



---

Jurisprudência da **Sexta Turma**

---

**HABEAS CORPUS N. 55.889-ES (2006/0051525-5)**

---

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Ivo Gobatto e outros

Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Paciente: José Antônio Couzo Arévalo Júnior

---

**EMENTA**

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

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

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

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

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

5. *Habeas corpus* concedido para trancar a ação penal de que aqui se cuida por falta de justa causa.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

---

DJe 28.09.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de José Antônio Couzo Arévalo Júnior, denunciado como incurso no art. 171, § 2º, inciso IV, do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que denegou, por maioria de votos, o *writ* ali manejado, guardando o acórdão a seguinte ementa:

*Habeas corpus*. Estelionato. Trancamento da ação penal. Justa causa. Tipicidade da conduta imputada. Provas mínimas de autoria e materialidade. Ausência de ilegalidade. Denúncia apta. Ordem denegada.

1. Não há que se falar em atipicidade da conduta imputada ao ora paciente pela denúncia, uma vez que esta guarda perfeita consonância com a descrição legal inserta no art. 171, § 2º, IV, do Código Penal.

2. Inexiste inépcia da denúncia, uma vez que a peça inaugural, cuidou de descrever toda a conduta supostamente praticada pelo ora paciente, enquadrando-a no adequado tipo penal.

3. Impossibilidade de se discutir o mérito por via de *Habeas Corpus*, sendo inidôneo o presente procedimento para tal desiderato.

4. Ordem denegada. (fl. 215).

Alega o impetrante constrangimento ilegal ante a falta de justa causa para a *persecutio criminis*, pela ausência de prova da materialidade delitiva e pela

atipicidade dos fatos narrados, sendo certo que “(...) Não se pode, *data maxima venia*, observado o Estado Democrático de Direito, admitir que alguém seja denunciado pela prática de um grave delito, quando a denúncia não estiver respaldada em provas, que embasem a imputação.” (fl. 6).

Sustenta, mais, que “(...) Um simples exame superficial do conjunto probatório evidencia que a matéria tratada na ação penal é de cunho exclusivamente civil.” (fl. 14).

Indeferida a liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): O Ministério Público ofereceu denúncia contra José Antonio Couzo Arevalo Junior, pela suposta prática do crime previsto no art. 171, § 2º, IV, do Código Penal, pelo seguinte fato delituoso:

Consta do Inquérito Policial n. 2.274/04 (Proc. 048.04.009910-2), anexo, que no ano de 2002, em hora não constante nos autos, o acusado, proprietário da Empresa Cofarja - Comércio de Ferro Velho Arévalo & Junior Ltda, fornecedor de sucata para a Empresa CST - companhia Siderúrgica de Tubarão, localizada na Av. Brigadeiro Eduardo Gomes, 930, Jardim Limoeiro, Carapina, neste Município, visando obter vantagem ilícita em prejuízo da referida Empresa, forneceu além de sucata de aço, diversos outros materiais misturados com a sucata, como areia, pedras, madeiras, dentre outros objetos expressamente proibidos, alterando a qualidade e quantidade do produto a ser entregue, comprometendo, assim, o sistema operacional da CST e colocando em risco o seu sistema produtivo.

Assim agindo, incorreu o denunciado na conduta criminosa tipificada no art. 171, § 2º, IV, do CP (fraude na entrega de coisa). (fl. 65)

Colhe-se dos autos que a firma Cofarja, da qual o paciente é sócio-proprietário, há oito anos fornecia sucatas para a Companhia Siderúrgica de Tubarão – CST (fl. 42). Extrai-se, ainda, que José Antônio chegou a ser notificado pelo setor comercial da empresa-vítima, comparecendo ao local, detectou a existência de impurezas nos pacotes de sucatas. (fl. 43)

Observa-se, também, que a Companhia Siderúrgica de Tubarão “já constatou outras irregularidades por parte de outros fornecedores, mas não na proporção do caso da Cofarja.” (fl. 47)

Nas declarações prestadas na fase inquisitorial, o denunciado afirmou ser comum a presença de impurezas nesse tipo de matéria-prima, sendo que, em outras ocasiões, a vítima teria verificado a existência de elementos impróprio nas sucatas fornecidas por sua empresa, sendo a questão resolvida entre as partes, de forma consensual.

Importante transcrever, no que interessa, o voto proferido pelo Desembargador Relator do *writ* originário, que concedia a ordem ali manejada pelo seguintes fundamentos:

*In casu*, evidenciada está a ausência de justa causa pela atipicidade da conduta.

(...)

Não demonstrou o representante do Ministério Público, ter o paciente obtido qualquer vantagem ilícita para si ou para outrem e, assim, não se tipificou o crime de estelionato.

É cediço que se a subsunção da conduta do acusado ao tipo legal demonstrar, de plano, a atipicidade da conduta e, via de consequência, a ausência de justa causa para o prosseguimento, há de se impor o trancamento da ação penal, o que ocorre no caso em tela.

Ademais, infere-se que os valores pagos pela CST ao paciente eram calculados a partir da pesagem da carga, e que, a presença do material não metálico, representou 5% (cinco por cento) do preço da sucata, percentual este, que fora glosado do pagamento do paciente, o mesmo ocorrido com outros fornecedores.

Destarte, reitero, não restou devidamente demonstrado o crime de estelionato, mas, no máximo, a ocorrência de ilícito civil, não podendo prosperar a ação penal pela ausência de tipificação legal.

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

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

A propósito, vejam-se:

Estelionato. Denúncia. Inépcia formal.

1. Ainda que se admita denúncia sintética, não se admite, porém, denúncia vaga, imprecisa e omissa. Em casos de ordem tal, a denúncia deixa de conter a exposição do fato criminoso de acordo com o que está escrito no art. 41 do Cód. de Pr. Penal.

2. A norma que incrimina e apena o estelionato exige, além da obtenção, para si ou para outrem, de vantagem ilícita, o prejuízo alheio, cabendo ao denunciante, ao propor a ação penal, apresentar tal elemento, o que, no caso, não ocorreu.

3. É inepta formalmente a denúncia que não expõe, às claras, o fato criminoso – no caso, estelionato –, qual a descrição contida no art. 171 do Cód. Penal.

4. *Habeas corpus* concedido para se excluir o paciente da ação penal. (HC n. 63.655-SP, Relator Ministro Nilson Naves, DJe 05.05.2008)

*Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Estelionato. Falta de justa causa evidenciada. Vantagem ilícita, prejuízo alheio, meio fraudulento. Inocorrência.

1. O crime de estelionato necessita, para sua configuração, além da vantagem ilícita em prejuízo alheio, o emprego de ardil, artifício ou qualquer outro meio fraudulento, para induzir a vítima em erro. Precedentes do STJ.

2. Não demonstrando a denúncia o meio fraudulento empregado e o especial fim de agir do acusado para obter vantagem ilícita, em detrimento de terceiro, não se justifica a instauração da ação penal, diante da atipicidade da conduta descrita.

3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. (HC n. 46.296-PB, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 14.11.2005)

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

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Alegação de ocorrência de mero inadimplemento contratual. Fraude civil e a fraude penal.

I - Ontologicamente não há qualquer distinção entre a fraude civil e a fraude penal, é dizer, uma e outra estão reunidas num mesmo conceito: utilização de meios fraudulentos para a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio. Não há por assim dizer, diferenças estruturais entre a lesão patrimonial *per fraudem* realizada quer na esfera civil, quer na esfera penal. A fraude é uma só!

II - O simples descumprimento de uma obrigação contratual, sem que ocorra a indicação de elementos concretos do ilícito penal, não pode ensejar, como se deu *in casu*, uma *persecutio criminis in iudicio*.

*Habeas corpus* concedido para determinar a anulação da ação penal em trâmite perante o MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Sobral-CE. (HC n. 84.715-CE, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 05.11.2007)

*Habeas corpus*. Paciente denunciado pela prática de estelionato. Ausência de justa causa. Inadimplemento contratual. Matéria circunscrita ao âmbito cível. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.

1 - Falta justa causa à ação em que o paciente é denunciado pela prática de estelionato, se a lide, na verdade, circunscreve-se ao âmbito do direito civil, eis que diz respeito à alegação de prejuízo em virtude de inadimplemento contratual, não se verificando do inquérito algum suporte que aponte a intenção do agente em induzir ou manter os contratantes em erro, mediante o uso de algum meio fraudulento, de modo a obter vantagem ilícita.

2 - Concedo o *habeas corpus* para trancar a ação penal, ante a ausência de justa causa. (HC n. 26.656-SC, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJe 07.04.2008)

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Estelionato. Caracterizado mero inadimplemento contratual. Recurso provido.

1. Não demonstrado, na denúncia, o emprego do meio fraudulento com a finalidade de obter vantagem ilícita pelo paciente, carece a ação penal instaurada de justa causa.

2. Tratando-se, unicamente, de suposto inadimplemento contratual, a questão deve ser resolvida no âmbito cível.

3. Recurso a que se dá provimento para trancar a Ação Penal n. 050.05.09510-2/00, instaurada perante a 23ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo-SP. (RHC n. 21.359-SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 19.05.2008)

Colho, ainda, o seguinte precedente o Supremo Tribunal Federal:

*Habeas Corpus*. 2. Crimes de estelionato e extorsão. 3. Pedido de trancamento da ação penal. 4. Denúncia inepta. Imputação genérica ou abstrata, impassível de comprovar a materialidade dos supostos delitos. 5. Em se tratando de crime de estelionato, o dolo de obtenção de vantagem, mediante indução ou manutenção da vítima em erro, deve ser inicial. O intento lesivo deve coexistir com o início da execução, não se caracterizando o delito do art. 171 do Código Penal quando, como no caso concreto, a teórica intenção lesiva tenha nascido *a posteriori*, na busca de proveito indevido antes não visado, situação que se caracterizaria como mero inadimplemento contratual. (87.441-PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 13.03.2009)

Assim, inexistindo previsão legal no ordenamento pátrio para enquadramento do paciente como sujeito ativo do crime tipificado no art. 171,

§ 2º, IV, do Código Penal, por mero inadimplemento de obrigação contratual e, não narrando a denúncia, conforme exigência do art. 41 do CPP, indicativo de eventual conduta ilícita perpetrada pelo acusado, a continuidade da ação penal configura constrangimento ilegal.

Diante do exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal de que aqui se cuida por falta de justa causa.

É voto.

---

#### **HABEAS CORPUS N. 88.664-GO (2007/0187687-4)**

---

Relator: Ministro Og Fernandes

Relator para acórdão: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Impetrante: Gentil Meireles Neto

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: Sales Delfino Leite

---

#### **EMENTA**

Estupro mediante violência presumida. Vítima com 13 anos e 11 meses de idade. Interpretação abrangente de todo o arcabouço jurídico, incluindo o ECA. Menor a partir dos 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas. *Habeas corpus* como instrumento idôneo para desconstituir sentença condenatória. Descaracterização da violência e, pois, do estupro. Ordem concedida.

1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência.

2. *Habeas corpus* em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória.

3. Ordem concedida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi concedendo a ordem em menor extensão, seguido pelos Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Celso Limongi, que lavrará o acórdão.

Vencido em parte o Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 23 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

---

DJe 08.09.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Em benefício de Sales Delfino Leite impetrou-se este *habeas corpus*, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que deu parcial provimento ao apelo defensivo, nos termos desta ementa (fls. 34):

Apelação. Estupro. Violência presumida. Prova. Circunstâncias judiciais. Pena. Regime prisional.

1 - Contando a vítima à época do fato com apenas 13 anos de idade, presume-se a violência para efeito de caracterização do estupro (CP, art. 224, a).

2 - À luz das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, analisadas, lícita é a redução da pena-base para *quantum* pouco acima do mínimo legal.

3 - O estupro, mesmo em sua forma básica, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constitui crime hediondo, devendo sua pena ser cumprida em regime integralmente fechado (Lei n. 8.072, arts. 1º, V, e 2º, § 1º).

Apelação parcialmente provida.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de estupro, mediante violência presumida (vítima menor de 14 anos). Após regular instrução, sobreveio sentença condenando-o à pena de 8 (oito) anos e 7 (sete) meses de reclusão, a ser cumprida integralmente no regime fechado.

Contra essa decisão, a defesa interpôs apelação que, como visto, foi parcialmente provida, com a consequente redução da pena a 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença.

Foram opostos - e rejeitados - embargos de declaração. Interposto recurso especial, inadmitido na origem. Sobreveio, então, agravo de instrumento, ao qual se negou provimento (Ag n. 722.269-GO).

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante não haver provas suficientes para a condenação, razão por que se pede a absolvição do paciente.

Sustenta-se, subsidiariamente, falta de fundamentação à exasperação da pena acima do patamar mínimo.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora às fls. 54 e seguintes.

Em manifestação subscrita pela Procuradora Regional Eliana Péres Torelly de Carvalho, no exercício das atribuições de Subprocurador-Geral, o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem. Eis a ementa do parecer (fls. 71-72):

Processual Penal. *Habeas corpus*. Estupro com violência presumida. Alegação de insuficiência do material probatório em que se fundou a condenação. Impropriedade da via eleita. Necessidade de amplo revolvimento da matéria fática em sede de *habeas corpus*.

Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais parcialmente favoráveis. Fixação pouco além do mínimo legal. Possibilidade. Constrangimento ilegal inexistente.

Agravante genérica. Reincidência. Agravamento da pena sem qualquer comprovação da reiteração delitiva. Impossibilidade. Ilegalidade configurada.

Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Inconstitucionalidade. Precedentes do STF e do STJ. Lei n. 11.464/2007, que estabeleceu o regime inicialmente fechado. Lei penal benéfica ao réu. Aplicação retroativa. Inteligência do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP. Concessão *ex officio* do *writ*.

Parecer pelo conhecimento parcial do *writ*, e, na parte conhecida, pela concessão parcial, apenas para retirar a exasperação relativa à agravante de

reincidência, fixando a pena em seis anos e seis meses de reclusão. Manifestação pela concessão de ofício de *habeas corpus* para afastar a proibição da progressão de regime.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Como visto, são dois os pedidos formulados. Assim, melhor sejam eles examinados em separado.

*(I) pedido de absolvição, calcado na insuficiência de provas:*

A pretensão trazida pelo impetrante, sem dúvida, esbarra na necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência essa vedada na via eleita dada sua estreiteza.

Nesse sentido:

Criminal. HC. Absolvição. Análise inviável na via eleita. Revolvimento dos fatos e provas. Impropriedade do *writ*. Estupro e atentado violento ao pudor. Continuidade delitiva. Instituto já aplicado pelo magistrado singular. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem parcialmente conhecida e denegada. 1 - O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise do pleito de absolvição do réu, em virtude da necessidade de análise aprofundada das circunstâncias de fato e das provas dos autos, inviável na via eleita. (HC n. 76.231-DF, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJ de 24.09.2007)

*Habeas corpus* liberatório. Estupro. Violência presumida (vítima com 13 anos de idade). Pena concretizada: 6 anos de reclusão. Pretensão de absolvição. Revisão de matéria fático-probatória. Impropriedade na via eleita. Ausência de comprovação da miserabilidade da vítima. Inexigência de formalidades. Ordem denegada. 1. É inviável, na via estreita do *Habeas Corpus*, revisar matéria fático-probatória com a finalidade de obter pronunciamento judicial que implique absolvição do crime pelo qual o paciente foi condenado, sobretudo se as instâncias ordinárias, soberanas na análise fática dos autos, frisaram que a autoria restou evidenciada, bem como a materialidade do crime de estupro. (HC n. 85.660-PB, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 04.08.2008)

*Habeas corpus*. Direito Processual Penal e Direito Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Absolvição. Fundamentação idônea. Incabimento. Pena-base no mínimo. Cúmulo material das penas. Constrangimento. Inocorrência. Óbice

à progressão do regime prisional. Incabimento. 1. O reexame de provas, à moda de segunda apelação em que se pretende discutir a justiça da condenação, não se ajusta ao âmbito angusto do *habeas corpus*, mormente em casos tais em que a sentença e o acórdão impugnado estão lastreados nos elementos de prova colhidos no decorrer do processo. (HC n. 62.273-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 22.04.2008)

Há de ser ressaltado que a prova dos autos indica que, à época dos fatos, a menor não havia completado 14 (quatorze) anos. Daí o reconhecimento da violência presumida, presunção essa tida por absoluta, na linha da jurisprudência dominante desta Corte.

A propósito, confira-se este julgado da Terceira Seção:

Embargos de divergência em recurso especial. Penal. Crime contra liberdade sexual. Vítima menor de 14 anos. Violência presumida. Presunção de caráter absoluta. Embargos providos.

1. O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida a menor de 14 anos, em que ainda não haja efetiva violência física ou real, esta será presumida, diante de uma certa restrição na capacidade da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual.

2. *Estando tal proteção apoiada na innocentia consilii da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas conseqüências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto.* Precedentes do STJ e STF.

3. O MPF manifesta-se pelo provimento dos embargos.

4. Embargos de Divergência providos. (EREsp n. 666.474-MG, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 03.04.2009)

De mais a mais, as instâncias ordinárias concluíram pela condenação com lastro na prova testemunhal colhida no transcurso da instrução. Assim, inexistente o apontado constrangimento ilegal.

