o ilegal aditamento da denúncia, faltaria punibilidade concreta para o exercício da Ação Penal por incidência da prescrição retroativa antecipada, regulada pelo máximo da pena aplicável ao tipo legal do artigo 184, § 2º, do Código Penal* (fl. 16). Alega-se, por fim, a ausência de tipicidade do fato imputado às pacientes em face do princípio da insignificância, pelo fato de que o valor auferido no material apreendido, totalizado em R\$ 264,00, revela-se absolutamente irrelevante à uma companhia bilionária.

5. Indeferida a liminar (fls. 89-90), prestadas as informações de estilo (fl. 95), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Jair Brandão de Souza Meira, manifestou-se pela concessão da ordem.

6. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A impetração afirma que o delito supostamente praticado pelas pacientes não é de violação de direito autoral, conforme exposto na exordial acusatória, mas de crime contra registro de marca. Dessa forma, como para a apuração deste último é indispensável a queixa, estaria configurada a decadência, pois passados mais de 9 anos da prática dos fatos, sem que a detentora do registro da marca tomasse qualquer providência. Requer, alternativamente, o impetrante, o reconhecimento da prescrição antecipada ou da atipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância.

2. Primeiramente, observamos que a exordial acusatória narra os seguintes fatos:

No dia 27 de maio de 2000, nesta capital, as denunciadas *Felicidade Juventina Emílio Aguiar* e *Rubia Carla Aguiar*, responsáveis pela empresa Confecções Felicité Ltda, quando participavam de um evento no Centro de Exposições do Parque Birigui, mantinham em depósito para fins de comercialização, sem autorização dos proprietários dos direitos autorais e detentor das marcas registradas (Time Warner Entertainment Company, DC Comics, Hanna-Barbera Productions Inc e The Walt Disney Company), obras intelectuais produzidas com violação de direito autoral, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 680-681 dos autos de Busca e Apreensão (fls. 34-35).

3. Dessa forma, foram denunciadas como incurso nas sanções previstas pelo crime descrito no art. 184, § 2º do CPB (violação de direito autoral), *in verbis*:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos.

§ 1º. Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente.

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

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra

intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

4. No entanto, alega o impetrante que a conduta descrita na mencionada denúncia amolda-se, em verdade, ao tipo previsto no art. 190 da Lei n. 9.279/1996 (crime contra registro de marca), que assim dispõe:

Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

I - produto assinalado com marca licitamente produzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

5. Depreende-se da análise dos autos, especificamente às fls. 42-46, que os desenhos reproduzidos pelas pacientes foram registrados como marca pelo INPI, classificados, inclusive, como marca mista. Dessa forma, os desenhos infantis, apesar de serem fruto da intelectualidade do criador, encontram-se já incorporados ao processo de industrialização, e são, portanto marcas.

6. Conforme dispõe o art. 8, inciso VII, da Lei n. 9.610/1998:

Art. 8. Não são objetos de proteção como direitos autorais de que se trata esta Lei:

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

7. Logo, resta evidente que a conduta praticada pelas pacientes enquadra-se no tipo de crime contra registro de marca, disposto no art. 190 da Lei n. 9.279/1996.

8. Nesse sentido, o douto parecer ministerial, que detidamente apreciou a controvérsia:

Tem razão o impetrante.

Leciona a doutrina sobre direito autoral:

(...) tem-se utilizado a expressão Direito Moral ou Direitos Morais para designar o aspecto pessoal do autor com relação à sua criação, ou seja, o direito ou prerrogativa que tem aquele que criou uma obra intelectual de defendê-la como atributo de sua própria personalidade (como autor), uma vez que é a emanção da sua mais íntima divagação, de seu pensamento manifestado e compartilhado com o mundo exterior (Deise Fabiana Lange. O impacto da Tecnologia Digital sobre o direito de Autor e Conexos. São Leopoldo: Usininos, 1996, p. 23-24).

De acordo com Guilherme de Souza Nucci o objeto material é a obra violada, desde que inédita, justamente o que lhe confere o caráter da individualidade (Código Penal Comentado, 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 838). (Grifo nosso). A obra, pois, objeto da proteção do direito autoral é aquela capaz de transmitir dados pessoais do autor, a forma como vê o mundo, sente e percebe a realidade.

Pois bem, esta expressão da interioridade do autor se perde quando a idéia é incorporada ao processo industrial, com a produção em massa e mecanizada de produtos, não mais se vislumbrando a originalidade própria às obras intelectuais (literatura, artes e ciências). Nestas condições, a idéia não mais recebe a proteção do direito autoral, conforme, aliás, está consagrado na Lei n. 9.610/1998:

Art. 8º. Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

(...).

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

Ora, é justamente o caso dos autos, em que a idéia foi utilizada não na reprodução de obra intelectual (um livro, um fonograma ou coisa que o valha), mas, sim, como enfeite em camisetas produzidas em série para venda, ou seja, em escala industrial ou comercial, sem qualquer ligação estreita com a interioridade de seu criador. Aliás, foi com intuito industrial e comercial que as personagens foram registradas pela Warner Bros, INC, conforme se constata às fls. 42-46, ressaltando-se que foram registradas como marca mista.

É mesmo caso, portanto, de aplicação da legislação que regula os direitos e as obrigações referentes à propriedade industrial e não ao direito autoral, ou seja, do art. 190, I da Lei n. 9.279/1996.