*(II) pedido de redução da pena imposta:*

Para melhor elucidar a questão, indispensável a prévia leitura da sentença e do acórdão de apelação, na parte em que interessa:

*Ex positis* e com base nas provas dos autos, conheço da denúncia e julgo procedente para condenar Sales Delfino Leite, nas penas do art. 213 c.c. art. 224,

a, e art. 225, § 1º, I, todos dispositivos do CP, passando com espeque no art. 68, e 59, ambos do Código Repressivo a dosar-lhe a pena:

Destarte, tenho que o réu é imputável, tinha consciência da ilicitude e lhe era exigível conduta diversa; é reincidente; sua conduta social é irregular; há indicativos de personalidade voltada para a criminalidade; as consequências do crime foram enormes, cuja repercussão se dará por toda vida da vítima e seus familiares; a motivação para o crime seu deu pela ausência de controle da libido, da sexualidade, dos ímpetos da carne; as circunstâncias lhe são desfavoráveis, isto é, mesmo depois da infração criminal, continuou por longo tempo a molestar a vítima e seus familiares, tanto que lhe foi decretada a prisão processual; quanto ao comportamento da vítima, em nada contribuiu para a ação do denunciado;

Nestes termos, fixo como pena base 08 anos e 04 meses de reclusão, acrescida em três meses em razão da circunstância agravante indicada no art. 61, I, do CP, pena que torno definitiva em 08 anos e 07 meses de reclusão, por ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, minorantes ou majorantes, a favor ou contra o Denunciado. (fls. 18-19)

A pena aplicada, porém, mostra-se exacerbada, motivo pelo qual deve ser reduzida.

Levando-se em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, suficientemente analisadas, e à pena fixada para o crime em questão, que é de 06 (seis) anos, reduzo a estabelecida pena-base de 08 (oito) anos e 4 (quatro) meses para 06 (seis) anos e 06 (seis) meses, *quantum* esse que aumento em razão da agravante da reincidência dos 03 (três) meses fixados, resultando em 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão a pena definitiva do apelante. (fls. 32)

Como visto, o Tribunal de origem reformou parcialmente a pena-base, mantendo-a, contudo, em 6 (seis) meses acima do patamar mínimo. Daí a irresignação defensiva.

Ao que quero crer, também sem razão o impetrante. Isso porque a majoração se justifica principalmente pelas *circunstâncias do crime*, tidas por desfavoráveis, pelo fato de que o paciente “mesmo depois da infração criminal, continuou por longo tempo a molestar a vítima e seus familiares, tanto que lhe foi decretada a prisão processual”. Assim, irrepreensível a exasperação operada.

Quanto à agravante da reincidência, reconhecida por ambas as instâncias ordinárias e até então não contestada pela defesa, vejo, a partir da leitura dos autos, que o impetrante não cuidou de comprovar a alegada primariedade do paciente. Não se juntou folha de antecedentes criminais ou qualquer documento similar.

Tal encargo, por certo, cabia à defesa, que dele não se desvencilhou. Desse modo, mostra-se inviável, aqui e agora, o afastamento do acréscimo à pena. Calha ressaltar que nada obsta a impetração de novo *habeas corpus*, melhor instruído, agitando uma vez mais a questão.

Por fim, deve ser afastada a vedação à progressão de regime, uma vez que a jurisprudência hoje pacífica desta Corte e do Supremo Tribunal Federal entendem ser inconstitucional o dispositivo que proibia o deferimento do benefício.

Tendo em vista que o crime atribuído ao paciente foi cometido antes da Lei n. 11.464/2007, ela não se lhe pode aplicar, em obediência ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa. A progressão de regime há de obedecer aos requisitos presentes no art. 112 da Lei de Execução Penal.

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem, tão somente a fim de permitir a progressão de regime, que poderá ser deferida, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 112 da Lei n. 7.210/1984.

É como voto.

#### **VOTO-VENCEDOR**

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): O paciente, incurso no artigo 213, combinado com o artigo 224, **a**, ambos do Código Penal, foi condenado, em primeiro grau, à pena de 8 anos e 7 meses de reclusão, acusado de prática de estupro mediante violência presumida contra menor com menos de 14 anos de idade. Em recurso da defesa, o e. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás a ele deu provimento, reduzindo a pena a 6 anos e 9 meses de reclusão, a ser cumprida integralmente no regime fechado, considerado o caráter de hediondez desse delito, ainda que na forma de violência presumida.

Em benefício do paciente foi impetrada a presente ordem, sob o fundamento de que inexistiam elementos de convicção para sua condenação, razão pela qual pede o impetrante a absolvição. Ademais, subsidiariamente, sustenta falta de fundamentação à exasperação da pena acima do mínimo legal.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pela concessão em parte da ordem, apenas para corrigir o regime prisional estabelecido.

Passo a proferir o voto.

Cumpre-me, de início, lembrar que o *habeas corpus* é remédio constitucional que dispõe de força para desconstituir sentença transitada em julgado, desde que

desnecessária dilação probatória e que a coação ilegal se apresente *primus ictus oculi*. Não é demais lembrar a advertência de José Frederico Marques, em seu “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. IV, p. 444, segundo a qual a rotina judiciária

tem impedido o *habeas corpus* de ser, entre nós, instrumento dos mais eficazes na defesa e amparo do direito de liberdade.

E claro é que na hipótese de valer-se o interessado do *habeas corpus* para anular um ato processual, como o é a sentença definitiva ou o acórdão que a confirma, assume ele a natureza de ação constitutivo-negativa: na espécie, seria para desconstituir a condenação do paciente.

Valendo-me, ainda, de José Frederico Marques, obra citada, p. 457

O *writ of habeas corpus* destaca-se, em segundo lugar, como ação constitutiva. E é o que ocorre quando tem por fim fazer cessar coação ou ameaça de coação, contra a liberdade de ir e vir, desconstituindo, por ilegal, a situação jurídica de que provinha o ato coercitivo.

Se uma sentença é proferida, em processo absolutamente nulo, e, após passar em julgado, é executada, daí advindo a prisão do réu, ou a expedição de mandado para prendê-lo, a concessão do *habeas corpus* implica anulação da sentença e de todo o processo. Antes de anulada pelo *habeas corpus*, a sentença tinha inteira eficácia. Concedido o *writ*, no entanto, fica sem efeito a sentença, rescindida que é ordem de *habeas corpus*.

Igual fenômeno ocorre quando, por falta de justa causa, a coação é considerada ilegal e cessa definitivamente a instância. É que, nessa hipótese, havia uma situação jurídica, embora injusta, em que se alicerçava a *potestas coercendi* do Estado, para exercer o direito de punir.

E o mesmo se verifica, quando o pedido de *habeas corpus* se acha fundamentado no art. 648, n. VII, do Código de Processo Penal. Nessa hipótese, o *writ* identifica-se com a ação rescisória, se, apesar de extinto o *jus puniendi*, sentença já existir, como título executório, para ser exercido o *jus punitiois*. É o que sucede, se a sentença condenatória foi proferida, malgrado extinto o *jus puniendi*, ou houver título executório já prescrito ou que venha a perder eficácia por efeito de outra causa extintiva (além da prescrição) prevista no art. 108 do Código Penal, como *v. gratia*, na hipótese de ter sido concedida a *indulgentia principis* (Código Penal, art. 108, n. II), ou de haver a *novatio legis* (art. 108, n. III, do Código Penal).

Como se percebe, o remédio heroico se reveste, sim, de uma natureza constitutiva e é um instrumento extremamente útil para a consecução da justiça.

Não cabe aos juízes e tribunais inibir a força de tal ferramenta, forjada ao longo dos séculos.

Dir-se-á, ainda, e com razão, que a função deste Superior Tribunal não é revolver provas, rediscutir matéria fática. No entanto, também seria suma injustiça aceitar os fatos mas a errônea classificação jurídica dada pelas instâncias ordinárias, se a outra classificação, mesmo tendo como incontroversos os fatos, chegar esta e. Corte. Não se discutem os fatos, mas, sim, sua classificação jurídica.

Examinando-se os autos, a prova produzida e a classificação jurídica dada aos fatos pelas instâncias ordinárias, peço licença ao eminente Ministro Og Fernandes para, com o maior respeito, ousar discordar da solução apresentada, embora reconheça a força de seus argumentos, calcados em boa doutrina e na maciça jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Adianto que vou aceitar os fatos exatamente como o fizeram o nobre Juiz de primeiro grau e o e. Tribunal goiano: o paciente, homem de mais de trinta anos de idade e casado, manteve relações sexuais com uma adolescente de menos de 14 anos de idade.

Não discuto se tais relações sexuais ocorreram em 23 de novembro ou 23 de dezembro. Se elas ocorreram em 23 de dezembro, a adolescente contaria já com 14 anos de idade e o fato não seria típico. Mas, seja: consideramos que o contato sexual ocorreu em 23 de novembro e a menor contava 13 anos e onze meses de idade.

Não discuto, igualmente, se era virgem ou se já haveria mantido relações sexuais com seu primeiro namorado, negado, obviamente, por este.

Nem igualmente está em discussão se a menor procurou beneficiar o namorado, trazendo falsos dados para arredar a tipicidade da conduta do paciente.

O que me parece importante é que o paciente, mesmo casado, insistiu em entreter namoro com a menor, a ponto de pedir ao pai desta autorização para namorá-la. E, negada a autorização, não resistiu em levá-la a um motel, onde o casal se entregou às práticas sexuais.

A conduta do paciente se subsumiu ao tipo descrito no artigo 213, combinado com o artigo 224, alínea a, ambos do Código Penal?

Por esse fato, merece o paciente a pena que lhe foi imposta, 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado?

É essa pena objetivamente justa?

O comportamento do paciente merece, sem dúvida, críticas. Com 32 anos de idade e chefe de família, não deveria assediar a menor. Há referências a ter sido preso anteriormente e não dedicar-se ao trabalho. São apenas referências.

De qualquer modo, não estamos nem podemos examinar sua conduta do ponto de vista social, mas do direito penal.

E, em seu favor, vimos que nutria afeto à vítima, tanto que buscou autorização dos pais desta para namorá-la. Não se pode deixar de consignar também que a própria menor aceitou o convite para ir ao Motel e manter relações sexuais. O ato foi consentido e aqui é que se enfrenta o maior problema: a lei penal não atribui validade ao consentimento de menor de 14 anos de idade para a prática de relações sexuais ou de atos libidinosos. Em outras palavras, presume-se a violência contra menores com menos de 14 anos de idade. Caracteriza-se, por definição legal, o estupro, se houver conjunção carnal, ou o atentado violento ao pudor, se se limita à prática de atos libidinosos distintos da conjunção carnal.

Esse é o pensamento do legislador de 1940, ano em que nasceu o Código Penal Brasileiro.

Em primeiro lugar, faz-se necessário lembrar que o Direito não deve ser estático, mas, por força das vertiginosas transformações sociais, nem sempre consegue acompanhá-las. Por isso, o Direito erige-se tantas vezes em óbice ao desenvolvimento da sociedade. O chileno Eduardo Novoa Monreal escreveu monografia a propósito desse tema e já no preâmbulo anotou:

... a nota mais deprimente reside em que os preceitos, esquemas e princípios jurídicos em voga se vão convertendo, gradualmente, não apenas em um pesado lastro que freia o progresso social, quando não chega, muitas vezes, a levantar-se como um verdadeiro obstáculo para ele (cf. "O Direito como obstáculo à transformação social", Sergio Antonio Fabris Editor, p. 9, Porto Alegre, 1988).

E, nesse aspecto, é inegável o valor da jurisprudência, pois esta comumente vem à frente do legislador e é para ele fonte de inspiração. Em tantos temas de Direito Privado, de Direito Público e de Direito Penal, as decisões do Judiciário foram dando interpretação às leis e culminaram por adiantar-se ao legislador e disciplinaram relações fáticas, para cujas soluções não havia lei expressa. O Judiciário viabilizava uma solução e, posteriormente, o legislador a encampava, transformando-a em lei.

Parece claro que, quando se interpreta um Código Penal nascido em 1940, portanto, com 69 anos de idade, é preciso adequá-lo à realidade de hoje, levando em conta os valores da atualidade, para que as decisões sejam mais justas.

O outro aspecto que merece destaque se prende a que, para a boa interpretação da lei, é necessário levar-se em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Uma visão abrangente desse arcabouço facilita - e muito - o entendimento e a interpretação da lei.

Assim, em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente precisa ser analisado, para enfrentar a questão posta nestes autos, a de se saber se o estupro e o atentado violento ao pudor por violência presumida se qualificam como crimes e, mais, como crimes hediondos.

É necessário levar em conta o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque, pelo artigo 2º desse Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. E, como lembra Carlos Antônio R. Ribeiro,

se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador, capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual (cf. "Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual, *in* Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, vol. 5, número 12, p. 216).

Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI!

A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos

encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei. Aliás, Manoel Gonçalves Ferreira Filho deixou assentado:

Contudo, a Carta lhe (ao Judiciário) deu, mesmo nessa função típica, em certo distanciamento em relação a lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou o *due process of law* substantivo do direito anglo-americano (art. 5º, LIV), afora o aspecto formal, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório, etc., mantido no art. 5º, LV da Constituição. Assim pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta, etc., quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei.

(Comentários à Constituição Brasileira de 1988, p. 67).

E, efetivamente, não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940...

A interpretação da lei exige, de tal arte, coerência, harmonização das disposições legais, evitando interpretações que se contraponham.

Todavia, não entendo, *a fortiori*, hediondas essas modalidades de crime em que milita contra o sujeito ativo presunção de violência. E isto, porque a Lei de Crimes Hediondos não contempla essa modalidade. Leia-se a lei e ali encontraremos como crimes sexuais hediondos tão-só o estupro e o atentado violento ao pudor, nas formas qualificadas.

A presunção de violência está prevista apenas no artigo 224, alínea **a**, do Código Penal, e a ela a Lei de Crimes Hediondos não faz a mínima referência. E, sem previsão legal, obviamente não existe fato típico, proibida a analogia contra o réu.

A doutrina e a jurisprudência se dividem também sobre esse tema.

João José Leal, em sua monografia "*Crimes Hediondos*", Juruá Editora, 2ª edição, Curitiba, 2005, p. 151, deixa assentada a seguinte lição:

Com base num processo hermenêutico restritivo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm entendido que o estupro e o atentado violento ao pudor,

quando praticados com violência presumida, não estão arrolados como crimes hediondos, pelo art. 1º e seus incisos, da LCH. O argumento é de que os incs. V e VI, do art. 1º não se referem às formas típicas previstas no art. 223 e suas alíneas, do CP. Embora possa parecer contraditório, a verdade é que, em matéria penal, a interpretação deve ser restritiva, e, se a norma omitiu as formas típicas de estupro e de atentado violento ao pudor assentadas na idéia de presunção de violência, não cabe ao intérprete ampliar o rótulo da hediondez para essas categorias criminosas. Essa interpretação restritiva da matéria se justifica mais ainda, quando se sabe das consequências severas resultantes da condição jurídicopenal de hediondez atribuída a uma infração penal.

Todavia, Marcellus Polastri Lima e Sheila Bierrembach, em seu “*A (Nova) Lei dos Crimes Hediondos*”, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 39, manifestam entendimento contrário:

Essas condutas repugnantes, bem como as demais previstas no art. 224 do Código Penal, também devem integrar o rol de crimes hediondos, já que as leis penal e específica não autorizam nem fazem qualquer distinção entre as duas formas de violência (real ou ficta) que integram o tipo dos delitos em questão.

O Supremo Tribunal Federal, no *HC n. 78.305-4-MG*, relator o Ministro Néri da Silveira, decidiu que o crime de atentado violento ao pudor por violência ficta não se enquadra entre os delitos hediondos. Eis a ementa, na parte que interessa:

(...)

6. Dessa maneira, se não procede o fundamento da petição inicial do *habeas corpus*, com base na Lei n. 9.455/1997, que, de acordo com a jurisprudência do STF, é aplicável, tão-só, ao crime de tortura e não aos demais delitos tidos como hediondos pela Lei n. 8.072/1990, cabe, aqui, deferir o *habeas corpus*, porque o crime de atentado violento ao pudor, pelo qual condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra **a**), não se enquadra entre os delitos hediondos, *ut* art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, visto que do fato não resultou nem lesão corporal grave nas vítimas, nem morte (art. 214, em combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, do Código Penal).

Ainda,

Competência. *Habeas corpus*. Ato de Tribunal de Justiça. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de

superior. *Estupro. Prova. Depoimento da vítima.* Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. *Estupro. Configuração. Violência presumida. Idade da vítima. Natureza.* O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea **a**, do Código Penal.

(HC n. 73.662-MG, Relator Min. Marco Aurélio, Publicação DJ 20.09.1996)

Este Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de decidir que estupro e atentado violento ao pudor por presunção de violência não se caracterizavam como delitos hediondos, tal como o ilustram os seguintes julgados:

*Habeas corpus.* Dilação probatória. Impossibilidade. Via inadequada. Penal. Atentado violento ao pudor com violência presumida. Não configuração de crime hediondo. Progressão de regime. Possibilidade.

(...)

Nos termos do art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.072/1990, somente o atentado violento ao pudor praticado com violência real (lesão corporal grave ou morte) é considerado hediondo, motivo pelo qual, perpetrado o delito com violência presumida, há possibilidade de progressão do regime prisional. Precedentes do STF e do STJ.

3. Ordem concedida de ofício.

(*Habeas corpus* n. 13.129, São Paulo, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 19.02.2001)

Crime contra a liberdade sexual (estupro). Menor de 14 anos (presunção de violência relativa). Consentimento válido da menor (relevância).