Delineado o contexto acima, está extinta a punibilidade pela decadência (art. 109, IV do CP), pois o art. 199 da Lei n. 9.279/1996 dispõe que Nos crimes previstos neste Título somente se procede mediante queixa (...), inexistindo, por parte da titular do direito de propriedade industrial, a propositura de ação pena privada contra a paciente, nove após a ocorrência do delito, de modo que há muito foi superado o prazo do art. 103 do Código Penal. (fls. 113-115)

9. Com efeito, *in casu*, configura-se extinta a punibilidade pela decadência do direito de propor a queixa pela Warner Bros, Inc., titular do registro das marcas.

10. Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, concedese a ordem, a fim de trancar a Ação Penal proposta em desfavor das pacientes.

HABEAS CORPUS N. 153.423-SP (2009/0222071-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Fernando Vernice dos Anjos - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: André Dias Alves (Preso)

Paciente: Wellington Thompson (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Roubo. Audiência de instrução. Gravação em meio audiovisual (DVD). Apelação. Conversão do julgamento em diligência. Degravação. Princípio da celeridade processual. Excesso de prazo. Não configuração.

1. O art. 405 do Código de Processo Penal, com a redação atribuída pela Lei n. 11.719/2008, ao possibilitar o registro da audiência de instrução em meio audiovisual, não só acelerou o andamento dos trabalhos, tendo em vista a desnecessidade da redução, a termo, dos depoimentos do acusado, vítima e testemunhas, mas, também, possibilitou um registro fiel da íntegra do ato, com imagem e som, em vez da simples escrita.

2. A busca da celeridade na prestação jurisdicional é hoje imperativo constitucional, consubstanciado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, o qual estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

3. A decisão impetrada, ao converter o julgamento da apelação em diligência e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, para que fosse feita a degravação e a transcrição dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório dos acusados, registrados em meio audiovisual, não se alinhou ao espírito da referida norma constitucional.

4. A ordem de degravação, embora tenha aumentado o iter processual, não gerou prejuízo para o Paciente, sem o qual não se declara nulidade, segundo o princípio do *pas de nullité sans grief*, positivado no direito brasileiro pelo art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Não obstante a demora no julgamento da apelação, causada pela ordem de degravação, na hipótese concreta, o processo em primeiro grau teve tramitação célere, pelo que o tempo total da prisão cautelar, iniciada em 31 de julho de 2008, não fere os limites da razoabilidade, não havendo motivo a autorizar a concessão da liberdade aos Pacientes.

6. Ordem denegada, com recomendação de urgência no julgamento do recurso.

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, com recomendação, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 26.04.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *André Dias Alves* e *Wellington Thompsom*, condenados, em primeiro grau, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Alega o Impetrante, em suma, a ilegalidade da manutenção da custódia cautelar, tendo em vista a ocorrência de excesso de prazo na instrução criminal. Narra que, oferecida a denúncia em 31 de julho de 2008, prolatou-se a sentença condenatória em 03 de dezembro do mesmo ano. A Defesa, então, interpôs apelação e, subindo os autos ao Tribunal, o Relator determinou a conversão do julgamento em diligência, a fim de que voltassem à Vara de origem para que fosse feita a degravação do interrogatório e dos depoimentos das testemunhas, gravadas em mídia audiovisual (DVD). Em cumprimento à determinação, retornaram os autos à primeira instância.

Sustenta ser flagrante o constrangimento ilegal, tendo em vista que a Defesa não deu causa à demora no julgamento da apelação, mas este decorreria de fato imputável à Autoridade Coatora, mormente porque esta, em sua decisão, não indicou nenhum fundamento específico que justificasse a degravação.

Pede a concessão da ordem “no sentido de impor obrigação de fazer à autoridade coatora, qual seja, que julgue a apelação criminal interposta pelos pacientes, bem como que seja expedido alvará de soltura definitivo em favor dos pacientes para que possam aguardar o julgamento em liberdade.” (fl. 10)

Indeferida a liminar (fl. 50), o Tribunal de origem prestou informações (fls. 56-60).

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem, em parecer ementado nos seguintes termos:

Habeas corpus. Roubo qualificado e resistência. Prisão preventiva. Atraso para o término do processo. Culpa atribuída ao Estado. Alegação de excesso de prazo. Configuração. Interposição de recurso de apelação, há sete meses, sem julgamento. Conversão do julgamento em diligência. Excesso de prazo. *Writ* concedido.

- Já é pacífica a jurisprudência desse Augusto Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o excesso de prazo no julgamento de apelação, quando injustificado, é sanável via *habeas corpus*.

- A defesa não deu causa a nenhum tipo de atraso no desenrolar da instrução, não podendo os pacientes serem penitenciados pelo retardamento atribuído unicamente ao Estado, para a prestação jurisdicional.

- Diante de sua excepcionalidade, a medida só pode permanecer quando revestida de legalidade, razoabilidade e necessidade da punição antecipada.

- É o parecer pela concessão da ordem. (fl. 62)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Inicialmente, cabe ressaltar que, segundo as informações prestadas pela Corte de origem e, conforme andamento processual obtido em consulta ao *site* oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual ora faço juntar aos presentes autos, houve o cumprimento da diligência determinada pelo Relator, encontrando-se os autos, atualmente, conclusos para julgamento.