1. É missão fundamental do Penal tutelar bens jurídicos, todavia a sua intervenção depende de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem tutelado pela norma. Não há responsabilidade penal por ato de outrem, tampouco por ato inexistente.

2. Reputa-se relativa a violência presumida disposta no inciso **a** do art. 224 do Cód. Penal.

3. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e contra a violência sexual de

homem ou mulher, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente.

4. No caso, o consentimento não-viciado e o livre convencimento da menor de 14 anos para a prática da conjunção carnal com o namorado elidem a tipificação do crime de estupro.

5. Recurso do qual se conheceu pelo dissídio, mas ao qual se negou provimento.

(Recurso especial n. 542.324-BA, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator para acórdão Ministro Nilson Naves, publicado no DJ 14.04.2008)

No entanto, acórdãos mais recentes mostram alteração de entendimento. Confirmam-se os seguintes arestos:

Penal. *Habeas corpus*. Atentado violento ao pudor. Crime hediondo. Regime inicial semi-aberto. Possibilidade. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (redação revogada) declarada pelo STF.

*I - Constitui-se o crime de atentado violento ao pudor, ainda que perpetrado em sua forma simples ou com violência presumida, crime hediondo, submetendo-se o condenado por tais delitos ao disposto na Lei n. 8.072/1990 (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).*

II - O c. Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 82.959-SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, é inconstitucional.

III - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, praticado antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, pode obter o direito à progressão de regime prisional ou, ainda, iniciar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

Ordem concedida.

(*Habeas corpus* n. 108.590-SP (2008/0129853-0), Relator Ministro Felix Fischer, DJe 03.11.2008)

*Habeas corpus*. Estupro. Ausência de intimação do advogado. Nulidade relativa. Supressão de instância. Pretensão de recorrer em liberdade. Pedido prejudicado. Trânsito em julgado. Crime hediondo. Progressão de regime. Impossibilidade. Constitucionalidade da Lei n. 8.072/1990. Lei n. 9.455/1997. Exclusividade dos crimes de tortura.

1 - Não pode ser conhecida a alegação de nulidade, dado que a matéria não foi examinada pelo Tribunal de origem, vedada a supressão de instância, cabendo anotar que não se trata de nulidade absoluta, que autorizaria seu conhecimento de ofício.

2 - Diante do trânsito em julgado da condenação, fica prejudicado o pedido de recorrer em liberdade.

3 - Não se pode afastar a incidência do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, pois, em consonância com o precedente do Pretório Excelso desde o julgamento do HC n. 81.288-1-SC (DJU de 25.04.2003), os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, também nas suas formas simples, isto é, das quais não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, ainda que praticados com violência presumida, são considerados hediondos, em razão do que dispõe o artigo 1º, incisos V e VI, combinado com o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, impondo-se o desconto das penas corporais correspondentes integralmente no regime fechado.

4 - Não merece prosperar a tese de revogação do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 pela Lei n. 9.455/1997, diante do art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, pois entende-se que o legislador ressalvou o crime de tortura dentre aqueles cuja reprimenda corporal deveria ser cumprida integralmente em regime fechado.

5 - Habeas Corpus parcialmente conhecido e denegado.

(Habeas corpus n. 33.637-MG (2004/0016926-3), Relator Ministro Paulo Gallotti, DJe 29.09.2008)

Diante de matéria tão polêmica, não é fácil tarefa enfrentar o caso em julgamento. De qualquer modo, os fatos são esses, incontroversos, prontos para receber a classificação que a maioria houver por bem fazer.

Um ponto apenas: em artigo publicado no jornal “Folha de S. Paulo”, caderno “Equilíbrio”, de 21 de maio de 2009, noticiou-se que a antecipação da puberdade é um fenômeno mundial relacionado a fatores como a melhor alimentação, acrescentando que as meninas de hoje são mais informadas e encaram com mais naturalidade a transição rumo à vida adulta.

Nesse artigo extraio trecho importante:

A idade média do desenvolvimento dos seios baixou de 10,88 anos entre 1991 e 1993 para 9,86 entre 2006 e 2008, período em que os autores acompanharam mais de 2.000 garotas entre cinco e 20 anos.

Aliás, fico com a sensação de que a menina de 14 anos de idade, à época do nascimento do Código Penal não era mais instruída sobre temas sexuais, do que a menina de 12 anos de hoje...

Todavia, sempre atento aos princípios constitucionais, garantidores da liberdade individual, e preocupado sempre com inversões, em que a lei ordinária se sobreponha à Constituição Federal, e, em especial, não havendo

previsão legal expressa de que estupro e atentado violento ao pudor, por violência ficta, se qualifiquem como delitos hediondos, meu voto é pela concessão da ordem para desconstituir a decisão que condenou o paciente como incurso nas penas do artigo 213, absolvendo-o sob o fundamento de que os fatos a ele imputados não configuram, na espécie destes autos, crime de estupro com violência presumida.

### VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Srs. Ministros, também tenho sustentado que a presunção de que estamos cuidando é de natureza relativa. Eis o que escrevi para o REsp n. 542.324, de 2005:

Há precedentes num e noutra sentido. O meu entendimento, porém, é o de que a presunção a que se refere o indigitado art. 224, **a**, do Cód. Penal – “presume-se a violência, se a vítima não é maior de 14 (catorze) anos” – é de cunho relativo. Foi assim que decidi quando procedi, monocraticamente, ao exame do REsp n. 705.429, DJ de 10.05.2005. Vali-me, ali, da lição de Hungria. Vejamo-la:

O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca *resistência*. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro. Nem é de confundir a efetiva resistência com a instintiva ou convencional relutância do pudor, ou com o jogo de simulada esquiva ante uma *vis grata*... (“Comentários ao Código Penal”, Forense, 1983, vol. VIII, p. 107-108.)

No mesmo sentido, entre outros, Fragoso, para quem “a presunção de violência deve desaparecer da lei, pois dá lugar a soluções injustas, não tendo correspondência na realidade” (“Lições de Direito Penal”, Forense, p. 42), e Noronha, que indaga “como se falar em incapacidade de apreciação de um ato em quem habitualmente, cotidianamente o pratica?” (“Direito Penal”, Saraiva, vol. 3, p. 300).

Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades.

Assim, o principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e a violência sexual,

independentemente de a vítima ser homem ou mulher, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente e que decorram de consentimento não-viciado. Não é papel do Penal limitar a liberdade sexual, mas garanti-la.

Embora não se lhe negue a missão fundamental de tutelar bens jurídicos, a intervenção do Penal depende de efetiva lesão ou perigo (concreto) de lesão ao bem tutelado pela norma. O meu convencimento, e creio não me achar em erro, é que a liberdade sexual, bem jurídico que orienta a punição dos crimes sexuais, tem a ver com a livre disposição do corpo para fins sexuais, bem como com o direito de não ser a pessoa envolvida em atividades sexuais sem seu consentimento. Ora, se a relação sexual é consciente e validamente consentida, não há afetação real dessa liberdade; conseqüentemente, eventual punição do ato que não atingiu o bem jurídico violaria, na verdade, o princípio do *nullum crimen sine injuria*.

Ao que cuido, a ofensividade do bem jurídico deve derivar, obviamente, da conduta do agente, não de presunção legal. O Direito Penal da culpa – isto é, aquele apoiado no princípio da culpabilidade – pressupõe não haver responsabilidade penal seja por ato de outrem, seja por ato inexistente. No caso que ora se encontra sob os nossos cuidados, a presumida violência (ou o abuso) é fictícia, não resulta de ação do autor, pois não houve quebra de nenhuma resistência imposta pela suposta vítima. O certo é que não foi a menor envolvida em ato sexual sem sua vontade. Presumir violência aqui seria, isto sim, o maior dos abusos com o qual poderíamos nos deparar.

A propósito, vejam-se os seguintes julgados: (I) “a presunção de violência contida no art. 224, **a**, do CP é *juris tantum*, ou seja, tem caráter relativo. Precedentes” (REsp n. 195.279, Ministro Vicente Cernicchiaro, DJ de 19.12.2002); (II) “é relativa a presunção inserta no art. 224, alínea **a**, do Código Penal” (REsp n. 309.704, Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 30.06.2003).

Além do mais, à espécie vêm calhar as palavras de Zaffaroni, segundo o qual “qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo” (“Direito Penal Brasileiro”, Revan, vol. 1, p. 99). Certamente que uma interpretação tão literal da norma, ao adotar o caráter absoluto da presunção de violência, violaria, acima de tudo, o princípio da dignidade da pessoa humana e, como tal, encontrar-se-ia na contramão da melhor dogmática penal.

Tais as considerações, peço vênias ao Ministro Relator para conceder a ordem nos termos do voto do Desembargador convocado Celso Limongi.

---

**HABEAS CORPUS N. 91.747-SP (2007/0234178-6)**

---

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Luiz Antônio Silva Bressane - Defensor Público e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Jemesson Washington de Lima Horácio (Preso)

---

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Homicídio. Exclusão de qualificadora. Falta de motivo não se confunde com motivação fútil. Constrangimento ilegal caracterizado. Decisão de pronúncia. Decretação da prisão com base somente nos maus antecedentes. Impossibilidade.

1. Sempre haverá um motivo para o cometimento do delito, embora não se consiga, em todos os casos, descobrir a razão que levou o agente a praticá-lo.

2. Não se pode confundir motivo fútil com falta – ou desconhecimento – do motivo, sob pena de configurado ilegal.

3. No caso dos autos, tanto a denúncia quanto a decisão de pronúncia, não apontaram o motivo que levou o agente a cometer o crime, razão por que não pode incidir a qualificadora da futilidade.

4. A prisão decorrente de decisão de pronúncia é espécie do gênero prisões cautelares e, em razão disso, somente pode ser imposta caso venha lastreada em efetiva fundamentação.

5. Na hipótese, o Magistrado decretou a segregação cautelar tão somente com base nos maus antecedentes do paciente, motivação não considerada idônea.

6. Ordem concedida para, *de um lado*, afastar a incidência da qualificadora por motivo fútil; *de outro lado*, revogar a prisão preventiva, mediante assinatura de termo de comparecimento a todos os atos do processo, ressalvando-se, ainda, a possibilidade de lhe ser decretada nova prisão, caso demonstrada a necessidade.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 12 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

---

DJe 1º.06.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Jemesson Washington de Lima Horácio contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pela defesa e proveu o ministerial (fls. 29).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática de homicídio duplamente qualificado (por motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa da vítima). Em 11.11.2004, decretou-se sua prisão preventiva, posteriormente revogada (02.06.2005).

Após regular instrução, sobreveio decisão, que, afastando a existência das qualificadoras, pronunciou-o como incurso no crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal. Na ocasião, foi novamente decretada sua prisão.

Contra essa decisão ambas as partes recorreram: a defesa, buscando a despronúncia, e o Ministério Público, a reinclusão das qualificadoras. O Tribunal de origem houve por bem negar provimento ao apelo defensivo e prover o ministerial, determinando a submissão do paciente a júri, nos termos da denúncia.

Acresça-se que, na origem, foi denegado *habeas corpus*, mediante o qual se buscava fosse o paciente colocado em liberdade.

Neste *writ*, são duas as teses defensivas:

(I) *impossibilidade de incidência da qualificadora do motivo fútil*, pois, “a simples ausência de motivo ou a impossibilidade de determiná-lo não caracteriza motivo fútil” (fls. 5);

(II) *falta de fundamentação idônea para a nova decretação da prisão*, sob a alegação de que “a mera constatação de maus antecedentes do réu também não enseja a decretação da custódia cautelar” (fls. 11). Sustenta-se ainda que o Tribunal de origem “inovou na fundamentação do Juízo *a quo*, incorrendo em claro constrangimento ilegal” (fls. 6).

Em 26.09.2007, o então Relator, Ministro Hamilton Carvalhido, deferiu a liminar requerida, nestes termos:

*In casu*, a fundamentação do acórdão impugnado e da sentença de pronúncia ofende, em princípio, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, de um lado, firme no sentido de que não há confundir ausência de motivo com futilidade e, de outro, consolidada no sentido de que a prisão do agente, solto ao tempo da sentença de pronúncia, há de substanciar-se em fatos concretos, não bastando a só invocação aos maus antecedentes.

De resto, ao Tribunal de Justiça não é dado inovar em tema de justificação do *decisum*.

Defiro, pelo exposto, a cautela requerida, para suspender o curso da ação penal, até o julgamento do presente *writ*, e para deferir ao agente liberdade provisória, mediante termo de compromisso, a ser firmado previamente em Juízo, de comparecimento nas datas designadas e de não mudar de residência, nem se ausentar do distrito da culpa, sem antecedente comunicação, pena de revogação da medida.

Pelas palavras do Subprocurador-Geral Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem. Eis a ementa do parecer (fls. 57):

*Habeas corpus*. Processual Penal. Homicídio qualificado. Pronúncia. HC objetivando a exclusão da qualificadora do motivo fútil e a concessão da liberdade provisória.

Ausência de motivo não é motivo fútil. Acórdão que não indica o motivo que considera fútil. Subsistência da qualificadora do “recurso que dificultou a defesa da vítima”.

Prisão que se reporta a preventiva anterior, apenas revogada em razão de excesso de prazo. Réu portador de maus antecedentes da mesma natureza do

crime em apuração e sem vínculos com o distrito da culpa, região densamente povoada da periferia de São Paulo.

Parecer pela concessão parcial da ordem, a fim de se afastar da pronúncia a qualificadora do motivo fútil, subsistindo a outra qualificadora (art. 121 § 2º IV CP) e a prisão cautelar, e revogando-se parcialmente a liminar nesta sede, em seu aspecto liberatório. Subsidiariamente, concessão parcial da ordem também para que o juízo processante reveja a prisão cautelar do paciente e a mantenha, se for o caso, com fundamentação apta.

Atribuído o feito em 30.06.2008, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Como visto, duas são as teses defensivas. Para melhor elucidar a questão, analiso cada uma delas em separado:

(I) *impossibilidade de incidência da qualificadora do motivo fútil*: Confira-se estas passagens, respectivamente, da denúncia e da decisão de pronúncia:

Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 1º de dezembro de 1998, por volta das 17:02 horas, na rua Monte Kemel, defronte ao n. 57, casa 02, Água Funda, nesta cidade e comarca, o denunciado *Jemesson Washington de Lima Horácio*, fazendo uso de arma de fogo, e agindo com evidente *animus necandi*, matou *Gilvan da Silva Lima*, desferindo-lhe vários tiros e causando-lhe os ferimentos descritos no Laudo de Exame de Corpo de Delito/Necroscópico, de fls. 36-37, ferimentos este que foram a causa eficaz de sua morte, conforme cópia da certidão de óbito de fls. 47.

[...]

*Ainda neste sentido, o agente cometeu o crime acima narrado mediante motivo fútil, vez que sem nenhuma explicação para tal fato, caracterizando a total desproporção entre o móvel e a conduta.* (fls. 14) (sem destaques no original)

Por fim, quanto à qualificadora constante da peça acusatória, verifico que deve ser afastada, por não ter sido individualizada, e a ausência de motivação não implica na futilidade. Ademais, nenhum depoimento indicou a razão da morte da vítima. (fls. 18) (sem destaques no original)

Ainda quanto ao tema, o Relator do recurso em sentido estrito escreveu o seguinte (fls. 34-35):

Relativamente à pretendida inclusão das qualificadoras de “motivo fútil” e de “recurso que impossibilitou a defesa da vítima” (art. 121, § 2º, II e IV, do CP),

o inconformismo ministerial merece acolhimento, porque, além de constantes na denúncia, encontra ressonância no contexto probatório produzido nas fases policial e judicial, não sendo, portanto, manifestamente improcedentes, já que há notícia, nos autos, de que a vítima conversava com amigos defronte à sua casa, como de costume, quando, inesperadamente, foi atingida pelas costas, por vários disparos de arma de fogo, conforme consta do referido laudo pericial de fls. 39-39v, sem que tivesse tempo de esboçar qualquer reação, *anotado, também, que o crime foi cometido por motivo fútil, sem que houvesse nenhuma explicação ou motivo justificável para*, devendo as qualificadoras, por isso, ser apreciadas pelo juízo natural, ou seja, pelo Tribunal do Júri. (sem destaques no original)

Sempre haverá um motivo para a prática do crime. Ele (o motivo) pode ser justificável, o que ensejaria, por exemplo, a diminuição da pena no caso do homicídio privilegiado. Outras vezes, esse motivo é repugnante, o que pode caracterizar a qualificadora da torpeza, com a conseqüente imposição de sanções mais severas.

Ocorre que nem sempre se sabe a razão que levou o agente à prática do delito. Em casos que tais, não se lhe pode imputar a qualificadora da motivação fútil.