A decisão impetrada, que teria dado causa à demora no julgamento da apelação, tem o seguinte teor:

Vistos.

Cuida-se de apelação interposta por **Wellington Thompson e Andre Dias Alves** contra a r. sentença lançada às fls. 199-205 que os condenou pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, sendo **Andre Dias Alves** às penas de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, em razão de fato ocorrido em 18 de julho de 2008 quando os apelantes, agindo em concurso e com identidade de propósitos, teriam subtraído, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo contra as vítimas Alexandre Correa e sua esposa, um veículo GM Prisma de placa DZB 3813, bem como um capacete, um DVD Player, dois televisores, um rádio toca-fitas, dois telefones celulares, dois copos, uma jaqueta, um par de óculos de sol e seis relógios de pulso, mantendo as vítimas com a liberdade restringida.

Sustentam os apelantes, em apertada síntese, insuficiência probatória, pleiteando absolvição ou, subsidiariamente, o afastamento da causa de aumento consistente no emprego de arma de fogo, o afastamento da causa de aumento consistente na restrição da liberdade da vítima, o reconhecimento do crime tentado e a fixação do regime prisional semiaberto (razões às fls. 227-230).

Constam as contra-razões (fls. 232-241) e o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 248-255), que opina pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

De início, vê-se dos autos que o interrogatório dos réus e os depoimentos das testemunhas foram registrados por meio eletrônico, e gravados em mídia digital.

Nessa conformidade, em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 475 do Código de Processo Penal, determina-se a conversão do julgamento em diligência, remetendo-se os autos à origem para que se realize a degravação e transcrição do interrogatório e dos depoimentos, que na espécie dos autos, diante do teor das irrisignações recursais, se afigura indispensável.

Após, retornando os autos a esta Corte, remetam-se os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, vindo a seguir conclusos. (fls. 45-46)

O art. 405 do Código de Processo Penal, na redação atribuída pela Lei n. 11.719/2008, sob a égide do qual, no caso concreto, ocorreu a instrução criminal, assim dispõe:

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

Na última década, diversas leis reformaram, pontualmente, o Código de Processo Penal, com o escopo de acelerar a tramitação dos feitos criminais, autorizando para esse mister, inclusive, o uso de várias inovações tecnológicas hoje disponíveis. Nesse contexto surgiu o dispositivo acima transcrito.

Com efeito, o Legislador, ao possibilitar o registro da audiência de instrução em meio audiovisual, não só acelerou o andamento dos trabalhos, tendo em vista a desnecessidade da redução, a termo, dos depoimentos do acusado, vítima e testemunhas, mas, também, possibilitou um registro fiel da íntegra do ato, com imagem e som, em vez da simples escrita.

Acerca do dispositivo, transcreve-se lição de Guilherme de Souza Nucci:

A reforma processual penal teve a finalidade de promover a agilização do processo, enaltecendo o princípio constitucional da economia processual, sem ferir direitos e garantias individuais. Por isso, os registros dos depoimentos devem ser feitos, sempre que possível (onde houve instrumento para isso), utilizando meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, com o fim de obter maior fidelidade das informações. Não se menciona ser obrigatória a transcrição em papel de tudo o que foi colhido em audiência. Ao contrário, no § 2º, referindo-se às partes, deixa-se clara a possibilidade de se entregar cópias dos registros originais a elas, pois os originais seguem ao Tribunal. Logo, para que possam manipular a prova colhida em audiovisual, sem necessidade de transcrição, que seria medida incompatível com o tipo de registro, recebem cópia. Por outro lado, não pode haver fidelidade das informações, por completo, se filmado o depoimento de uma testemunha, feita a degravação das palavras, somente o texto escrito chegar ao tribunal. E as expressões corporais da testemunha? E o tom de voz? Nada disso será conhecido. Ademais, imaginar a transcrição em papel de prova colhida em audiovisual seria o mesmo que criar uma “revista em quadrinhos” nos autos do processo, algo caro, complexo e inútil pelo tempo gasto. Por outro lado, pretender a transcrição em papel somente da voz, desprezando a imagem colhida, significa talhar a prova, retirando-lhe justamente a fidelidade apregoada em lei. Se foram colhidas imagens e som, ambos devem ser do conhecimento da instância superior, tanto quanto o foi para o juiz de primeiro grau. Se este fizer referência, na sentença, a determinados gestos da testemunha, que lhe pareceram característicos de

quem mente, como o tribunal saberá o caminho a tomar se não possui o vídeo? Fidelidade + agilização = gravação de voz ou audiovisual. Nenhum outro meio consegue transparecer maior fidelidade, nem conceder maior agilidade. (...) É fundamental que o Brasil avance nesses termos para que a informatização do processo não seja atropelada pela vetusta leitura de depoimentos, quando já se poderia ver e sentir o que as pessoas (testemunhas, vítimas, peritos, etc.) dizem ao Judiciário. Caminha-se para a eliminação do papel (inicial, contestação, impugnação, sentença etc.) como método para agilizar as Varas e os Tribunais, de modo que a captação da prova oral precisa andar lado a lado com esse projeto. Por isso, interpretar a norma restritivamente para obrigar os magistrados de primeiro grau a reduzir a termo tudo o que colheu em audiência é agir em sentido oposto, cultivando o elemento escrito em detrimento de mecanismo tecnológico muito mais dinâmico. Um depoimento armazenado num arquivo de imagem pode ser acessado, com absoluta fidelidade imagem e som, por qualquer computador (da parte, do juiz, do desembargador ou do ministro). A otimização do registro em DVDs, com geração de índices e rápido acesso ao conteúdo dos depoimentos, separados por capítulos, é medida imperiosa para facilitar o acesso dos magistrados de instâncias superiores. A par disso, cabe às partes apontar, em seus recursos, quais os exatos trechos dos depoimentos que lhes parecem interessantes e importantes para a análise das questões de fato. Os juízes de graus superiores poderão seguir diretamente a tais pontos controversos. Enfim, o trabalho de agilização da Justiça é comum a todos os que dela fazem parte, no interesse maior da sociedade brasileira. (*in Código de Processo Penal Comentado*, 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 737-738.)