A propósito, vejam-se as lições de Fragozo e Bittencourt:

Não se pode reconhecer a existência de motivo fútil na simples falta de razão para o crime (RF 211/319), pois em tal caso desconhecem-se os motivos do fato. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Jurisprudência Criminal**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 345)

A insuficiência de motivo não pode, porém, ser confundida com ausência de motivos. Aliás, motivo fútil não se confunde com ausência de motivo. Essa é uma grande aberração jurídico-penal. A presença de um motivo, fútil ou banal, qualifica o homicídio. No entanto, a completa ausência de motivo, que deve tornar mais censurável a conduta, pela gratuidade e maior reprovabilidade, não o qualifica. Absurdo lógico: homicídio motivado é qualificado; homicídio sem motivo é simples. Mas o princípio da reserva legal não deixa outra alternativa. Por isso, defendemos, de *lege referenda*, o acréscimo de uma nova qualificadora ao homicídio: "ausência de motivo", pois quem o pratica nessas circunstâncias revela uma perigosa anormalidade moral que atinge as raias da demência. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68)

Também Nucci perfilha o mesmo entendimento, ao escrever que:

... o crime sempre tem uma motivação, de modo que desconhecer a razão que levou o agente a cometê-lo jamais deveria ser considerado motivo fútil. É possível

que o Estado-acusação não descubra qual foi o fator determinante da ação criminosa, o que não significa ausência de motivo. (...) Ressalte-se que considerar a ausência de motivo como futilidade pode trazer sérios inconvenientes. Imagine-se o agente que tenha matado o estuprador de sua filha - circunstância que a doutrina considera relevante valor moral -, embora tenha fugido sem deixar rastro. Testemunhas presenciais do fato o reconhecem nas fases policial e judicial por fotografia ou porque já o conheciam de vista, mas não sabem indicar a razão do delito. Caso seja denunciado por homicídio cometido por motivo fútil (ausência de motivo), estar-se-ia cometendo uma flagrante injustiça. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 368)

Há julgados desta Corte versando sobre o tema. A título de exemplo:

Recurso especial. Direito Penal. Homicídio. Pronúncia. Qualificadora. Motivo fútil. Exclusão. Ausência de motivo não se equipara, à luz do princípio da reserva legal, a futilidade.

1. Observa-se, na hipótese, que o juízo processante, ao afastar a qualificadora do motivo fútil, fê-lo mediante o cotejo do conjunto-probatório, ressaltando, expressamente, que “as provas produzidas não identificaram o motivo que ensejou o crime em questão.”

2. Como é sabido, fútil é o motivo insignificante, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral. Não se pode confundir, como se pretende, ausência de motivo com futilidade. Assim, se o sujeito pratica o fato sem razão alguma, não incide essa qualificadora, à luz do princípio da reserva legal.

3. Recurso desprovido. (REsp n. 769.651-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 15.05.2006)

*(II) falta de fundamentação idônea para a nova decretação da prisão:*

Foi na pronúncia que novamente se decretou a prisão do paciente. Lá, o Magistrado da 1ª Vara do Júri escreveu o seguinte (fls. 18):

Considerando os antecedentes do acusado, não poderá aguardar o julgamento em liberdade.

As prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da condenação – são medidas de índole excepcional que exigem, sempre e sempre, efetiva fundamentação.

No caso concreto, vê-se que o Juiz se limitou a fazer referência aos antecedentes do ora paciente, o que, a toda evidência, não se presta para fundamentar a manutenção da segregação antecipada.

Em casos análogos, esta Corte vem assim decidindo:

*Habeas corpus.* Direito Processual Penal. Prisão por pronúncia. Motivação insuficiente. Antecedentes penais que não justificam, por si sós, a medida excepcional. Constrangimento ilegal caracterizado. *Writ* concedido.

1. A toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. *A prisão por pronúncia, que é de natureza cautelar, obrigatória de forma absoluta no regime legal anterior, pode não ser mantida ou não ser decretada, dès que ausentes os motivos da prisão preventiva, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.*

4. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em que o réu, que respondeu solto ao processo da ação penal, deve aguardar em liberdade o seu julgamento pelo Júri, *ainda que reincidente ou portador de maus antecedentes.*

5. Ordem concedida. (HC n. 43.552-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 14.08.2006)

*Habeas corpus.* Processual Penal. Crime de homicídio qualificado. Paciente que respondeu ao processo em liberdade, diante da revogação da prisão preventiva por esta Corte Superior de Justiça. Prisão decorrente de sentença de pronúncia, determinada com base na mesma fundamentação considerada inidônea no julgamento da impetração anterior. Ilegalidade.

1. A decretação de prisão cautelar, seja ela: preventiva, decorrente de sentença de pronúncia ou decorrente de sentença penal condenatória, deve, obrigatoriamente, demonstrar concretamente os pressupostos e motivos autorizadores elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal - mormente em se tratando de réu que respondeu ao processo em liberdade, sem oferecer qualquer transtorno.

2. A custódia cautelar, em sede de pronúncia, foi decretada pelo simples fato de o Paciente ostentar *maus antecedentes*, sem nenhum fato novo e concreto para justificar a necessidade da medida constritiva, além do clamor público e da gravidade abstrata do delito, mesmos fundamentos considerados inidôneos por esta Corte Superior de Justiça, quando concedeu a ordem no HC n. 54.907-TO, para revogar o decreto de prisão preventiva.

3. Ordem concedida para determinar a expedição de alvará de soltura em favor do ora Paciente, se por outro motivo não estiver preso, para que possa aguardar o seu julgamento em liberdade. (HC n. 100.397-TO, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 12.05.2008)

Criminal. HC. Homicídio qualificado. Prisão preventiva decretada na pronúncia. Réu solto durante toda a instrução. Inexistência de suficiente fundamentação para a custódia. Ordem concedida.

Tratando-se de réu que permaneceu solto durante toda a instrução, sem criar qualquer obstáculo ao regular andamento do feito, e diante da inexistência de suficiente fundamentação quanto à necessidade da custódia, deve ser reconhecido o seu direito de aguardar em liberdade o julgamento pelo Júri.

Exige-se concreta e adequada motivação para a negativa de o réu solto aguardar em liberdade o julgamento do Tribunal Popular, *ainda que detentor de maus antecedentes*, tendo em vista a excepcionalidade da custódia cautelar e diante das próprias peculiaridades da hipótese – réu solto durante toda a instrução e possuidor de condições favoráveis.

Ordem concedida para permitir que o paciente aguarde o julgamento pelo Júri em liberdade. (HC n. 26.817-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 14.06.2004)

Ante o exposto, ratifico a liminar e concedo a ordem para, *de um lado*, afastar a incidência da qualificadora por motivo fútil; *de outro lado*, revogar a prisão preventiva, mediante assinatura de termo de comparecimento a todos os atos do processo, ressaltando-se, ainda, a possibilidade de lhe ser decretada nova prisão, caso demonstrada a necessidade.

É como voto.

---

### HABEAS CORPUS N. 112.947-MG (2008/0174173-0)

---

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Cleber Lopes e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Márcia Bittencourt Porto (Preso)

Advogado: Rui Caldas Pimenta

---

### EMENTA

Prisão em flagrante (tráfico ilícito de drogas). Liberdade provisória (indeferimento). Fundamentação (gravidade dos fatos e vedação legal). Coação (existência). Sentença (trânsito em julgado).

1. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Cód. de Pr. Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

2. Toda e qualquer prisão que tenha caráter de medida cautelar há de vir, sempre e sempre, efetivamente fundamentada. É o sistema – decorre das normas que informam o ordenamento jurídico brasileiro.

3. Se o indeferimento da liberdade provisória está apoiado na gravidade dos fatos, tal aspecto é insuficiente para justificar, a contento, a manutenção de medida de índole excepcional.

4. Também não é suficiente, evidentemente, a reportação, e simples, ao frio texto da lei (por exemplo, ao art. 44 da Lei n. 11.343/2006), porque, se assim fosse, a prisão provisória passaria a ter caráter de prisão obrigatória, e não é esse o seu caráter.

5. Admite-se a liberdade provisória, mesmo que se trate de crime inafiançável.

6. Caso no qual o ato judicial que indeferiu a liberdade provisória carece de suficiente motivação; falta-lhe, portanto, validade, decorrendo daí ilegal coação.

7. Do mesmo modo, se à superveniente sentença penal condenatória falta persuasiva motivação, o melhor dos entendimentos é o de que a ré poderá, em liberdade, aguardar o trânsito em julgado.

8. Ordem de *habeas corpus* concedida.

### ACÓRDÃO

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

unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

O Dr. Cleber de Oliveira Lopes fez sustentação oral pela paciente, Márcia Bittencourt Porto.

Brasília (DF), 23 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

---

DJe 03.08.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Em caso de prisão em flagrante, escreveu o Juiz da 3ª Vara de Tóxicos, em 1º.02.2008, na cidade de Belo Horizonte, essencialmente:

Márcia Bittencourt Porto, por seu procurador, busca o relaxamento de sua prisão ou a liberdade provisória, para tanto alega inexistência de autorização legal para o decreto da prisão temporária quanto à prorrogação da mesma, alegando a impossibilidade de conversão da mesma em prisão preventiva. Outrossim, nega a mercancia maldita, asseverando que a droga arrecadada com Márcia destinava-se a seu próprio consumo. Por fim, aduz que é primária, de bons antecedentes, tem residência fixa e trabalho lícito.

[...]

Sem prejuízo da prova a ser colhida no curso de uma possível ação penal a ser instaurada pelo Ministério Público que oficia perante este juízo, conforme noticiam os autos, a Polícia Civil de nosso Estado há aproximadamente 02 meses vinha investigando uma quadrilha de traficantes de classe média alta, atuante na zona sul desta Capital...

[...]

A dar cumprimento ao mandado de busca e apreensão no imóvel situado na Rua Costa Monteiro, 667, Bairro Sagrada Família, local onde reside Pilar Sampaio Moreira de Faria, foram apreendidos aproximadamente R\$ 332,00 em dinheiro, inúmeros micropontos de LSD, certa quantidade de *ecstasy*, nas formas de comprimido e em pó, uma porção de haxixe e diversas cápsulas utilizadas para armazenar e possibilitar a venda de *ecstasy* em pó. No mesmo local, foi

encontrada uma balança de precisão e o veículo Celta, placa NFN-5439, utilizado pelo namorado de Pilar (Marcelo) para efetuar a venda e entrega das drogas. Dando prosseguimento às diligências, foram apreendidas, na residência da requerente, um revólver cal. 38, marca Taurus, 12 cartuchos de mesmo calibre, um coldre, uma porção de haxixe, 06 comprimidos de *ecstasy*, dentre outros objetos, sendo ela presa em flagrante pelos agentes de polícia. Nas demais residências dos demais investigados foi arrecadada outra quantidade de entorpecentes, o que vem a comprovar, em tese, as suspeitas levantadas pelos policiais civis que encetaram as investigações.

[...]

Assim, diante da gravidade de tais fatos, por momento, vislumbra-se que se encontram presentes os motivos da prisão preventiva, quais sejam, a manutenção da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

Vale ressaltar que a manutenção da requerente no cárcere não confronta com o princípio constitucional da presunção da inocência.

[...]

Ademais, a requerente foi presa e indiciada como incurso nas sanções do art. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, não havendo como acolher o pedido, também, face ao óbice legal previsto no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

Não obstante tenha sido revogado o inciso I do art. 2º da Lei n. 8.072/2006 (que obstaculizava a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes), é de bom alvitre enfatizar que a novel Lei n. 11.464/2007 não alterou os dispositivos previstos na Lei de Tóxicos, o que implica dizer que mesmo com o advento da Lei n. 11.464/2007, nos casos de tráfico de entorpecentes não há que se falar em concessão de liberdade provisória...

[...]

Assim, não vejo como acolher o pedido de liberdade provisória interposto em favor da requerente.

Posto isso e por tudo mais que dos autos consta, julgo improcedente o pedido de relaxamento de prisão/liberdade provisória de Márcia Bittencourt Porto, devendo permanecer presa onde se encontra.

Indo ao Tribunal de Justiça à cata da liberdade provisória, Márcia Bittencourt não teve êxito no pedido lá formulado, e o acórdão, tomado por maioria de votos, recebeu esta ementa:

Se, em decisão suficientemente fundamentada, o juízo *a quo*, baseado no sentimento de insegurança causado à sociedade e nas condições em que foi cometido o delito, bem como a necessidade de garantir a aplicação da lei penal,

decreta a prisão preventiva, não há falar em constrangimento ilegal. As condições pessoais favoráveis do paciente não são suficientes a ilidir a sua recomendação ao cárcere. Ordem denegada.

Vindo o pedido ao Superior Tribunal, o Ministério Público Federal, aqui, emitiu parecer pela denegação da ordem, em resumo:

9. O artigo 44 da Lei Especial n. 11.343/2006 manteve a proibição da liberdade provisória ao tráfico de drogas, não revogada pela 11.464/2007, que modificou o artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990.

10. Com efeito, não obstante as Leis n. 8.072/1990 e 11.343/2006 guardarem relação de especialidade para com o Código de Processo Penal, por disciplinarem, com critérios particulares distintos, a liberdade provisória ordinariamente prevista naquele estatuto, a primeira dispõe, de forma genérica, sobre todos os crimes hediondos e a eles equiparados, ao passo que a segunda disciplina, especificamente, um deles, o tráfico ilícito de entorpecentes.

11. Urge destacar que os mesmos fundamentos que levaram a jurisprudência majoritária a reconhecer, em outro tempo, que a Lei n. 9.455/1997, ao permitir a progressão prisional no crime de tortura, não havia revogado o § 2º, do art. 1º, da Lei n. 8.072/1990, em sua antiga redação, na medida em que o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, não impõe “tratamento unitário” aos delitos que explicita (STF, 1ª Turma, RE n. 237.846-DF, Rel. Min. Moreira Alves, publicado em 30.04.1999), também se aplicam, *mutatis mutandis*, para a conclusão de que a vedação expressa à liberdade provisória ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44, da Lei n. 11.343/2006, por certo em face da danosidade social ímpar desse delito no atual momento histórico de nossa sociedade, permanece em vigor.

12. Assim, tratando-se de norma especial, não vejo plausibilidade jurídica no pedido, que busca a concessão do benefício em referência à recorrente, acusada da prática de tráfico de entorpecentes.

13. Essa egrégia Corte, inclusive, revendo posicionamento anterior e com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, vem entendendo que a vedação expressa contida na lei constitui motivo suficiente para negar ao preso em flagrante, pela prática de tráfico de entorpecentes, o benefício da liberdade provisória.

Ultimamente, veio aos autos esta petição:

Cleber Lopes, impetrante da ordem em referência, vem à íncita presença de Vossa Excelência, em atendimento ao r. despacho de fls., requerer a juntada da sentença em anexo, proferida pelo Juízo da Terceira Vara de Entorpecentes da Comarca de Belo Horizonte, ressaltando, no particular, que a r. sentença ao

tratar do tema relativo à prisão preventiva, deixou de demonstrar a necessidade da custódia, valendo-se, *data venia*, de afirmações genéricas, as quais têm sido rechaçadas por esse Tribunal.

Assim, parece-nos que a superveniência da sentença não agregou fatos novos a justificar a prisão antecipada, o que por outro lado faz com que a impetração não esteja prejudicada, pois embora tenha havido mudança do título prisional, forçoso é convir que a natureza da segregação continua sendo cautelar.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): A apelação está em curso. Pela sentença, a paciente Márcia foi condenada a treze anos e dez meses de reclusão – sete anos segundo o art. 33 e cinco anos e dez meses conforme o art. 35. Ainda de acordo com a sentença, “na rua Santa Maria de Itabira, 175, apto 601, Bairro Sion, nesta Capital, residência da acusada Márcia, foram arrecadados 01 revólver cal. 38, 12 cartuchos de mesmo calibre, 01 porção de haxixe, 06 comprimidos de *ecstasy* e demais objetos constantes às fls. 58-59”. Também conforme a sentença:

Vejo que todos os réus, com exceção de Pilar, encontram-se presos e agora condenados, ainda mais justifica suas manutenções no cárcere. Assim, na esteira da Súmula n. 7 das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que estabeleceu que o “réu que se encontra preso ao tempo da sentença condenatória deve, de regra, permanecer preso, salvo se a liberdade provisória (art. 594 do CPP) for devidamente justificada”, mantenho-os presos onde se encontram. Justifica-se as manutenções dos réus no cárcere, também, para a garantia da ordem pública, eis que restou comprovado que os mesmos praticaram delito de extrema gravidade, de forma intensa e organizada. Assim, considerando os lucros convidativos que a atividade ilícita do comércio de drogas proporciona, é esperado que os réus venham novamente a se aventurar na senda infernal do tráfico. Ademais, sabendo da imputação que pesa contra suas pessoas, é esperado que os réus venham a comprometer o normal andamento do processo, justificando suas manutenções no cárcere, também, para a garantia da aplicação da lei penal. Assim, presentes se encontram os requisitos do art. 312 do CPP. Oficie-se ao Diretor do presídio onde os réus se encontram, informando-o acerca desta condenação.

Vamos resumir: (I) na residência da paciente Márcia, pelo visto, foram apreendidos seis comprimidos de *ecstasy* e uma porção de haxixe; (II) foi-lhe indeferido o pedido de liberdade provisória sob dois enfoques: gravidade dos fatos e óbice previsto no art. 44 da Lei n. 11.343; (III) foi a ora paciente,

segundo a sentença, conservada na prisão, seja pela já indicada gravidade dos fatos, seja pelo fato de poder “comprometer o normal andamento do processo”. Mas, vejam, quanto ao último aspecto, a instrução criminal já terminou, ou ainda não?

A despeito da condenação já recaída sobre Márcia – foi ela sentenciada a treze anos e dez meses de reclusão –, se, antes, já não se justificava sua segregação cautelar, tal também não se justifica após a sentença, aliás, num e noutro momento, não se justificou, satisfatoriamente, a cautelaridade. Repare-se em que, lá atrás e cá na frente, um dos fundamentos da prisão foi a gravidade. Ora, a apreensão foi de uma porção de haxixe e de seis comprimidos. De mais a mais, a gravidade, só por si, não é justificativa (por exemplo, HC n. 70.579, Ministro Nilson Naves, DJe de 22.09.2008).