A busca da celeridade na prestação jurisdicional é hoje imperativo constitucional, consubstanciado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, o qual estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A decisão impetrada, ao converter o julgamento da apelação em diligência e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, para que fosse feita a degravação e a transcrição dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório dos acusados, registrados em meio audiovisual, não se alinhou ao espírito da referida norma constitucional.

Com efeito, se o Relator da apelação viu-se na necessidade de ter acesso ao conteúdo dos depoimentos gravados em meio audiovisual - o que é plenamente natural no exercício do ofício de julgar - poderia tê-lo feito de qualquer computador de seu Gabinete.

A conversão do julgamento em diligência é feita para a realização de algum ato sem o qual o julgamento torna-se inviável ou passível de incorrer em erro. Não é essa a situação. No caso, determinou-se o retorno dos autos à Vara de origem, sob fundamento da necessidade de se ter acesso ao conteúdo dos depoimentos quando, na verdade, esses já estavam nas mãos do Relator. Mais ainda, o resultado obtido com a diligência (depoimento escrito), conteria menos informações do que aquele existente (audiovisual), no qual estava registrada a íntegra da audiência de instrução.

Outrossim, o art. 405, § 2º, do Código de Processo Penal estabelece que “no caso de registro audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.”

É necessário, ainda, consignar que o art. 475 do Código de Processo Penal, invocado como fundamentação do despacho, não é aplicável ao caso em tela, tendo em vista que cuida, especificamente, do registro dos atos de instrução processual ocorridos no Plenário do Tribunal do Júri.

O Poder Judiciário brasileiro, a cada dia, tem buscado nos recursos tecnológicos meios para otimizar a prestação jurisdicional e, com esse diapasão, devem se harmonizar aqueles que nele atuam.

Todavia, a referida ordem, embora tenha aumentado o iter processual, não gerou prejuízo para o Paciente, sem o qual não se declara nulidade, segundo o princípio do *pas de nullité sans grief*, positivado no direito brasileiro pelo art. 563 do Código de Processo Penal.

De outra parte, conforme orientação deste Superior Tribunal de Justiça, o excesso de prazo injustificável e desarrazoado configura constrangimento ilegal, apto a ensejar a imediata soltura do custodiado.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, *mutatis mutandis*:

Habeas Corpus. 2. Estelionato qualificado e quadrilha. Crime continuado. 3. Legitimidade da negativa de apelação em liberdade. 4. Sentença que confirma, de modo fundamentado, a necessidade de prisão preventiva. 5. Transferência a estabelecimento adequado à condição de idoso. Ausência de demonstração no sentido de que a determinação do Tribunal Regional Federal da 2ª Região tenha sido descumprida. Ausência, ainda, de demonstração, nos autos, da idade do paciente. **6. Alegada demora para o julgamento da apelação perante o TRF da 2ª Região. Justificativa idônea para a referida demora do julgamento. Precedentes.** 7. *Habeas Corpus* indeferido (HC n. 83.834-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 03.06.2005).

E, desta Corte, as seguintes ementas:

[...].

Ação penal. Excesso de prazo. Instrução processual finda. Exame de dependência toxicológica. Aguardo de manifestação da defesa. Iminência da sentença. Princípio da razoabilidade.

1. O prazo para a formação da culpa não é peremptório, podendo ser dilatado, em atenção ao princípio da razoabilidade e dentro de seus limites, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

2. Não se pode falar em coação ilegal decorrente da demora processual quando o processo crime a que responde o paciente está na iminência de ser sentenciado, aguardando-se tão-somente a manifestação da defesa quanto ao incidente de dependência toxicológica.

3. Ordem denegada. (HC n. 99.823-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 06.10.2008)

Habeas corpus. Crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, associação para o tráfico, falsificação de documento público e uso de documento falso. Liberdade provisória. [...]. Excesso de prazo. Não-ocorrência. Princípio da razoabilidade. Inexistência de desídia ou irregularidade pelo Estado-juiz. Feito na fase de memoriais. Súmula n. 52 desta Corte.

1. [...]

2. Na espécie, nenhuma desídia restou demonstrada, de sorte a configurar constrangimento ilegal por excesso de prazo, restando justificada eventual demora na conclusão da instrução, a qual não se mostra injustificável, desarrazoada ou mesmo excessiva, em se considerando, sobretudo, a data da prisão em flagrante do Paciente, bem assim a infração penal imputada.

3. Ordem denegada. (HC n. 102.183-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 30.06.2008)

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Concurso material. Extorsão e extorsão mediante seqüestro. Recurso de apelação. Excesso de prazo. Razoabilidade.

1. "(...) Eventual retardamento no julgamento do recurso de apelação só invalida a prisão se demonstrado que, em razão desse retardamento, o paciente sofre constrangimento ilegal por tempo superior ao que seria razoável em face do dispositivo da sentença condenatória." (HC n. 1.030-DF, Relator Ministro Assis Toledo, in DJ 09.03.1992).

2. Ordem denegada. (HC n. 33.681-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 1º.02.2005)

Na hipótese dos autos a demora em mais de um ano no julgamento da apelação, que ingressou no Tribunal de origem em 06 de fevereiro de 2009, decorreu, basicamente, da ordem de degravação do audiovisual. Contudo, como o processo em primeiro grau teve tramitação célere, observa-se que o tempo total da prisão cautelar, iniciada em 31 de julho de 2008, não fere os limites da razoabilidade, não sendo motivo para autorizar a concessão da liberdade aos Pacientes.

Ante o exposto, *denego* a ordem, com recomendação de urgência no julgamento do recurso.

Oficie-se ao Relator da apelação criminal, enviando-lhe cópia da íntegra do presente acórdão.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 24.503-DF
(2007/0157442-6)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrente: Marcelo Teixeira Gallerani
Advogado: Sebastião José Lessa e outro(s)
Recorrido: União

EMENTA

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Anulação do ato de nomeação. Fraude ao concurso. Não-comprovação. Laudo estatístico. Insuficiência. Recurso provido.

1. Não há discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, pelo que o controle jurisdicional de tal ato é amplo. Precedentes do STJ.

2. A aplicação da sanção disciplinar deve estar amparada em elementos probatórios contundentes, mormente em se tratando de anulação do ato de nomeação. Não se presta para tal finalidade mera probabilidade construída a partir de laudo estatístico.

3. Recurso ordinário provido. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Sebastião José Lessa (p/ recte)

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 1º.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Marcelo Teixeira Gallerani*, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assim ementado (fl. 1.224):

Mandado de segurança. Direito Constitucional e Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Ato disciplinar. Legalidade. Serviço público. Estabilidade. Prova técnica elaborada por servidor sem formação específica. Possibilidade. Valor de prova indiciária. Desnecessidade de intimação para formular quesitos. Segurança denegada. 1 - A impetração de Mandado de Segurança contra o mérito do ato administrativo disciplinar cinge-se às hipóteses de flagrante ilegalidade, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 2 - A estabilidade se dá no serviço público e não no cargo ocupado pelo servidor público. 3 - O laudo estatístico pode ser elaborado por servidor sem formação específica em estatística, hipótese em que possui valor de indício. 4 - Não há se

falar em violação à ampla defesa na hipótese em que o servidor não é intimado para formular quesitos ao laudo estatístico com valor de prova indiciária. 5 - Segurança denegada.

No acórdão objeto do recurso especial, o Tribunal de origem denegou a ordem em mandado de segurança impetrado pelo recorrente, no qual postula a invalidação do processo administrativo disciplinar em que foi anulada a sua nomeação para o cargo de Analista Judiciário, especialidade Execução de Mandados, por participação em fraude no concurso público em que foi aprovado.

No presente recurso ordinário, o recorrente sustenta, em síntese, que (a) o processo administrativo disciplinar a que foi submetido é nulo, pois a Comissão Disciplinar foi composta por servidor não-estável, pois Luciano Marcos Pires somente tomou posse no cargo de Analista Judiciário em 07.11.2002; (b) a motivação do ato que anulou a sua nomeação “carece de robustez ideológica, já que não existe prova de que (...) tenha se beneficiado de fraude no recebimento antecipado do gabarito da prova do concurso público” (fl. 1.252); (c) o laudo estatístico que embasou a anulação de sua nomeação foi elaborado por servidores que não possuíam formação específica na área, pelo que imprestável para a instrução do PAD; e (d) houve cerceamento de defesa, pois foi indeferido seu pedido para apresentar quesitos.

A *União* apresentou contrarrazões (fls. 1.292-1.297). Alega que (a) “a Comissão Disciplinar comprovou, em suas razões, a culpabilidade do recorrente, a partir de provas harmônicas de que o mesmo ingressou no concurso público mediante fraude” (fl. 1.295); (b) não houve afronta ao devido processo legal, pois o servidor apontado pelo recorrente já possuía estabilidade no serviço público, tendo em vista que ingressou no Tribunal de origem em 1994, no cargo de Técnico Judiciário; e (c) o laudo estatístico utilizado pela autoridade apontada serviu apenas como parte do conjunto de provas que comprovaram o ingresso do recorrente no serviço público mediante fraude.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho*, opina pelo não-provimento do recurso (fls. 1.305-1.314).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado, o Tribunal de origem denegou a ordem em mandado de segurança impetrado pelo recorrente, no qual postula a invalidação do processo administrativo disciplinar em que foi anulada a sua nomeação para o cargo de Analista Judiciário, especialidade Execução de Mandados, por participação em fraude no concurso público em que foi aprovado.