Quanto ao talvez principal fundamento original, a saber, tráfico ilícito, daí tratar-se de crime hediondo, daí o lembrado art. 44, já escrevi, e o fiz para o HC n. 76.779, de 2007, o que vou agora reproduzir.

2. Se a pessoa é considerada em flagrante delito, tem direito, vejam bem, tem direito à liberdade provisória de acordo com as rezas do art. 310 e seu parágrafo único do Cód. de Pr. Penal. Isso decorre do sistema adotado pelo legislador pátrio, salvo no caso de decisão suficientemente fundamentada. Lembrem-se de que, entre nós, a condição de culpado só resulta do trânsito em julgado. Bem assim é que venho ementando – e já assim ementei inúmeros e inúmeros casos – da seguinte maneira (HC n. 47.681, DJ de 17.04.2006):

Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Fundamentação (falta).

1. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (Cód. de Pr. Penal, art. 315).

2. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Cód. de Pr. Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

3. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do *habeas corpus*.

4. A simples capitulação legal do crime como hediondo não impede a concessão de liberdade provisória.

5. *Habeas corpus* deferido.

Há julgados à farta; por exemplo, valho-me destes dois tópicos escritos pelo Ministro Dipp para o HC n. 40.932, DJ de 09.05.2005:

I. Exige-se concreta motivação para o indeferimento do benefício da liberdade provisória, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

II. O simples fato de se tratar de crime hediondo não basta, por si só, para impedir a liberdade provisória do réu. Precedentes.

De igual maneira, do Ministro Gallotti, este tópico da ementa do HC n. 51.056, DJ de 25.09.2006:

1. Em qualquer caso de prisão cautelar - aí incluída a prisão em flagrante pela prática de crime hediondo -, há de se demonstrar a necessidade absoluta da segregação, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que não resulta evidenciada com a tão-só invocação da natureza do delito.

Da Ministra Laurita, ainda o seguinte trecho da ementa do HC n. 51.438, DJ de 1º.08.2006:

1. A simples alegação da natureza hedionda do crime cometido pelo agente do delito não é, de per si, justificadora do decreto de segregação cautelar, devendo, também, a autoridade judicial devidamente fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Em suma, toda e qualquer prisão que tenha caráter de medida cautelar há de vir, sempre e sempre, efetivamente fundamentada. É o sistema – decorre das normas que informam o ordenamento jurídico brasileiro. Vou além; vou, pessoalmente, além, a saber, não teria dificuldades para sustentar a inconstitucionalidade da prisão antes da sentença final. Isso, porém, não está aqui em discussão – são outros quinhentos!

3. O benefício de liberdade provisória ganhava fôlego à medida que se repetiam os julgados, a ponto de se alterar a Lei n. 8.072/1990 segundo esta exposição de motivos:

3. A proposta de alteração do inciso II do artigo 2º busca estender o direito à liberdade provisória aos condenados por esses delitos, em consonância com o entendimento que já vem se tornando corrente nas instâncias superiores do Poder Judiciário...

[...]

4. Dessa forma, preserva-se o poder geral de cautela do juiz, que decidirá se os acusados dos crimes previstos na Lei n. 8.072, de 1990, poderão ou não responder ao processo em liberdade. Pretende-se, com isso, evitar os efeitos negativos da privação de liberdade quando, diante do exame das circunstâncias do caso concreto, a medida se mostrar eventualmente desnecessária.

4. O que sempre sustentei e sustento, confirmam, é que é inadmissível prisão de natureza cautelar – seja lá qual for a espécie de crime – despida de real fundamentação. Há, contudo, entendimento que se apoia no inciso XLIII para ter alguns crimes por insuscetíveis de liberdade provisória. O argumento nunca me convenceu: é que não se cuida de fiança, e sim de fundamentação. O próprio legislador – vejam! – voltou sobre os seus próprios passos, alterando a Lei n. 8.072/1990, “sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal”.

Norma por norma constitucional, há tantas outras, e tantas noutra sentido. Se se lê, no inciso, XLIII, que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis, etc., de igual modo, lê-se, no mesmo texto constitucional, o seguinte:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º).

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º).

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º).

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º).

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º).

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (art. 93).

E, norma por norma infraconstitucional, também há outras, ei-las:

Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312) (art. 310, parágrafo único, do Cód. de Pr. Penal).

O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado (art. 315 do Cód. de Pr. Penal).

É de Lauria Tucci o seguinte (“Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro”, 2ª ed., p. 325):

Em epítome, perfeitamente conciliáveis os preceitos contidos, por um lado, nos incs. XLII, XLIII e XLIV, e, por outro, no inc. LXVI do art. 5º da CF, inarredável afigura-se o direito subjetivo do imputado à liberdade provisória, quando admissível, mesmo que a infração penal seja tida pela lei como inafiançável.

Esta, na lapidar expressão de Santo Tomás de Aquino, deve sempre atentar para a ordem racional das coisas e para o bem comum: *“Est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata”*.

5. Assim como há normas a favor da liberdade, assim também há norma a favor da segurança. O imbróglio decorre da natureza didática da Constituição: a Constituição dá com uma mão, tira com a outra – mas não é a mesma a mão que afaga e que apedreja? Em conclusão – e a pergunta se impõe –, há conflito? Vejam esta passagem de Bobbio (“Teoria do ordenamento jurídico”, 9ª ed., p. 90):

Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em conseqüência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio.

Em caso que tal, só há, a meu ver, uma solução: resolve-se a favor da liberdade. Em nosso sistema, evidentemente existe razão maior a favor da liberdade, pois que o nosso ordenamento jurídico tem como um dos seus

fundamentos a dignidade da pessoa humana, e a nossa República também se rege pela prevalência dos direitos humanos. Há mais: é que, entre nós, pelo visto, existem mais princípios a favor da liberdade do que a favor da segurança. E mais: em dois momentos, o texto constitucional requer ordem escrita e fundamentada, e o texto infraconstitucional, de igual modo, num momento – a prisão será sempre fundamentada.

6. Tão relevante é a fundamentação, que a não fundamentação da decisão coloca-nos diante de situação estranhíssima. Imaginemos duas condutas: uma, a de alguém expondo à venda um grama de substância entorpecente; outra, a de alguém expondo à venda (tendo em depósito, etc.) cem quilos de substância entorpecente – são condutas diferentes, é claro. É lícito ao juiz dar a ambas as condutas igual tratamento, a saber, negar a tais acusados liberdade provisória (foram presos em flagrante) sem nenhum fundamento, salvo a referência à lei pertinente? Isso me soa estranho, estranhíssimo.

Há ilustres pensamentos – estou fazendo um registro – que levam em consideração a quantidade. Porém não é o meu caso. O que eu exijo, digamos, kelsenianamente – estou sendo bem mais positivista do que jusnaturalista –, é que se trate, di-lo a lei com todas as letras e com toda seriedade, de ordem escrita e fundamentada, repito, fundamentada de autoridade judiciária competente. Estaria, pois, aplicando a lei, simplesmente; a saber, na minha compreensão, estaria simplesmente aplicando a lei.

7. Por fim – o último, mas não o menor dos motivos –, confirmam o que, na ADI n. 3.112-1, disse o Ministro Lewandowski a propósito da Lei n. 10.826/2003 (é sabido que o Supremo Tribunal proclamou a inconstitucionalidade do art. 21, segundo o qual “os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória”):

... penso que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em face do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CF).

A prisão obrigatória, de resto, fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), que abrigam um conjunto de direitos e faculdades, os quais podem ser exercidos em todas as instâncias jurisdicionais, até a sua exaustão.

Esses argumentos, no entanto, não afastam a possibilidade de o juiz, presentes os motivos que recomendem a prisão *ante tempus*, decretar justificadamente a custódia cautelar. O que não se admite, repita-se é uma prisão *ex lege*, automática, sem motivação.

Em outras palavras, o magistrado pode, fundamentadamente, decretar a prisão cautelar, antes do trânsito em julgado da condenação, se presentes os pressupostos autorizadores, que são basicamente aqueles da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. É dizer, cumpre que o juiz demonstre, como em toda cautelar, a presença do *fumus boni iuris*, e do *periculum in mora*, no caso, do *periculum libertatis*.

8. Tanto que iniciei o meu voto, fiz referência à questão que nos foi apresentada, ou seja, à fundamentação – sobre ser ou não ser necessária – do ato negativo de liberdade provisória. Quanto a isso, dúvida não tenho, de minha parte, é óbvio, relativamente à necessidade da fundamentação. Há, a esse respeito, foi o que procurei demonstrar, um rol de inscrições de caráter normativo. No caso de inspiração em valores contrapostos, o prevalente é o que se refere à liberdade – valor apoiado na dignidade humana e na igualdade. Escreveu Roxin (“Estudos de Direito Penal”, 2006, p. 33):

Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica. Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual.

Também é o pensamento da nossa Constituição – instituindo um Estado democrático destinado a assegurar esses valores como valores de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...” (preâmbulo).

9. Concedo, pois, a ordem a fim de que possa a paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

**HABEAS CORPUS N. 116.611-SP (2008/0213898-9)**

---

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Marco Antonio Arantes de Paiva e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Paciente: Ronaldo José de Simone

---

### EMENTA

Interrogatório. Lei estadual n. 11.819/2005. Videoconferência. Nulidade.

1. A realização de interrogatório à distância é medida que bate de frente com princípios tão caros como o do exercício da ampla defesa.

2. Por consistir tal princípio em direito sensível – direito decorrente de norma sensível –, a inobservância dessa regra pelo juiz implica a nulidade do ato praticado.

3. Caso em que o réu foi interrogado à distância, mediante o sistema de teleaudiência (ou videoconferência).

4. *Habeas corpus* concedido a fim de se anular o processo penal desde o interrogatório do acusado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 29 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

---

DJe 10.08.2009

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Em favor de Ronaldo José de Simone, impetrou-se o presente *habeas corpus*, pleiteando-se a anulação não só do

interrogatório realizado por meio de videoconferência, mas também dos atos processuais subsequentes. Alega-se, para tanto, que “o acusado se encontrava em estabelecimento prisional distante de capital, onde fora interrogado mediante o sistema de ‘video-conferência’, não tendo oportunidade de regular e antecipada entrevista com seus advogados, quer pela condições peculiares da citação e da denúncia, uma vez que o sentenciado não fica com a cópia de documento algum na penitenciária e que a denúncia possui mais de 110 páginas, quer porque ao advogado naquele estabelecimento prisional somente é dado o direito de 30 minutos de entrevista com os sentenciados”.

Ouvido, o Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral Carlos Eduardo) opinou pela concessão da ordem. Eis a ementa do parecer:

*Habeas corpus*. Processo Penal. Tráfico ilícito de drogas. Interrogatório por videoconferência. Ausência de fundamentação.

Conveniência do julgamento em conjunto da presente impetração com o HC n. 127.323-SP, distribuído por prevenção em relação a este com objeto idêntico.

A realização do interrogatório por meio do sistema de videoconferência - tema polêmico que requer especial atenção do julgador em cotejo com as circunstâncias do caso concreto - já era compatível com o ordenamento jurídico pátrio antes mesmo da edição da Lei n. 11.819/2005 do Estado de São Paulo e da Lei n. 11.900/2009, que alterou o art. 185 do CPP. Inteligência do art. 5º LXXVIII da CR e art. 18 da Convenção das Nações Unidas contra Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”), internalizado pelo Decreto n. 5.015/2004.

De toda sorte, tem-se como regra o interrogatório com a presença física do réu, seja ele realizado no fórum ou no estabelecimento prisional. Nessa linha, a utilização do sistema de videoconferência, a teor do art. 93 IX da CF, não prescinde de fundamentação concreta e idônea.

Parecer pela concessão da ordem, determinando-se, por conseguinte, a realização de outro interrogatório com a presença física do paciente ou mediante o sistema de videoconferência, desta feita obedecidos os critérios e exigências do art. 185 § 2º e ss. do CPP.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Foi em 14.04.2008 que se designou o interrogatório “para o dia 09.05.2008, às 14:30 horas, o qual será realizado

através de vídeo conferência, intimando-se seu Defensor”, e eis o que o Tribunal de Justiça estatuiu no acórdão de 21.08.2008, essencialmente:

Não há que se falar em nulidade do interrogatório judicial por ter sido adotado o sistema de teleaudiência (ou vídeo-conferência).

Com efeito, a videoconferência já se encontra prevista no ordenamento jurídico - Decreto n. 5.015 de 12.03.2004, o qual ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a Convenção de Palermo, sendo autorizado pela Lei n. 11.819 de 05.01.2005.

Demais disso, a própria Carta Magna autoriza o expediente, pois permite que os Estados legislem sobre procedimento processual (art. 24, inc. XI).

[...]

Não há, assim, se falar em nulidade diante do sistema adotado para tal.

Demais, esta Corte, em julgamento recente, entendeu não existir inconstitucionalidade no sistema de vídeo-conferência, teleconferência ou teleaudiência, já que o emprego da tecnologia disponível atualmente visa ao incremento da segurança pública...

Não obstante o estatuído na origem, o Superior Tribunal colocou em xeque o interrogatório realizado mediante videoconferência. Na oportunidade em que a matéria foi enfrentada pela 6ª Turma, disse eu, em voto-vista (HC n. 98.422), o seguinte:

Que o interrogatório é isso e aquilo, que bem não fica se realizado à distância, com isso e com mais e mais o que disse a Relatora estou de pleno acordo. Acontece, lembra-nos S. Exa., que existem precedentes nossos, entre eles, um da 6ª Turma, o HC n. 34.020, de 2005. Seria de meu gosto, aqui e agora, posição diversa se tal desejasse a Turma, claro é. Há projeto de lei instituindo “a videoconferência como regra no interrogatório judicial”. Sei lá de sua constitucionalidade! Em casos tais, de que a medida (interrogatório realizado à distância) bate de frente com princípios tão caros – relativamente ao tão caro exercício da defesa – dúvida não possuo.

Caso desejem V. Exas. outra orientação, desejá-la-ia eu também; caso não, estou, então, concluindo da mesma maneira como concluiu seu voto a ilustre Relatora. Já que unanimemente a Turma está voltando atrás, voto, pois, pela concessão da ordem.

Da relatoria da Desembargadora convocada Jane Silva, o acórdão foi assim ementado:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Nulidade. Interrogatório realizado por meio de videoconferência. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Lesão parcial ao

direito constitucional da ampla defesa. Ordem concedida para anular o processo desde o interrogatório, inclusive, permitindo ao paciente responder solto à sua renovação.

1- O interrogatório é a peça mais importante do processo penal, pois constitui a oportunidade que o réu pode expor de viva voz, autodefendendo a sua versão dos fatos. Daí, não se poder afastar o homem acusado dos Tribunais.

2- O interrogatório realizado por videoconferência é um limite à garantia constitucional da ampla defesa.

3- O nosso ordenamento jurídico não contempla a modalidade do interrogatório por meio de videoconferência.

4- Ordem concedida para anular o processo desde o interrogatório, inclusive, permitindo ao paciente responder solto à sua renovação.

De lá pra cá, vários foram os julgados. Destaco, entre todos, este recente precedente da 5ª Turma:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Interrogatório do réu por videoconferência. Impossibilidade. Violação à garantia da ampla defesa. Precedente do STF. Nulidade absoluta. Ordem concedida.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, dispõe sobre a garantia do devido processo legal, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e a todos os acusados, o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

2. O princípio constitucional da ampla defesa, conforme preconiza a dogmática, divide-se em duas vertentes: a defesa técnica (específica) e a autodefesa (genérica). A primeira deve ser exercida por profissional habilitado, não podendo ser renunciada. A segunda, de caráter facultativo, é exercida exclusiva e pessoalmente pelo acusado, consubstanciando-se nos direitos de presença e audiência.

3. Por direito de presença, entende-se a oportunidade de o acusado acompanhar, ao lado de seu defensor, todos os atos do processo, assegurando a sua maior proximidade com o juiz, as razões e as provas. O direito de audiência, por sua vez, traduz a possibilidade de o acusado influir, pessoalmente, na formação do convencimento do magistrado, o que ocorre no momento do interrogatório judicial, já que poderá oferecer a sua versão dos fatos, invocar o direito ao silêncio etc.

4. Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgando o HC n. 88.914-SP, firmou entendimento no sentido de que o sistema de videoconferência viola o princípio do *due process of law*, e seus consectários, assegurados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

5. No que se refere à Lei n. 11.819/2005, do Estado de São Paulo, vale ressaltar, ainda, que essa lei é também inconstitucional por ferir a competência privativa da União para dispor sobre normas de natureza processual (art. 22, I, da Constituição Federal).

6. Por fim, tendo o paciente sido preso em flagrante em 20.07.2007, sendo necessária a repetição de toda instrução criminal, em razão da existência de vício insanável no interrogatório judicial, reconhecido no julgamento deste *writ*, é forçoso reconhecer o excesso de prazo na sua custódia.

7. Ordem concedida para anular a Ação Penal n. 2007.61.19.006123-2, que tramitou na 4ª Vara Federal de Guarulhos-SP, desde o interrogatório judicial, inclusive, bem como para relaxar a custódia do paciente, com a expedição do respectivo alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso. (HC n. 114.225, Ministro Arnaldo Lima, DJe 02.03.2009.)