O recorrente sustenta, em síntese, que (a) o processo administrativo disciplinar a que foi submetido é nulo, pois a Comissão Disciplinar foi composta por servidor não-estável, pois o servidor Luciano Marcos Pires somente tomou posse no cargo de Analista Judiciário em 07.11.2002; (b) a motivação do ato que anulou a sua nomeação “carece de robustez ideológica, já que não existe prova de que (...) tenha se beneficiado de fraude no recebimento antecipado do gabarito da prova do concurso público” (fl. 1.252); (c) o laudo estatístico que embasou a anulação de sua nomeação foi elaborado por servidores que não possuíam formação específica na área, pelo que imprestável para a instrução do PAD; e (d) houve cerceamento de defesa, pois foi indeferido seu pedido para apresentar quesitos.

De início, cumpre salientar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que não há discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, pelo que o controle jurisdicional de tal ato é amplo. Nesse sentido:

Mandado de segurança. Processo disciplinar. Discricionariedade. Inocorrência. Prova pré-constituída ausente. Inadequação da via eleita. Ordem denegada.

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.

III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.

IV - Inviável a apreciação do pedido do impetrante, já que não consta, neste *writ*, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de cassação de aposentadoria aplicada, considerando,

especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar.

Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias. (MS n. 12.983-DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 15.02.2008)

Para melhor esclarecer a questão, cumpre transcrever trecho do voto proferido no citado precedente:

Resta saber se é possível admitir, no ato que impõe sanção a servidor público, espaço para discricionariedade administrativa. Ou melhor, e para nos aproximarmos do caso concreto: o ato de demissão de cargo público viabiliza juízo de conveniência e oportunidade capaz de limitar o respectivo controle jurisdicional? Ao reexaminar essa questão, penso que deve ser afastada a tese de que existiria discricionariedade administrativa no ato que resulta em sanção a servidor público. Valho-me, para tanto, do regime jurídico disciplinar, cujos contornos encontram-se na própria Constituição Republicana de 1988: princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, culpabilidade, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Em recente obra lançada sobre o tema, afirma-se, exatamente em razão do cogitado regime jurídico disciplinar,

que o amplo controle jurisdicional das sanções disciplinares não é só possível, dada à inexistência de discricionariedade administrativa, como constitucionalmente imposto, em razão dos princípios do devido processo legal e da unicidade de jurisdição. Garante-se, enfim, a efetiva tutela de direitos constitucionais do servidor público e não o mero reconhecimento do processo administrativo disciplinar, cuja decisão final ficaria imune ao reexame do órgão constitucional competente para afirmar, com definitividade, a violação ou não a Direito. (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 169) (grifo nosso)

(...)

Considerando os dispositivos constitucionais a que me reporteí, além do fato de inexistir qualquer amparo constitucional para a limitação do manejo do *mandamus* quando o ato apontado como coator for sanção disciplinar, afasto a alegação de que o controle jurisdicional, mediante mandado de segurança, seria limitado a meros aspectos formais em razão de suposta discricionariedade administrativa. Em síntese: caso haja prova pré-constituída, não cabe inadmitir o uso da garantia fundamental do *writ* (art. 5º, inciso LXIX, CR/1988), pelo simples fato de o ato coator ser disciplinar.

Pontuo, por fim, que a posição ora apresentada não adota as lições da doutrina clássica acerca da matéria (v.g., MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. p. 121; e, GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª ed., p. 235-236), a qual faz menção à discricionariedade administrativa no exercício do poder disciplinar.

Minha posição, friso, nada mais faz do que sedimentar o que já vem sendo anunciado em precedentes (muitos deles em sede de mandado de segurança) que, com base em princípios constitucionais, anulam sanções disciplinares. Além dos precedentes que já mencionei, a e. 5ª Turma deste c. Tribunal revelou, em autos de mandado de segurança, que o controle jurisdicional acerca de exoneração de agente público (posição perfeitamente ajustável em matéria disciplinar) abarca a devida motivação do ato, o que implica avaliação do motivo (fato) apresentado, a saber:

No tocante à composição da Comissão Disciplinar, não vislumbro a ilegalidade apontada pelo recorrente. Com efeito, o servidor apontado como não-apto para o exercício da função foi nomeado para o cargo de Técnico Judiciário em 1994, pelo que, quando designado para integrar a Comissão Disciplinar em 2005, já havia adquirido a estabilidade no serviço público, nos termos dos arts. 21 e 29, I, da Lei n. 8.112/1990, que assim prescrevem:

Art. 21. O servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo adquirirá estabilidade no serviço público ao completar 2 (dois) anos de efetivo exercício.

(...)

Art. 29. Recondição é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:

I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;

Desta forma, o fato de Luciano Marcos Pires ter sido nomeado para o cargo de Analista Judiciário em 2002 não retira sua condição de servidor estável, tendo em vista que, conforme salientado no acórdão recorrido e definido nos artigos acima transcritos, a estabilidade se dá no serviço público e não no cargo ocupado.

Ademais, nos termos do art. 149 da Lei n. 8.112/1990, apenas o presidente da Comissão Disciplinar deve ser ocupante de cargo efetivo superior ou equivalente ao do servidor indiciado. No caso, para a função de presidente da Comissão Disciplinar foi designada a servidora Glenda Liz de Paula Warmling Vitalino (fl. 40), pelo que eventual recondição do servidor Luciano ao cargo de Técnico Judiciário não invalidaria o PAD.

Também não vislumbro a alegada irregularidade na elaboração do laudo estatístico utilizado pela Comissão Disciplinar, pois, conforme salientado no acórdão recorrido, o referido laudo serviu apenas como instrumento utilizado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal para iniciar as investigações sobre a fraude ocorrida no seu concurso público, identificando os candidatos que apresentaram respostas idênticas.