Dessarte, concedo a ordem para anular a ação penal desde o interrogatório (Processo n. 57864/2006).

---

### HABEAS CORPUS N. 120.436-PR (2008/0249797-1)

---

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Jairo Moura

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Paul Marcelo Villalba Aguilera (Preso)

---

#### EMENTA

Processual Penal. Execução penal. *Habeas corpus*. Estrangeiro não-residente no país. Progressão de regime prisional. Possibilidade.

1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

2. Não se admite, após a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, a remissão a julgados que se reportam a comandos com ela incompatíveis.

3. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o co-respectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal.

4. Ordem concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

---

DJe 02.03.2009

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Paul Marcelo Villalba Aguilera*, apontando como autoridade coatora a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Agravo em Execução n. 471.155-3).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

Em janeiro de 2007 ao paciente foi deferida a progressão ao regime semi-aberto, insurgindo-se o Ministério Público através da interposição de agravo em execução.

Em 24.04.2008, o Juízo da execução deferiu a progressão ao regime aberto.

No entanto, em 24.07.2008, o Tribunal *a quo*, no julgamento do Agravo em Execução n. 471.155-3, cassou a decisão que concedeu, ao

paciente, a progressão ao regime semi-aberto, sob o seguinte fundamento (fls. 44-46):

Trata-se de Recurso de Agravo interposto pelo Ministério Público, contra decisão que deferiu o pleito de progressão do regime fechado para o semi-aberto ao agravado estrangeiro *Paul Marcelo Villalba Aguilera*.

Positivo é o Juízo de prelibação, uma vez que o presente recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, tanto objetivos (previsão legal, adequação, observância das formalidades legais e tempestividade) quanto subjetivos (legitimidade e interesse para recorrer), possibilitando assim, o seu conhecimento.

Em suma, sustenta o douto promotor de Justiça, que o reeducando não deveria ter sido agraciado com a progressão de regime (do fechado para o semi-aberto), notadamente, porque é estrangeiro em situação irregular no país, o que inviabiliza a concessão da progressão de regime, bem como, o exercício de trabalho externo.

No mérito, assiste razão ao agravante.

Em fase preliminar, o presente recurso de agravo verte-se a atacar a legitimidade da decisão de fls. 45 a 53, sob alegação de nulidade da sentença em razão da falta de apreciação do pedido de instrução do feito. Não pode lograr êxito a argüida nulidade.

A insurgência do agravante repousa na alegação de que seu pedido de esclarecimentos sobre a existência de inquérito ou procedimento para expulsão do condenado do país não foi atendido durante a fase instrutória.

Compulsando os autos, verifica-se que durante a fase de instrução o juízo *a quo* solicitou informações quanto à expedição de Decreto de Expulsão do Brasil (fl. 38), bem como, que a r. sentença de fls. 45 a 53, está fundamentada sobre certidão de fl. 40, cujo teor esclarece a inexistência de Decreto de Expulsão.

Desta feita, tendo em vista que o não atendimento do pedido de instrução do feito ocorreu por existirem nos autos elementos informativos suficientes para embasar a decisão e, certamente, por reverência a economia processual, não merece prosperar o pleito preliminar de nulidade da sentença.

De outro vértice, a súplica do agravante quanto à progressão de regime, merece prosperar.

Diligenciando a respeito da (in)existência de Decreto de Expulsão em desfavor do agravado estrangeiro, a d. Procuradoria de Justiça oficiante expediu ofício à Polícia Federal (parecer de fls. 128 a 137).

Em resposta, a Polícia Federal informou àquela Procuradoria que em seus registros consta a determinação de abertura de Inquérito de Expulsão contra o agravado. É pertinente a tese proposta pela Procuradoria Geral de Justiça (fls. 128 a 137) quanto à situação irregular do réu no país, tendo relevo o argumento

de que ao ser condenado pelo crime de tráfico ilícito de drogas em sentença transitada em julgado, o agravado passou a ser considerado nocivo aos interesses nacionais, de forma que a expulsão é a medida imposta a esses casos, conforme determinação do artigo 65, da Lei n. 6.815/1980.

De fato, o entendimento pretoriano é de que não se defere ao estrangeiro em situação irregular no país a progressão de regime, uma vez que há possibilidade concreta de se frustrar eventual expulsão, bem como o próprio cumprimento do restante da pena, *in verbis*:

(...)

O fato é que o estrangeiro condenado por sentença transitada em julgado está em situação irregular, e a instauração de inquérito e a expulsão é questão de tempo.

Assim, a irregularidade de sua situação, constitui óbice ao deferimento da progressão de regime.

Portanto, merece ser reformada a r. sentença proferida pelo juiz sentenciante quanto à concessão do benefício da progressão de regime ao agravado Paul Marcelo Villalba Aguilera.

Afastada a possibilidade de progressão de regime outrora concedida ao reeducando, resta prejudicada a insurgência ministerial quanto ao trabalho externo concedido ao agravado.

Assim, voto pelo provimento do recurso de agravo interposto pelo Ministério Público, a fim de cassar a r. decisão que deferiu ao apenado estrangeiro o benefício da progressão de regime.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que, “em que pese a condição de estrangeiro do reeducando, este vinha cumprindo rigorosamente em dia as condições do regime desde 13 de novembro de 2007” (fl. 4).

Sustenta que o acórdão objurgado sustenta-se em premissa insubsistente, “pois o fato de ser estrangeiro e estar cumprindo pena no Brasil, não é crível aceitar a ‘condição de irregular’ no País, pois, não está aqui por sua vontade própria, e sim pelas condições que lhe foram impostas pela Legislação Penal” (fl. 4). Acrescenta que “tudo não passa de interpretação, pois estamos na faixa de fronteira, e segundo estabelece a Lei do Mercosul, é livre a circulação de pessoas dentro da faixa de 30 Km, podendo circular livremente sem entrada formal no país” (fl. 4).

Informa que, a despeito de não ter o acórdão impugnado transitado em julgado, o paciente reconduzido ao regime fechado.

Afirma que o paciente “sempre procurou cumprir sua pena no melhor estilo, mantendo sempre bom comportamento e disciplina carcerária, o que lhe rendeu os benefícios concedidos” (fl. 5).

Ressalta que, apesar de ser estrangeiro e não residir no Brasil, vinha cumprindo regularmente as condições impostas.

Requer, liminarmente e no mérito, seja cassado o acórdão proferido nos autos do Agravo em Execução n. 471.155-3, restabelecendo-se a decisão do Juízo da execução.

Às fls. 49-51, a liminar foi deferida.

A autoridade apontada como coatora prestou informações à fl. 57.

O Ministério Público Federal, às fls. 68-70, opinou pela concessão da ordem, em parecer assim ementado:

*Habeas corpus*. Execução penal. Progressão de regime prisional. Estrangeiro contra o qual não há decreto de expulsão do país. Princípio da isonomia. Possibilidade.

- Se contra o estrangeiro não há decreto de expulsão, negar-lhe o direito à progressão constituiria verdadeira ofensa ao princípio da isonomia.
- O fato de ser o paciente estrangeiro não constitui óbice suficiente para impedir a concessão do benefício da progressão de regime.
- Parecer pela concessão da ordem.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O objeto desta impetração refere-se à possibilidade de se deferir progressão de regime ou livramento condicional a estrangeiro.

Preliminarmente, destaque-se que a jurisprudência desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, orienta-se no sentido da impossibilidade de conceder-se os benefícios da progressão de regime e do livramento condicional aos estrangeiros que se encontram no Brasil cumprindo pena. Cite-se:

Criminal. RHC. Tráfico de entorpecentes. Execução. Livramento condicional. Não preenchimento dos requisitos legais. Ausência de ilegalidade no *decisum* impugnado. Improriedade do *habeas corpus*. Paciente estrangeiro. Existência

de decreto de expulsão, condicionado ao cumprimento da pena. Impossibilidade de cumprimento das condições do benefício. Recurso desprovido. I – Não há ilegalidade na decisão que não concedeu o livramento condicional ao paciente, se evidenciado que o mesmo não preencheu os requisitos legais para a obtenção do benefício. II - Não restou evidenciada qualquer ilegalidade ou insuficiência de fundamentação na decisão que indeferiu o pedido de livramento condicional, a reclamar urgente saneamento. III - O *habeas corpus* é meio impróprio para a obtenção de benefícios relativos à execução da reprimenda, tendo em vista a incabível dilação probatória que se faria necessária ao exame da presença dos requisitos exigidos para a concessão das benesses legais. IV - Não se concede livramento condicional a paciente estrangeiro, sobre o qual pesa decreto de expulsão condicionado ao cumprimento da pena, em função da impossibilidade de o mesmo se sujeitar ao cumprimento das condições legais próprias ao exercício do benefício. Precedentes do STF. V – Recurso desprovido. (RHC n. 14.721-MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16.10.2003, DJ 24.11.2003 p. 327.)

Processual Penal. *Habeas-corpus*. Execução. Progressão. Regime semi-aberto. Estrangeiro com decreto de expulsão do país. Impossibilidade. Este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido da impossibilidade de deferir-se a estrangeiro progressão para o regime semi-aberto, se contra o mesmo já fora expedido decreto de expulsão do País. *Habeas-corpus* denegado. (HC n. 18.747-SP, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 07.02.2002, DJ 11.03.2002 p. 283.)

Execução Penal: livramento condicional: inadmissibilidade. O decreto de expulsão, de cumprimento subordinado à prévia execução da pena imposta no País, constitui empecilho ao livramento condicional do estrangeiro condenado. (HC n. 83.723-MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 09.03.2004.)

*Habeas corpus*. Estrangeiro condenado. Expulsão decretada. Progressão ao regime semi-aberto. A progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento de pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade. *Habeas-corpus* conhecido, mas indeferido. (HC n. 68.135-DF, Rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, j. 20.08.1991.)

Contudo, julgo ser necessária maior reflexão acerca da compatibilidade, ou não, da progressão de regime e do livramento condicional com a situação de estrangeiro a quem *nem ao menos foi determinada a expulsão*, como é o caso do autos.

Entendo que a análise do tema não pode se limitar ao exame da sua condição peculiar de estrangeiro não-domiciliado no Brasil, cumprindo atentar também ao seu *status* de pessoa humana, que tem efetiva proteção constitucional.

A República Federativa do Brasil tem como *fundamento* a dignidade da pessoa humana, como *objetivo fundamental* a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e como *princípio regente* de suas relações internacionais a prevalência dos Direitos Humanos. (artigos 1º, inc. III, 3º, inc. IV, 4º, inc. II, da Carta Magna, respectivamente).

Nos termos do que leciona Salo de Carvalho:

A consagração do princípio da prevalência dos Direitos Humanos, no entanto, não está vinculada apenas às relações exteriores, mas é orientadora de todo ordenamento jurídico nacional, principalmente das normas de natureza penal e processual penal, visto sua incorporação pelos princípios que definem os direitos e garantias fundamentais. (*Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 171-172.)

Assim, a despeito de, em uma primeira leitura, o artigo 5º da Constituição Federal não se referir ao estrangeiro não-domiciliado, a dimensão jurídica ora em foco diz mais com Direitos Humanos do que propriamente com aqueles tidos por fundamentais.

Saliente-se que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica -, que dispõe expressamente em seu preâmbulo que “os direitos essenciais do homem não derivam da fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção Internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.”

Dessa forma, apesar de o estrangeiro sem domicílio no país encontrar-se em uma relação especial de sujeição aos Direitos Fundamentais, subordinado a um estatuto que lhe restringe alguns direitos, tal não pode implicar a negação de seus Direitos Humanos, protegidos nacional e internacionalmente.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Coelho Gonet Branco, destacam que:

As restrições dos direitos fundamentais não de vir estipuladas em lei que defina cada estatuto especial. Faltando a lei, há de se recorrer aos princípios

de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial. (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 282.)

Há que se ressaltar que, no caso em questão, o princípio da igualdade deve ser observado com o fim de assegurar ao estrangeiro uma forma digna de cumprimento de pena e assegurando-se-lhe todas as garantias, pois, como visto, sua condição jurídica não o desqualifica como sujeito de direitos.

Conforme preleciona Artur de Brito Gueiros Souza, o estrangeiro já tem sua situação agravada diante da distância de seu país e da sua família, além das barreiras lingüísticas e da dificuldade de compreensão das normas e regulamentos carcerários. Mantendo-se muitas vezes isolado em nosso sistema carcerário. Além dessas dificuldades, tem-se impingido ao estrangeiro um tratamento discriminatório, com supressão de direitos, agravando-se ainda mais sua reprimenda. (*Presos Estrangeiros no Brasil – Aspectos Jurídicos e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 300-302.)

Em verdade, o que se tem assistido é a perpetuação de jurisprudência anterior à Constituição de 1988, a qual não condiz com os objetivos, fundamentos ou princípios estabelecidos pela nova ordem constitucional.

Segundo ainda Artur de Brito Gueiros Souza, essa jurisprudência se apóia em quatro argumentos:

O primeiro, consiste na pendência de processo de expulsão ou mesmo de expulsão já decretada operando em desfavor do estrangeiro que cumpre pena. O segundo defende a eficácia da regra do art. 1º, do Decreto n. 4.865/1942, que proíbe a concessão de *sursis* aos estrangeiros que se encontrem no País em caráter temporário. A terceira razão para se vedar o deferimento de direitos prisionais ao estrangeiro é a desconfiança com relação àquele que sem maiores vínculos com a nossa sociedade, encontrar-se-ia propenso a empreender fuga, frustrando, assim, o cumprimento das condições judiciais e, mais especificamente, a sua posterior retirada administrativa do território nacional. O último argumento reporta-se à proibição contida na legislação de estrangeiros, com relação à obtenção de emprego formal por parte do estrangeiro em situação irregular (não podendo, legalmente, trabalhar no Brasil, não poderia cumprir, por exemplo, uma das condições ao livramento condicional ou ao regime prisional aberto). (*Presos Estrangeiros no Brasil – Aspectos Jurídicos e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206.)

Inicialmente, deve-se salientar que, a despeito de a expulsão do estrangeiro infrator ter deixado de ser uma espécie de sanção penal, a matéria não se

afastou em absoluto do terreno penal, condicionando-se, no mais das vezes, ao cumprimento total da pena.

Entretanto, referida condição, a meu ver, não implica sua permanência em regime integralmente fechado. Até porque, a progressão de regime, bem como o livramento condicional são formas de cumprimento da pena. E destaque-se que, no caso presente, nem sequer decreto há.

Pensar o contrário violaria o princípio da individualização da pena, que tem como corolário o sistema progressivo de cumprimento da reprimenda. Como visto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 82.959, entendeu ser inconstitucional a vedação à progressão de regime prevista na Lei n. 8.072/1990, por conflitar com referido cânone. Conclui-se que, se nem mesmo a lei pode mitigar o princípio da individualização da pena, quanto mais o próprio aplicador do direito, que se submete ao princípio da legalidade.

Alberto Silva Franco defende que:

Pena executada com um único e uniforme regime prisional, significa pena desumana porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo; deixa o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social; (...). (*Crimes Hediondos*, 6ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 211.)

A fim de inviabilizar os direitos de execução, argumenta-se ainda com o risco de fuga, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito, conquanto consagra uma presunção *juris et de jure*.

Não penso que o simples fato de ser estrangeiro não-domiciliado no Brasil possa gerar a presunção de que o condenado irá evadir-se, caso colocado em regime diferente do fechado. Por outro lado, a bem da condição humana - digna - deve-se apurar, caso-a-caso os requisitos de merecimento para o desenvolvimento gradual do desconto da pena.

Finalmente, a meu ver, a proibição de trabalho formal do estrangeiro também não tem o condão de inviabilizar a obtenção dos direitos ora pleiteados.

É certo que dentre os requisitos previstos no artigo 83, inciso III, do Código Penal, o segregado deve ter “aptidão para prover à própria subsistência, mediante trabalho honesto”, e que, em princípio, esse requisito não poderia ser implementado por estrangeiros, diante do disposto no artigo 98 da Lei

n. 6.815/1990, que expressamente proíbe a estes o exercício de atividade remunerada, *verbis*:

Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o artigo 13, item IV, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o artigo 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

Porém, não se deve descurar do critério sistemático que deve sempre pautar o labor hermenêutico. Acredito que a hipótese está a clamar por uma interpretação, de modo que nem o Estatuto do Estrangeiro nem a Lei de Execuções Penais sejam aplicadas isoladamente, mas dentro de um contexto maior.

A própria exposição de motivos da Lei de Execuções Penais aduz que:

Evitando possíveis antagonismos entre a obrigação de trabalhar e o princípio da individualização da pena, o projeto dispõe que a atividade laborativa será destinada ao preso na medida de suas aptidões e capacidade.

Ademais, não se pode também dizer que o paciente esteja aqui irregularmente ou ilegalmente, pois permanece no Brasil numa situação de excepcionalidade, única e exclusivamente em decorrência da sentença condenatória.

Assim sendo, ao estrangeiro preso e condenado não se deve aplicar, isolada e descontextualizadamente, o Estatuto do Estrangeiro. É imperioso, no caso, atender-se às disposições da Lei de Execuções Penais, por ser, na hipótese, o diploma de regência da matéria em questão. Assim, nos termos do artigo 31 e 41, inciso II, da Lei n. 7.210/1984, independentemente de ser nacional ou estrangeiro, o preso condenado tem o dever e o direito de trabalhar.

Cumprindo, dessa forma, fomentar o trabalho do preso estrangeiro, independentemente do regime de cumprimento de pena, bem como durante o livramento condicional. Reitere-se que sua permanência no país decorre da submissão ao *ius punitivis*, o qual é conformado pela sujeição do condenado ao trabalho.

O labor é condição de dignidade humana, além de ter finalidade educativa e produtiva, visando a readaptação ao meio social (artigo 28 da LEP). Assim, a decisão que concede a progressão de regime ou o livramento condicional

ao estrangeiro não encontra, a meu juízo, óbice ontológico na necessidade de obtenção de ocupação honesta.

Cite-se, por oportuno, precedente da ilustre Ministra Laurita Vaz, admitindo a concessão de benefícios ao condenado estrangeiro, a despeito da norma prevista no Estatuto do Estrangeiro:

Recurso especial. Execução penal. Estrangeiro em situação irregular. Livramento condicional. Requisitos objetivos e subjetivos atendidos. Art. 89 da Lei n. 6.815/1980. Vedação legal à prática de atividade remunerada que não obsta a concessão do benefício. 1. Na espécie, o Recorrido teve seu processo de expulsão arquivado com fulcro no art. 75, inciso II, alínea **b**, da Lei n. 6.815/1980 e, como reconheceram as instâncias ordinárias, atende aos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício de livramento condicional. 2. Negar o livramento condicional ao condenado estrangeiro em situação irregular no país, pelo simples fato de estar impedido de exercer atividade remunerada no mercado formal, impõe condição discriminatória que veda a concessão do benefício apenas por sua própria condição pessoal. 3. A lei penal não exige que o condenado estrangeiro tenha uma promessa efetiva de emprego, com carteira registrada, mas sim que tenha condição de exercer qualquer trabalho honesto e lícito para prover sua subsistência e de sua família, ainda que na informalidade da qual sobrevive expressiva parte da população brasileira. 4. Recurso desprovido. (REsp n. 662.567-PA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 26.09.2005 p. 441.)

A Sexta Turma desta Corte, em *habeas corpus* de minha relatoria, ratificou tal entendimento, *in verbis*:

Processual Penal. Execução penal. *Habeas corpus*. Estrangeiro não-residente no país. Progressão de regime prisional. Possibilidade.

1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

2. Não se admite, após a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, a remissão a julgados que se reportam a comandos com ela incompatíveis.

3. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o co-respectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal.

4. Ordem concedida. (HC n. 103.373-SP, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 22.09.2008)

Assim, conclui-se que, a despeito de predominar na jurisprudência pátria entendimento diverso, tanto o Código Penal quanto a Lei de Execuções Penais

devem ser aplicadas aos estrangeiros. É valho-me do posicionamento externado por Francisco de Assis Toledo, quando Ministro desta Corte, de que:

A condição de “estrangeiro” erigida em critério discriminatório, não encontra amparo em norma legal expressa e a finalidade que se quer atribuir a essa discriminação não tem justificativa razoável. (HC n. 3.596-SP, DJ 26.02.1996.)

Por fim, colhe-se aresto desta Corte, da relatoria do Ilustre Ministro Gilson Dipp, apontando para uma mudança de entendimento, ao admitir a fixação de regime inicial semi-aberto para condenados estrangeiros, mesmo quando em situação irregular:

Criminal. HC. Falsidade ideológica. Pena inferior a quatro anos. Réus primários e de bons antecedentes. *Fixação de regime semi-aberto. Possibilidade. Estrangeiros em situação irregular no país.* (...). I. Hipótese que cuida de réus estrangeiros, em situação irregular no país, condenados por falsidade ideológica, ao cumprimento de pena em regime semi-aberto. II. (...) III. A escolha do regime de cumprimento da pena é ato discricionário do Juiz que, após a análise das circunstâncias concretas de cada caso, poderá optar pelo regime mais gravoso, desde que o faça com adequada e suficiente fundamentação (...). (HC n. 25.298-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 1º.07.2004.)

E ainda, o entendimento acima exposto foi recentemente corroborado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que, de ofício, concedeu *habeas corpus* nos autos do RHC n. 93.469-RS, de relatoria da eminente Ministra Cármen Lúcia, conforme noticiado no Informativo n. 526 daquela egrégia Corte Suprema, nos seguintes termos:

A Turma negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* no qual nacional norte-americano, condenado, com terceiros, pelo crime de tráfico de substâncias entorpecentes (Lei n. 6.368/1976, art. 12, *caput*), a cumprimento da reprimenda em regime integralmente fechado, sustentava: a) inobservância do princípio constitucional da individualização da pena, por ausência de fundamentação para a fixação da pena-base acima do mínimo legal; b) indevida incidência da majoração decorrente do disposto no art. 18, III, da Lei n. 6.368/1976, em face da sua absolvição relativamente ao delito de associação para o tráfico (Lei n. 6.368/1976, art. 14); c) desnecessidade de prequestionamento em *habeas corpus* e d) possibilidade de progressão de regime prisional para o crime de tráfico de drogas. No caso, o STJ, para evitar supressão de instância, não conheceu da impetração porquanto a alegação referente à fixação da pena não fora apreciada pelo tribunal de origem. De início, ressaltou-se que a situação dos

autos apresentaria peculiaridade, consistente no fato de que o recorrente tivera decretada a sua expulsão do Brasil em 1981, mas que retornara clandestinamente, vindo a ser preso novamente, em 1999, pela prática do delito que ensejara a condenação em análise. Salientou-se que a aludida decretação de expulsão estaria suspensa para se aguardar o cumprimento da pena ora questionada (Lei n. 6.368/1976, art. 12), já que ele estaria em débito com a sociedade brasileira por causa desses crimes. Considerou-se que, não obstante a pendência de um decreto de expulsão - o qual não poderia ser executado -, dever-se-ia observar o direito constitucional do recorrente à progressão no regime de cumprimento da pena.

Preliminarmente, entendeu-se que não houve ilegalidade no mencionado ato do STJ e, em conseqüência, desproveu-se o recurso. Contudo, de ofício, deferiu-se a ordem. Aplicou-se a orientação assente no Supremo de que o *habeas corpus* não se sujeita ao requisito do prequestionamento na decisão impugnada, uma vez que basta para o seu conhecimento que a coação seja imputável a órgão de gradação jurisdicional inferior, o que ocorre tanto quando esse haja examinado e repellido a ilegalidade aventada quanto se se omite de decidir sobre a alegação do impetrante ou sobre matéria em relação a qual, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, se devesse pronunciar de ofício. No mérito, enfatizou-se que o recorrente teria jus à pleiteada progressão de regime. *Writ* concedido, de ofício, para: a) excluir da condenação do recorrente a majorante do art. 18, III, da Lei n. 6.368/1976, oriunda da associação eventual para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ante sua revogação pela Lei n. 11.343/2006 que, sendo *novatio legis*, aplica-se, quando mais benéfica, em favor do réu e b) na linha da jurisprudência aqui firmada desde o julgamento do HC n. 82.959-SP (DJU de 1º.09.2006), afastar o óbice à progressão de regime quanto ao cumprimento da pena em regime integralmente fechado por força do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, cabendo ao Juízo das Execuções a análise relativa aos eventuais requisitos da progressão, de acordo com os critérios estabelecidos no CP e na Lei de Execução Penal - LEP. Determinou-se, por fim, a comunicação da presente decisão aos Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores - em virtude do processo de expulsão pendente para aguardar o cumprimento desta condenação -, bem como ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Leopoldo-RS e ao Juízo da Execução Criminal competente.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para, confirmando a liminar, cassar o acórdão proferido nos autos do Agravo em Execução n. 471.155-3, restabelecendo-se a decisão do Juízo da execução.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 120.551-SP (2008/0250538-2)**

---

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Mário José Benedetti

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Heloísa Beluzzo

Paciente: Francisco Eduardo de Oliveira Castro

Paciente: Eliana Beluzzo de Menezes

Paciente: Edgard Lima de Menezes

---

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Falsidade ideológica e crime contra ordem tributária. Falso praticado exclusivamente com a finalidade de reduzir o tributo a ser recolhido. Crime-meio absorvido pelo crime-fim. Princípio da consunção. Pagamento integral do débito tributário antes do recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Ordem concedida.

1 - Caracterizado que a redução do imposto a ser recolhido era o objetivo pretendido pelos pacientes, sendo a declaração falsa o meio empregado à consumação do delito, constituindo, assim, fase obrigatória e necessária do *iter criminis*, deve a falsidade ser absorvida pelo crime contra a ordem tributária.

2 - Deve ser extinta a punibilidade da ação penal que apura o ilícito tributário quando estiver demonstrado nos autos que houve o recolhimento do imposto devido, com os respectivos acréscimos, antes do recebimento da denúncia. Precedentes.

3 - Ordem concedida para trancar a ação penal em relação aos pacientes, estendendo-se, de ofício, os efeitos da decisão ao corréu Valério Binazzi, nos termos do art. 580 do CPP.

---

**ACÓRDÃO**

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

taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE),  
Relator

---

DJe 08.09.2009

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Heloísa Beluzzo, Francisco Eduardo de Oliveira Castro, Eliana Beluzzo de Menezes e Edgard Lima de Menezes, denunciados pela prática de falsidade ideológica, indicada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Busca-se o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia, sustentando a impetração que o falso foi praticado com o objetivo de “propiciar o recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos* em quantia menor do que devida” (fl. 8), devendo o crime-meio ser absorvido pelo cometido contra a ordem tributária.

Aduz, ainda, que, comprovado o pagamento integral do tributo antes do oferecimento da denúncia, deve ser reconhecida a causa de extinção da punibilidade e a falta de justa causa para a ação penal.

A liminar foi deferida, fls. 71-72, pelo Ministro Paulo Gallotti, antigo Relator.

Notificado, o Juiz de primeiro grau prestou informações às fl. 79-80.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 127-130) opinou pela denegação da ordem.

Em seguida, os autos foram a mim atribuídos (fl. 132)

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): A denúncia foi apresentada nos seguintes termos:

Consta dos inclusos autos que, em onze de outubro de 1999, no Cartório de Registro Civil e Tabelionato, situado nesta cidade de Peruíbe, Heloísa Belluzzo, qualificada à fl. 82, Francisco Eduardo de Oliveira Castro, qualificado à fl. 27, Eliana Belluzzo de Menezes, qualificada à fl. 85, Edgard Lima de Menezes, qualificado à fl. 30, Valério Binazzi, qualificado à fl. 98, fizeram inserir em documento público declaração falsa com o fim de prejudicar direito da Fazenda Pública Municipal.

Consta ainda que, no mesmo dia e local, Augusto Rui Barbosa, qualificado à fl. 104, funcionário público, inseriu em documento público declaração falsa, com o fim de prejudicar direito da Fazenda Pública Municipal, prevalecendo do cargo.

Segundo logrou-se apurar, Heloísa, Francisco, Eliana e Edgard venderam uma casa para Valério, pelo valor de R\$ 55.000,00, sendo que o comprador a adquiriu pelo valor de R\$ 70.000,00, em virtude de manobra fraudulenta efetuada pelo corretor de imóveis Manoel Reis Guedes, pois as partes no contrato de compra e venda não sabiam que o corretor negociara dois valores, um para a venda e um para compra. Manoel apropriou-se da quantia paga a mais pelo comprador em relação ao preço cobrado pelos vendedores. Entretanto, Francisco, Heloísa, Edgard, Eliana e Valério fizeram inserir valor falso na escritura pública de compra e venda, apontando na escritura o valor venal de imóvel, R\$ 27.000,00, ao invés dos valores combinados com o corretor - R\$ 55.000,00 e R\$ 70.000,00 (certidão de escritura pública de compra e venda de imóvel às fls. 39-40).

A discrepância entre o valor constante da escritura e os valores efetivamente envolvidos na compra e venda visava a propiciar o recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos* em quantia menor do que a devida.

Manoel Reis Guedes está sendo processado pelo delito previsto no art. 171, *caput*, c.c. o artigo 71, *caput*, ambos do Código Penal (cópia da denúncia às fls. 5-7).

Apurou-se, outrossim, que Augusto é tabelião de notas e lavrou a escritura de compra e venda envolvendo as partes contratuais. Augusto acompanhou o corretor Manoel até a cidade de Santos, onde foram colhidas as assinaturas dos vendedores na escritura e, posteriormente, acompanhou Manoel até a cidade de Itapeverica da Serra, onde forneceu o livro do cartório para o comprador assinar, ocasião em que presenciou a entrega de dois cheques pelo comprador, cada um

no valor de R\$ 30.000,00, para pagamento do imóvel, totalizando R\$ 60.000,00, valor evidentemente maior do que aquele constante da escritura e inserido por ele neste documento, prevalecendo-se do cargo público.

Diante do exposto, denuncio Heloísa Belluzzo, Francisco Eduardo de Oliveira Castro, Eliana Belluzzo de Menezes, Edgard Lima de Menezes e Valério Binazzi como incurso nas penas do artigo 299, *caput*, do Código Penal e denuncio Augusto Rui Barbosa como incurso no artigo 299, parágrafo único, primeira parte, do Código Penal e requeiro que r. e a., seja-lhes instaurada a respectiva ação penal, nos moldes dos artigos 394/405 e 498/502 do Código de Processo Penal, citando-se os denunciados para todos os termos, ouvindo-se oportunamente as testemunhas abaixo arroladas, prosseguindo-se até a final sentença e condenação. (fls. 20-22)

Como exposto na inicial acusatória, os pacientes “fizeram inserir em documento público declaração falsa com o fim de prejudicar direito da Fazenda Pública Municipal” (fl. 20), sendo de rigor a aplicação do princípio da consunção, com a absorção do crime-meio pelo crime-fim.

Com efeito, a redução do imposto a ser recolhido era o objetivo pretendido pelos pacientes, sendo a declaração falsa o meio empregado à consumação do delito. Constituindo a falsidade fase obrigatória e necessária do *iter criminis*, impõe-se sua absorção pelo crime contra a ordem tributária.

Guilherme de Souza Nucci em seus comentários sobre o princípio da consunção leciona:

Em outras palavras, quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda infração, prevista em dispositivo diverso, deve-se aplicar apenas a última. Trata-se da hipótese do crime-meio e do crime-fim. Conforme esclarece Nicás, ocorre a consunção quando determinado tipo penal absorve o desvalor de outro, excluindo-se este da sua função punitiva. A consunção provoca o esvaziamento de uma das normas, que desaparece subsumida pela outra.

(Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado - 6ª ed., Revista dos Tribunais, 2006, São Paulo, p. 111)

No mesmo sentido é a remansosa jurisprudência desta Corte:

A - *Habeas corpus*. Tese de absorção do crime de uso de documento falso pelo de sonegação fiscal. Consumação do crime fiscal somente com o lançamento definitivo do débito. Falsidade praticada com fim exclusivo de lesar o fisco, viabilizando a sonegação do tributo. Falso exaurido na sonegação. Aplicação do princípio da consunção.

1. O delito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 não se consuma com a mera inserção de informações falsas, mas com o lançamento definitivo do débito.

2. *In casu*, constata-se que o crime de uso de documento falso – crime meio – foi praticado para facilitar ou encobrir a falsa declaração, com vistas à efetivação do crime de sonegação fiscal – crime fim –, localizando-se na mesma linha de desdobramento causal de lesão ao bem jurídico, integrando, assim, o *iter criminis* do delito-fim.

3. Constatado que o uso do documento falso ocorreu com o fim único e específico de burlar o Fisco, visando, exclusivamente, à sonegação de tributos, e que lesividade da conduta não transcendeu o crime fiscal, incide, na espécie, *mutatis mutandis*, o comando do Enunciado n. 17 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *ad litteram*: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”, aplicando-se, portanto, o princípio da consunção ou da absorção.

4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal pelo crime previsto no art. 304, c.c. o art. 299, ambos do Código Penal.

(HC n. 70.930-SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 17.11.2008)

*B - Processual Penal. Habeas corpus. Falsidade ideológica. Crime meio necessário para a sonegação fiscal. Impossibilidade de ação penal tendente a apurar exclusivamente o crime meio. Trancamento da ação penal. Ordem concedida.*

1. Nos casos em que a falsidade ideológica ocorreu com a finalidade exclusiva de pagar tributo a menor, tem-se que ela é o crime meio para a consecução do delito fim de sonegação fiscal.

2. Falta justa causa para a ação penal que denuncia as pacientes pela prática do delito meio que deve ser absorvido pelo delito fim tributário, o qual ainda sequer apurado por meio de processo administrativo.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação às pacientes.

(HC n. 94.452-SP, Relatora a Desembargadora convocada Jane Silva, DJe 08.09.2008)

De outro lado, demonstrado nos autos pela Escritura de Re-ratificação, fls. 42 e 42-v, e pela Guia de Recolhimento do ITBI, fl. 45, que, em 20 de setembro de 2002, houve o recolhimento integral do imposto, com todos os acréscimos devidos, ou seja, muito antes do recebimento da denúncia, que só ocorreu em 02 de abril de 2004 (fl. 85), deve ser extinta a punibilidade em relação aos pacientes, conforme a pacífica jurisprudência desta Corte.

Vejam-se:

A - Processo Penal. *Habeas corpus*. Descaminho. Extinção da punibilidade. Pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia. Aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995. *Ubi eadem ratio ibi idem ius*.

1. Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral.