Por essa mesma razão, não há falar em cerceamento de defesa pelo indeferimento na formulação de quesitos. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que não enseja cerceamento de defesa o indeferimento motivado de produção de provas, mormente quando se mostram dispensáveis diante do conjunto probatório. Nesse sentido:

Processo Civil. Administrativo. Magistrado. Processo administrativo disciplinar. Aposentadoria compulsória. Mandado de segurança. Decadência. Matéria de ordem pública. Reconhecimento de ofício. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. Recurso ordinário conhecido e improvido.

(...)

4. O indeferimento motivado do pedido de acareação de testemunhas e de perícia grafotécnica não importa em cerceamento de defesa quando o conjunto probatório dos autos tornar desnecessária a produção de tais provas.

5. Recurso ordinário conhecido e improvido. (RMS n. 13.144-BA, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ de 10.04.2006)

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Inocorrência. Demissão. Proporcionalidade.

(...)

IV - O indeferimento de pedido de produção de provas, por si só, não se caracteriza como cerceamento de defesa, principalmente se foi feito de forma suficientemente fundamentada.

(...)

Segurança denegada. (MS n. 8.877-DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ de 15.09.2003)

Já no que se refere à conclusão da Comissão Disciplinar, melhor sorte assiste ao recorrente.

Isso porque, servindo o laudo estatístico como mera prova indiciária, utilizada para separar os candidatos em grupos e identificar aqueles que apresentaram respostas idênticas, eventual aplicação da pena de anulação do

ato de nomeação fundada na participação de fraude ao concurso deveria estar amparada por outros elementos concretos, conforme, inclusive, reconhecido pelo próprio acórdão recorrido.

No entanto, da leitura do relatório final da Comissão Disciplinar (fls. 1.066-1.158), verifico que, não obstante haja menção a existência de outros indícios que comprovem a participação do recorrente na fraude ao concurso, a anulação da sua nomeação se deu exclusivamente com base no laudo estatístico.

Com efeito, após longa narrativa detalhando o funcionamento do esquema de fraude a concursos chefiado por Hélio Garcia Ortiz, são indicados os seguintes indícios que comprovariam a participação do recorrente na fraude: (a) denúncia anônima informando que ele teria comprado o gabarito da prova, que teria sido entregue em um posto de gasolina um dia antes da prova; (b) é amigo de outro servidor investigado (José Reginaldo Reis); (c) cometeu erros primários em sua redação; (d) sua prova contém respostas idênticas a de outros servidores já punidos com a anulação de suas nomeações; (e) nunca foi aprovado em outro concurso público; (f) não participou de curso preparatório para o concurso; e (g) realizou empréstimo bancário logo após sua nomeação.

Ocorre que, em sua defesa (fls. 910-1.026), o recorrente alegou que (a) nenhum dos investigados pela Polícia Civil, nem as testemunhas arroladas pela Comissão Disciplinar mencionou o seu nome ou disse que o conhecia; (b) não foi indicada nenhuma irregularidade na sua redação e que, apesar dos erros de ortografia, obteve pontuação suficiente para aprovação; (c) o empréstimo bancário foi realizado para compra de uma lancha e troca de automóvel, tendo apresentado a documentação e testemunhas que comprovam as transações; (d) se preparou para o concurso estudando em casa durante aproximadamente dois anos, período em que esteve desempregado e se manteve com a ajuda de sua mãe, com quem residia, e com o dinheiro obtido com a venda de uma lancha; (e) no dia anterior à prova ficou em casa estudando e não foi a nenhum posto de gasolina; (f) não conhece nenhuma das pessoas mencionadas no inquérito policial; e (g) o laudo estatístico não serve como prova de sua participação na fraude, por ter sido elaborado por servidores sem formação profissional específica e sem a observância de critérios corretos.

Porém, com exceção do laudo estatístico, nenhum dos outros indícios foi objeto de investigação capaz de infirmar as alegações da defesa apresentada pelo recorrente, tanto que ele sequer foi indiciado no inquérito policial instaurado para apurar a fraude ao concurso. E, conforme salientado acima, por estar

fundado em probabilidades, o tal laudo estatístico não pode servir como único fundamento para a anulação do ato de nomeação do recorrente.

Nesse ponto, esclarecedor o voto proferido pelo Des. *João Mariosi*, vencido na origem (fls. 1.231-1.232):

Quanto ao outro aspecto, já é um voto longo, feito por mim, e fui vencido, mas repito, porque é questão de convencimento. Quando decido, não estou dando aula de Estatística, não estou dando aula de Direito, estou decidindo, sou o Estado em uma forma reservada aqui, um por dezessete, e a validade é justamente o Estado falando e decidindo a matéria. Portanto, quando se trata de prova indiciária em que se busca a Estatística, está havendo um sofisma e sério, porque o cluster, que significa caixa, usado na Estatística, foi usado indevidamente. Seria o caso de dizer que qualquer pessoa que jogou na loteria seja criminosa, porque o criminoso que matou fulano de tal deixou um bilhete da loteria. É o que foi feito neste processo. Pegou-se um jogo da sena e pegaram-se os números utilizados para dizer que há um cluster, uma caixa, que equipara as perguntas. Ora, a Estatística – e note bem que não sou estatístico, estudei Estatística, sou formado em Estatística Educacional, mas não sou estatístico –, quando se estuda e se dá a nota por quartis, evidentemente que aquelas questões que foram respondidas por todos não se contam, e as questões que não foram respondidas por ninguém também não se contam. Agora, estamos em um concurso, em um aspecto amplo, determinado, em que as pessoas se prepararam, e aí se fazem as comparações por dificuldade de questões. Por um acaso, e se a pessoa acerta o mesmo grupo de questões de alguém que fradou o concurso? Note bem que o concurso é válido. Como Corregedor, sou contrário à anulação do concurso como se pretende no Conselho Nacional de Justiça, porque isso é um absurdo. Basta ter uma pessoa honesta fazendo o concurso, em um universo de seis mil, sessenta mil pessoas, que esse concurso é válido. Que se anule para os demais, mas não para essa pessoa. Não se pode pretender anular o concurso somente porque a maioria pode ter tido relacionamento. O que é maioria? E como é que se afere isso em um universo tão grande?

Então, no caso específico, foi utilizado o sistema de cluster, indevidamente: se a questão 9 é uma questão que todos os que compraram o concurso acertaram e mais vinte pessoas também acertaram, então os vinte e os que compraram o concurso vão responder a processo, porque acertaram a questão 9, e assim por diante. E aí, para o cluster ficar mais enigmático, chega lá em uma questão em que a turma que comprou o concurso não acertou e vão pegar também as pessoas que não acertaram aquelas questões. Todas as pessoas que não acertaram essas questões, se estiverem relacionadas com as que acertaram, também vão responder a processo. Isso é que foi feito. Mas este impetrante não foi sequer indiciado pela polícia, que é a especializada. E agora, dizer que as pessoas que deram esse parecer estatístico não estavam usando a Estatística, apenas é uma

prova indiciária que se aperfeiçoa, é lamentável. Quais são os outros indícios? Por enquanto, é uma carta anônima, dizendo que esse indivíduo recebeu, um dia antes da prova, as respostas, em um posto de gasolina, que não diz qual. Há coisa mais fátua, mais vazia do que uma afirmação dessas? Evidentemente que não.

Ademais, conforme se colhe do voto proferido no Mandado de Segurança n. 2008.00.2.001832-3, Rel. Des. *Lecir Manoel da Luz*, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, na esfera administrativa, vem mitigando a força probante do mencionado laudo estatístico, *verbis*:

O cálculo de probabilidades elaborado pela Comissão considerou o evento como um sorteio, no qual as cinco alternativas de cada uma das cinquenta questões objetivas seriam escolhidas de modo aleatório fortuito, ocasional.

Em uma prova de concurso, no entanto, a escolha é norteada para a busca do item correto, e não aleatoriamente, partindo-se do pressuposto de que o candidato se preparou para participar do certame.

Não pode, portanto, ser dado caráter absoluto ao laudo da Comissão Disciplinar.

(...)

Dentro desse quadrante, destaco a decisão prolatada pelo Excelentíssimo Presidente da Corte, e. Desembargador Lécio Resende, em relação a uma das servidoras citadas, Érica Vinhadeli Papadópoli, *verbis*:

“Resumidamente, imputou-se a servidora a aquisição antecipada do gabarito do concurso do TJDFT realizado em junho de 2003, dando causa à fraude que teria contaminado sua aprovação e posse.

(...)

Primeiramente, no que concerne à prova testemunhal produzida, tem-se, na hipótese, que nenhuma das testemunhas ouvidas afirmou que a requerida teria comprado o gabarito do concurso antecipadamente à prova. Ao contrário, afirmaram que não tiveram conhecimento do seu envolvimento na fraude.

A denúncia anônima oferecida à Polícia Civil tampouco forneceu detalhes suficientes para implicar a servidora no esquema de fraude de concursos, não passando de mera suposição e, no campo das suposições, poderia-se também classificar a denúncia como ato de má-fé.

A análise estatística realizada por este Tribunal, por sua vez, não obstante inexistirem dúvidas a respeito de sua seriedade e da capacidade técnica da comissão que a elaborou, nunca se propôs a servir de elemento probatório suficiente, por si só, para embasar a afirmação de que a servidora comprou o gabarito da prova antes de sua aplicação. Apenas serviu para afirmar que, no campo das estatísticas, a ocorrência de provas idênticas entre os aprovados

no concurso era muito mais rara que acertar sozinho na megasena. Portanto, não descartou totalmente a ocorrência de uma coincidência, quanto mais uma coincidência parcial. Demais disso, como argumentou o ilustre Desembargador Corregedor, em uma prova de concurso a escolha do item correto não é aleatória, e sim direcionada à busca da resposta correta. Por fim, concordo com a defesa da requerida no que tange à possibilidade do estudo ter sido limitado pela escolha de um universo pouco abrangente, qual seja, apenas os gabaritos dos aprovados do concurso de 2003.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário para, reformando o acórdão recorrido, conceder a segurança e determinar a reintegração do recorrente ao cargo de Analista Judiciário, especialidade Execução de Mandados. Efeitos patrimoniais contados da data da impetração. Os efeitos retroativos a tal data devem ser postulados pela via ordinária, conforme Súmulas n. 269 e 271-STF. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 105-STJ.

É o voto.