2. Diante do pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, de rigor o reconhecimento da extinção da punibilidade.

3. Ordem concedida.

(HC n. 48.805-SP, Relatora a Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, DJU de 19.11.2007)

B - Recurso especial. Penal. Crime contra a ordem tributária. Art. 34 da Lei n. 9.249/1995. Parcelamento do débito. Extinção da punibilidade.

1. A Terceira Seção desta egrégia Corte, no julgado proferido no RHC n. 11.598-SC, firmou entendimento no sentido de que a causa de extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei n. 9.429/1995, está configurada mesmo que o pagamento tenha sido efetuado de forma parcelada, desde que antes do recebimento da denúncia. Precedentes.

2. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 685.315-RS, Relatora a Ministra *Laurita Vaz*, DJU de 02.05.2005)

C - *Habeas corpus*. Processual Penal. Crime contra a ordem tributária. Pagamento de parcelas do débito efetuado anteriormente à apresentação e recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Orientação do Tribunal. Ordem concedida.

- Esta Corte tem entendimento firme no sentido de que, nos crimes contra a ordem tributária, o pagamento ou o parcelamento do débito fiscal, antes do recebimento da denúncia, gera a extinção da punibilidade e conseqüente falta de justa causa para a ação penal. (HC n. 34.844-SC, Relator o Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, DJU de 06.09.2004)

Por fim, verifico que o corréu Valério Binazzi encontra-se na mesma situação jurídica dos pacientes, devendo os efeitos dessa decisão ser a ele estendidos, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, confirmando a liminar, concedo o *habeas corpus*, para determinar o trancamento da Ação Penal n. 441.01.2003.004212-5, em relação aos pacientes Heloísa Belluzzo, Francisco Eduardo de Oliveira Castro, Eliana

Belluzzo de Menezes e Edgard Lima de Menezes, pela extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito tributário. De ofício, estendo os efeitos da decisão ao corréu Valério Binazzi.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 137.740-SP (2009/0104182-9)**

---

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Impetrante: Gilson da Silva Rocha

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Natalia Tatiane de Lucena Murayama

---

**EMENTA**

Penal. *Habeas corpus*. Tentativa de furto de produtos alimentícios de supermercado avaliados em R\$ 24,78 (vinte e quatro reais e setenta e oito centavos). Pedido de trancamento da ação penal superveniente à suspensão condicional do processo. Invocação do princípio da insignificância. Aplicabilidade. Irrelevância dos aspectos subjetivos da paciente. Atipicidade da conduta. Ordem concedida.

1. Não existe óbice algum ao trancamento da ação penal superveniente à suspensão prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, pois a denunciada tem o direito de se defender amplamente.

2. O Direito Penal não deve importar-se com bagatelas, que não causam tensão à sociedade. O princípio da insignificância vem sendo largamente aplicado, em especial por ser o Direito Penal fragmentário. (Precedentes)

3. O princípio da bagatela exclui a tipicidade, de tal sorte que aspectos subjetivos são irrelevantes para a aplicação ou não do *standard*. Uma vez excluído o fato típico, não há crime, de maneira que carece de utilidade a análise dos atributos pessoais do agente, sob pena de se criar um direito penal do autor e não dos fatos.

4. Para a aplicação do princípio da insignificância utiliza-se o duplo critério do valor de pequena monta e seu caráter ínfimo para a vítima, condições atendidas, porquanto, nos termos da denúncia, a tentativa de furto teve como sujeito passivo um supermercado.

5. Concedida a ordem para trancar a ação penal ajuizada contra a paciente, cassando a decisão de primeiro grau que recebeu a denúncia, e por consequência, as condições estabelecidas para a suspensão da ação penal.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

---

DJe 14.09.2009

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de *Natalia Tatiane de Lucena Murayama*, denunciada por violação ao art. 155, *caput*, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, contra acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Da análise dos autos verifica-se que a paciente foi denunciada por ter tentado subtrair do Supermercado Rondon um pacote pequeno de chocolate granulado da marca “Garoto”, uma lata de leite condensado da marca “Moça”,

382 gramas de doce de leite em pedaços; 120 gramas de queijo mussarela fatiados; 526 gramas de carne bovina, corte “coxão mole”; 115 gramas de presunto fatiados da marca “Sadia”; 435 gramas de carne bovina, corte “patinho” e 783 gramas de carne bovina, corte “contrafilé”, não consumando a subtração por circunstâncias alheias à sua vontade. (fls. 13) Observa-se, ainda, que, nos termos do auto de avaliação (fl. 23) a soma dos valores dos produtos arrolados perfaz R\$ 24,78 (vinte e quatro reais e setenta e oito centavos).

Registre-se, também, que a paciente e sua defesa técnica aceitaram a proposta de suspensão condicional pelo prazo de 02 (dois) anos, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, com condições estipuladas pelo juízo da 1ª Vara Criminal em Araçatuba, quais sejam: proibição de frequentar determinados lugares, proibição de se ausentar da Comarca sem autorização e dever de comparecer, mensalmente, em juízo, até o quinto dia útil, para comprovar suas atividades.

O impetrante alega, em síntese, que “tendo em vista que os bens subtraídos são de ínfimo valor, configura-se no caso o delito de bagatela, devendo ser aplicado o princípio da insignificância, independentemente de critérios subjetivos conexos à culpabilidade do agente (RT 569/338; 564/357; RJDTACRIM 22/107)” (fl. 04)

Requer, em liminar, seja “cassada a decisão que recebeu a denúncia, e por consequência a decisão que determinou o comparecimento mensal da ré em cartório em virtude da suspensão do processo”. No mérito, pugna pela aplicação do princípio da insignificância, concedendo-se a ordem de *Habeas Corpus* “para seja definitivamente cassada a sentença de primeira instância que recebeu a denúncia e também requer a *absolvição* da imputação”. (fl. 11)

A medida liminar foi indeferida a fls. 93-96.

Foram dispensadas as informações da autoridade impetrada.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer a fls. 93-96, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): A ordem deve ser concedida.

Esta relatoria tem defendido que o Direito Penal, em vista do seu caráter fragmentário, não deve ocupar-se de bagatelas, sem repercussão social.

Os autos revelam que, em primeiro grau, a defesa aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, conforme se extrai do seguinte trecho do termo de audiência realizada em 03.12.2008:

Iniciada a audiência, tendo em vista que o Dr. Promotor de Justiça propôs ao acusado a suspensão do processo, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, pelo prazo de dois anos, pelo MM. Juiz fora dada a palavra ao (a) Dr.(a) Defensor (a) e ao(a) acusado e por eles foi dito que aceitaram a proposta de suspensão do processo formulada pelo D. Promotor de Justiça. Em seguida, pelo MM. Juiz foi dito o seguinte: Tendo em vista que a proposta formulada pelo Dr. Promotor de Justiça foi aceita pelo(a) acusado(a) e seu(sua) Defensor(a), recebo a denúncia contra *Natalia Tatiane de Lucena Rurayama* e suspendo o processo, pelo prazo de dois anos, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Durante o período de provas, o(a) acusado(a) deverá cumprir as seguintes condições: 1º) Proibição de frequentar determinados lugares; 2º) Não poderá ausentar-se da Comarca onde reside sem autorização judicial e 3º) Deverá comparecer pessoalmente em Juízo, mensalmente, até o quinto dia útil de cada mês, a fim de comprovar suas atividades. O(a) acusado(a), desde já, fica ciente das condições que lhe foram impostas e que o descumprimento de qualquer delas acarretará a revogação da suspensão, recebendo nesta data uma via do presente termo, o qual servirá como termo da audiência de advertência. (fls. 81)

Posteriormente, a defesa impetrou *habeas corpus* objetivando o trancamento da ação penal sob o fundamento de atipicidade da conduta em vista da aplicação do princípio da bagatela. Entretanto, a autoridade apontada como coatora denegou a ordem e fundamentou a relevância penal da conduta imputada à paciente nos seguintes termos, *in verbis*:

Compulsando os autos, verifica-se que a paciente encontra-se denunciada pela suposta prática do delito capitulado no artigo 155, *caput*, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Consta, também, que proposta a suspensão condicional do processo, foi aceita pela paciente e seu defensor, estando o processo aguardando o decurso do prazo de dois anos (fls. 86-87).

Aduz o impetrante que pela conduta narrada inexistente justa causa para o prosseguimento da ação penal, porquanto atípica a conduta atribuída à paciente em razão da aplicação do princípio da insignificância.

Como é cediço, o trancamento de uma ação penal, via *Habeas Corpus*, por falta de justa causa, só pode ocorrer em casos excepcionais, quando demonstrada, de

plano, que a conduta do agente é penalmente atípica ou que não há qualquer elemento ou indício demonstrativo da autoria do delito pela paciente, desde que não seja necessário um exame aprofundado dos elementos probatórios.

Neste sentido:

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, hipóteses não ocorrentes na espécie (STJ, 5ª Turma, HC n. 27.969-MG, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., j. 24.06.2003; DOU de 25.08.2003, p. 346.)

Pela simples análise dos fatos narrados na denúncia, vejo que há o correto enquadramento do comportamento delitivo imputado à paciente ao tipo do artigo 155, do Código Penal.

Da leitura da peça acusatória, é possível verificar a adequação aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em atipicidade da conduta e não sendo possível descartar, de plano, a intenção da paciente na prática do delito, posto que evidentes os indícios de materialidade e autoria.

*A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor. A verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado.*

*Ressalta-se que a análise acerca do valor econômico do bem subtraído constitui questão de mérito, de análise inviável em sede de Habeas Corpus.*

Do mesmo modo, veja-se o entendimento jurisprudencial:

**Ementa:** *Habeas corpus*. Furto. Trancamento de ação penal. Análise de provas. Via inadequada. Princípio da insignificância. Momento inoportuno para referida alegação. Ordem denegada.

- A atipicidade do comportamento deve restar cabalmente demonstrada quando fundar o pedido de trancamento de ação penal - O trancamento da ação penal pela via de *Habeas-corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

- Não se pode exercer o juízo de culpabilidade, ante o curso da ação penal, quando se analisará o desvalor da ação e, o do resultado. (TJMG, HC n. 1.0000.08. 475654-3/000(1), Rel. Pedro Vergara, 19.07.2008)

Isto posto, *denega-se a ordem* rogada em prol de *Natália Tatiane de Lucena Murayama* pois não se verifica as hipóteses de trancamento da presente ação penal. (fls. 87-90 - grifamos)

Inicialmente, consigno que, num primeiro contato dos olhos, o trancamento da ação penal, após a suspensão condicional do processo aceita pela defesa, pode parecer um desprestígio ao juízo de primeiro grau. Entretanto, em reflexão acerca do mérito do presente *writ*, verifica-se não existir óbice algum ao trancamento da ação penal superveniente à suspensão prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, pois a denunciada tem o direito de se defender amplamente. A aceitação da proposta ministerial tem momento próprio, conforme rito descrito na aduzida norma, cuja oportunidade não poderia ser perdida pela defesa, que se viu obrigada a aceitar de plano a suspensão da ação penal para, posteriormente, questionar, na instância superior, a tipicidade da conduta da ora paciente. Não é razoável exigir que a defesa da acusada rejeite a proposta da acusação, por convicção da ilegalidade da ação penal, correndo o risco de ter a denúncia oferecida contra si aceita pelo juízo.

Na espécie, o Tribunal *a quo* afasta a aplicação do princípio da insignificância sob o fundamento de que a lesão ao bem jurídico tutelado deve ser analisada “*subjetivamente*”, considerando-se circunstâncias concernentes à pessoa do agente, a importância do objeto material subtraído e a condição econômica do sujeito passivo. A autoridade impetrada sustentou, ainda, ser inviável, na via eleita, a análise do valor econômico do bem subtraído.

No que diz respeito ao prejuízo econômico, o *writ* não traz discussão alguma acerca do valor da *res* furtiva, de forma que deve ser considerado o *quantum* indicado na própria denúncia, segundo a qual “*o auto de avaliação de fls. 10 comprova que os bens possuem o valor de R\$ 24,78*” (fls. 14).

Assim, considerando a avaliação indicada na exordial acusatória, deve ser aplicado o princípio da bagatela, em vista do prejuízo irrisório das mercadorias que a ora paciente teria tentado subtrair. Ressalto que em condições análogas, assim decidiu este Superior Tribunal de Justiça:

Penal. *Habeas corpus*. Furto de 41 barras de chocolate cujo valor perfaz a quantia de R\$ 164,00 (cento e sessenta e quatro reais). Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Concedida a ordem para trancar a ação penal ajuizada contra o paciente.

1. O Direito Penal não deve importar-se com bagatelas, que não causam a menor tensão à sociedade. O princípio da insignificância vem sendo largamente aplicado, em especial por ser o Direito Penal fragmentário.

2. As circunstâncias fáticas ou relativas à pessoa do paciente são irrelevantes na aplicação do princípio da insignificância.

3. Concedida a ordem para trancar a ação penal ajuizada contra o paciente. (HC n. 100.403-ES, 6ª Turma, Rel. Desembargador convocado do TJ-SP Celso Limongi, DJe 14.04.2009)

Penal. *Habeas corpus*. Furto de frascos de desodorante e talco cujo valor não ultrapassa R\$ 30,00. Aplicação do princípio da insignificância ou bagatela. Possibilidade. Princípio da necessidade da pena. Concedida ordem para reconhecer a atipicidade da conduta e determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

1- Se a ofensa ao bem tutelado for irrisória, não havendo relevância na conduta praticada, o princípio da insignificância deve ser aplicado, afastando-se a tipicidade.

2- A aplicação dos princípios da necessidade e da suficiência afasta a aplicação de pena que se mostra excessiva para reprimir conduta irrelevante.

3- Concedida ordem, para reconhecer a atipicidade da conduta e determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa. (HC n. 103.370-MG, 6ª Turma, Rel. Desembargadora convocada do TJ-MG Jane Silva, DJe 13.10.2008)

Ressalte-se, ainda, que embora o Tribunal *a quo* afirme ser indispensável a análise da situação subjetiva da paciente, não indica um único dado concreto desabonador das suas condições pessoais. *Ad argumentandum*, ainda que a paciente ostentasse algum mau antecedente - o que não se tem notícia nos autos - é importante frisar que o princípio da bagatela exclui a tipicidade, de tal sorte que aspectos subjetivos são irrelevantes para a aplicação ou não do *standard*. Uma vez excluído o fato típico, não há crime, de maneira que carece de utilidade a análise dos atributos pessoais do agente, sob pena de se criar um direito penal do autor e não dos fatos.

Nesse sentido são os seguintes julgados desta Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

Penal. *Habeas corpus*. Furto de um boné. Valor de R\$ 50,00. Objeto restituído à vítima. Reincidência. Aplicação do princípio da insignificância ou bagatela. Possibilidade. Irrelevância da reincidência e dos maus antecedentes. Princípio da necessidade da pena. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta.

1- Se o bem tutelado nem mesmo chegou a ser ofendido, nem há relevância na conduta praticada, o princípio da insignificância deve ser aplicado, afastando-se a tipicidade.

2- A aplicação dos princípios da necessidade e da suficiência afasta a fixação de pena que se mostra excessiva para reprimir conduta irrelevante.

3- *Maus antecedentes e reincidência não impedem a aplicação do princípio da bagatela.*

4- Ordem concedida para absolver o paciente pelo reconhecimento da atipicidade de sua conduta. Expedido alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo. (HC n. 96.929, 6ª Turma, Rel. Desembargadora convocada Jane Silva, DJe 25.08.2008)

Recurso especial. Penal. Furto simples. Subtração de uma corrente de prata. Crime de bagatela. Condições pessoais desfavoráveis. Irrelevância. Aplicabilidade do princípio da insignificância. Irresignação ministerial improvida.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Hipótese de furto de uma corrente de prata, avaliada infimamente, a qual foi imediatamente restituída à vítima.

3. *O fato de existirem circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como a existência de antecedentes criminais ou reincidência, não são óbices, por si sós, ao reconhecimento do princípio da insignificância.*

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 1.084.540, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 1º.06.2009)

Recurso especial. Penal. Apropriação indébita. Princípio da insignificância. Incidência. Ausência de tipicidade material. Teoria constitucionalista do delito. Inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado. Maus antecedentes e personalidade do agente. Circunstâncias de caráter pessoal. Não-influência na análise da insignificância penal. Recurso especial improvido.

1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.

3. A apropriação indébita de uma escada, avaliada em R\$ 50,00, a qual foi restituída à vítima, embora se amolde à definição jurídica do crime, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzido e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva.

4. *As circunstâncias de caráter pessoal do agente, tais como a reincidência, os maus antecedentes e a personalidade do agente, não têm influência na análise da insignificância penal.*

5. Recurso especial improvido. (REsp n. 898.392, 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 09.03.2009)

Em suma, para a aplicação do princípio da insignificância utiliza-se o duplo critério do valor de pequena monta e seu caráter ínfimo para a vítima, condições atendidas, porquanto, nos termos da denúncia, a tentativa de furto teve como sujeito passivo estabelecimento comercial denominado “Supermercado Rondon”. (fls. 13)

Desta arte, a ação penal movida contra a ora paciente deve ser trancada por atipicidade da conduta.

Em face do exposto, *concedo a ordem*, para trancar a ação penal ajuizada contra o paciente, cassando a decisão de primeiro grau que recebeu a denúncia, e por consequência, as condições estabelecidas para a suspensão da ação penal.

É como voto.